Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo eletrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.
Excetuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta exceção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.
Os infratores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

PROF. DOUTOR AUGUSTO SILVA DIAS
IN MEMORIAM

Volume II

AAFDL
EDITORA
Lisboa / 2021

Ficha Técnica

Título:
Prof. Doutor Augusto Silva Dias – *In Memoriam*
Volume II
AAFDL – 2021

Comissão Organizadora:
Catarina Abegão Alves
Helena Morão
Inês Ferreira Leite
João Gouveia de Caires
José Neves da Costa
Maria Fernanda Palma
Paulo de Sousa Mendes
Rui Soares Pereira
Teresa Quintela de Brito
Vânia Costa Ramos

Edição:
AAFDL
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Impressão:
AAFDL

ISBN:
XXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Depósito Legal:
XXXXXXXXXXXXXXXXXXX

xxxxxxxxx / 2021

FCT
Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

Obra publicada no âmbito das atividades do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UIDB/04243/2020

VOLUME I

Prefácio 15
Comissão Organizadora 19
Agradecimento 21
Bibliografia do Professor Augusto Silva Dias 23

TEORIA E SISTEMA DO DIREITO PENAL, DIREITO ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL, DIREITO PENAL (PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL)

DIREITO PENAL, TEORIA E SISTEMA DO DIREITO

Bernardo Feijoo Sánchez – La función del derecho penal en un sistema de libertades 35
Claus Roxin – Prevenção, censura e responsabilidade: acerca da mais recente discussão sobre os fins das penas" 59
Francisco Muñoz Conde – A relação conflituosa entre a política criminal e o direito penal. Sobre a reforma do código penal espanhol 79
José de Sousa e Brito – O inimigo no Direito Penal e a guerra total contra o terrorismo 89
José Luis Díez Ripollés – Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin 103
Luís Greco – O que podem os penalistas aprender dos neurocientistas? 123
Miguel Reale Júnior – Inconstitucionalidade da lei de segurança nacional 133
Paulo César Busato – Direito penal: ciência ou linguagem? 143
Paulo de Sousa Mendes – Um novo paradigma moralista na definição material de crime 157
Rui Soares Pereira – Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal 183
Wagner Marteleto Filho – Nenhum adeus a Kant e Hegel: Sobre as teorias expressivas e o renascimento das teorias retributivas 205

DIREITO ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL

Ana Teresa Corzanego Khatounian – Makuchyan e Minasyan V. Azerbaijão e Hungria: Reflexões sobre a opinião parcialmente dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque e argumentos para uma aplicação mais realista do Direito 227

Kai Ambos – *Transitional Justice* na Colômbia:
Direito (Penal) Internacional e Amnistia(s) 243

Paulo Pinto de Albuquerque / Soraya Nour Sckell – A recepção
da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no sistema interamericano
dos direitos humanos 263

DIREITO PENAL – PARTE GERAL

Alaor Leite – Imputação objetiva, diminuição do risco e decisões
empresariais arriscadas: A capacidade de rendimento da teoria da diminuição
de risco no Direito Penal econômico-patrimonial 303

Bruno de Oliveira Moura – A instigação por omissão 321

Catarina Abegão Alves – Um contributo da psicologia e da sociologia
financeira para a compreensão do erro nas decisões de risco 351

Cristina Líbano Monteiro – O erro sobre o tipo justificador 369

Diego-M. Luzón Peña – Mención legal o no del miedo insuperable como
emoción asténica: su exculpación en diversos Códigos por inexigibilidad
penal individual frente a las emociones esténicas o violentas 377

Fernando Torrão – A ação (suscetível de ser) típica (ou a relevância
normativo-social na síntese entre finalismo e funcionalismo) 393

Jorge de Figueiredo Dias / Susana Aires de Sousa – Autoria e cumplicidade
da empresa no século XXI: algumas reflexões 405

José de Faria Costa – Causalidade e racionalidade 425

José L. González Cussac – La capacidad de infringir la ley penal
de las personas jurídicas 435

José M. Damião da Cunha – Da denúncia obrigatória para os funcionários
e das consequências jurídico-penais da sua omissão 443

Marcelo Almeida Ruivo – O método de verificação da causalidade
na omissão imprópria 463

Ricardo Tavares da Silva – Alguns argumentos contra o recurso à figura
do comportamento lícito alternativo como critério de imputação objetiva 479

Sónia Fidalgo – A abertura do tipo de ilícito negligente e o princípio
da legalidade da intervenção penal 499

DIREITO PENAL – PARTE ESPECIAL

Anabela Miranda Rodrigues – O crime de branqueamento sob o signo
da expansão (as modalidades de ação típica e as alterações resultantes
da Lei nº 58/2020, de 31/8) 515

André Teixeira dos Santos – A reposição da verdade fiscal no crime de fraude fiscal 537

Fabio Roberto D'Avila / Rodrigo Moraes de Oliveira – *Delicta Mere Prohibita*. Reflexões a partir o artigo 273 §1º-b do Código Penal brasileiro 565

Jorge António Nunes Lopes – Crítica à tese da "intencionalidade" na manipulação cambial ilícita (Artigo IV dos Estatutos do Fundo Monetário Internacional) 587

Margarida Santos – O lugar da criança exposta à violência interparental: dúvidas e perspetivas em torno do preenchimento do tipo legal de crime de violência doméstica 621

Maria do Céu Rueff – Escritos hipocráticos e fundamento do segredo médico 641

Maria Elisabete Ferreira – Da natureza jurídica da inibição do exercício das responsabilidades parentais prevista nos artigos 69.º-c e 152.º do Código Penal: breves reflexões 661

Maria Paula Ribeiro de Faria – O artigo 150º, nº 1, do Código Penal, e a qualificação da atuação do médico como intervenção médico-cirúrgica: o reconhecimento de um significado social específico? (a repercussão da resposta a esta questão sobre a interpretação dos artigos 137º e 148º, do artigo 150º, nº 2, e do artigo 156º, nº 1, e nº 3) 677

Miguel da Câmara Machado – Notas sobre idosos como agentes e vítimas de crimes – O Direito Penal ante a 'avançada idade' das sociedades contemporâneas (e envelhecidas) 701

Nuno Brandão – Recebimento indevido de vantagem: o pacto ilícito e a adequação social 735

Octavio García Pérez – Administración desleal y principio de legalidad: la experiencia alemana 755

VOLUME II

MULTICULTURALISMO, CRIMES CONTRA A RELIGIÃO, CRIMES DE ÓDIO, ESTUDOS DE GÉNERO, DIREITO PROCESSUAL PENAL, DIREITO CONTRAORDENACIONAL E VÁRIA

MULTICULTURALISMO, CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS, CRIMES CONTRA A RELIGIÃO, CRIMES DE ÓDIO E ESTUDOS DE GÉNERO

António Brito Neves – Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas 19

Inês Ferreira Leite – Violência doméstica e concurso de crimes: delimitação à luz do conceito de unidade normativo-social 35

José Neves da Costa – Diálogos com Augusto Silva Dias: culpa penal, exculpação e formas de vida 59

Maria Fernanda Palma – *Crimes against religion and the rule of law* 81

Miguel Prata Roque – (Des)obediência convicta e totalitarismo sanitário 89

Orlando Faccini Neto – Dois dedos de prosa acadêmica com o Professor Silva Dias: reflexões esparsas sobre o bem jurídico e o multiculturalismo 125

Pedro Garcia Marques – Os sem... ou o que deles resta entre a atimia e a afantasia 137

Teresa Quintela de Brito – Mutilação genital feminina: autoria e participação, crime culturalmente motivado, questões de consentimento 173

Thiago Pierobom de Ávila – Dogmática penal com perspectiva de gênero 237

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Ana María Prieto del Pino – *Crime does not pay anywhere.* Una visión sistematizada y global de la recuperación de activos 275

Duarte Rodrigues Nunes – O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa 297

Frederico Machado Simões – O assistente enquanto cotitular da ação penal 325

Germano Marques da Silva – Ética e estética. A estética do processo penal democrático 347

Helena Morão – Pela renovação da renovação da prova 369
Joana Reis Barata – O desassossego do Tribunal da Relação de Lisboa quanto à aplicação do regime de apreensão de mensagens de correio eletrónico 383
Manuel Monteiro Guedes Valente – A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual 405
Maria João Antunes – Atos da competência reservada do Ministério Público: Abertura do inquérito e busca nos termos do artigo 174.º do Código de Processo Penal 427
Mário Ferreira Monte – "Buracos negros" no processo penal? O exemplo da regulação processual da perda de bens de terceiro e em caso de não condenação penal 437
Mauro Fonseca Andrade / Rodrigo da Silva Brandalise – A estrutura acusatória como garantia no direito processual penal português 457
Nuno Igreja Matos – Um punhado de pó: o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019 e a intervenção do juiz na apreensão de bens durante o inquérito 477
Paulo Marques – A utilização no processo penal da prova obtida no procedimento de inspecção tributária e dos métodos indirectos em especial 499
Pedro Caeiro – *Cenas da Vida Conjugal*: confiança, desconfiança e garantias na execução de um mandado de detenção europeu 531
Sandra Oliveira e Silva – A regularização tributária como causa de exclusão da pena: benefícios punitivos legítimos ou hipocrisia fiscal? 543
Teresa Pizarro Beleza / Frederico de Lacerda da Costa Pinto – Alteração de factos e vinculação temática em processo penal 573

CONTRAORDENAÇÕES

Alexandra Vilela – Questões em torno das sanções do direito de mera ordenação social 593
Paulo de Sá e Cunha / Margarida Rodrigues Caldeira – As contra-ordenações do direito da concorrência: breve análise crítica das tendências evolutivas e sua compatibilização com os princípios constitucionais 607
Raul Soares da Veiga – As grandes contraordenações: em vésperas de uma reforma 627

VÁRIA

HOMENAGENS PESSOAIS

Fausto de Quadros – A minha homenagem póstuma a Silva Dias 647

DIREITO ADMINISTRATIVO

José Manuel Sérvulo Correia – Inobservância de impedimento e perda de mandato autárquico 651

DIREITO CONSTITUCIONAL

Jorge Miranda – As conceções político-constitucionais e ideológicas de povo 687

Jorge Reis Novais – O impeachment do presidente em sistema de governo presidencial: dois modelos distintos 701

DIREITO DA FAMÍLIA

Jorge Duarte Pinheiro – A criança no *século dos profissionais da infância*: Do poder paternal ao poder da opinião técnica? 729

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Carmen Sánchez Hernández – El devenir de la cláusula *rebus sic stantibus* (La actualidad de un principio que demanda su regulación en el ordenamiento jurídico español) 745

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Isabel Alexandre – Sentenças estrangeiras e imunidades de jurisdição: a relevância das imunidades de jurisdição no reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras 769

DIREITOS REAIS

José Alberto Vieira – Os baldios como coisas (corpóreas) e o direito real de baldio 793

DIREITO DO TRABALHO

José João Abrantes – Sobre o sentido da autonomia do direito do trabalho. O exemplo da excepção de não cumprimento do contrato 813

HISTÓRIA

João Espírito Santo – Afonso II de Portugal e a *construção* do Estado:
tensões de poder entre um núcleo central e núcleos gravitacionais 827

MULTICULTURALISMO, CRIMES CONTRA A RELIGIÃO, CRIMES DE ÓDIO, ESTUDOS DE GÉNERO, DIREITO PROCESSUAL PENAL, DIREITO CONTRAORDENACIONAL E VÁRIA

MULTICULTURALISMO, CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS, CRIMES CONTRA A RELIGIÃO, CRIMES DE ÓDIO E ESTUDOS DE GÉNERO

MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E MASCULINA: CONFRONTO E PERSPECTIVAS

António Brito Neves[*/**/***]

SUMÁRIO: Introdução; I. O tipo autónomo do artigo 144.º-A; 1. Equiparação das modalidades de mutilação; 2. Os actos preparatórios; 3. Uma alteração simbólica; 4. A dimensão sexual da ofensa; 5. Consentimento e exclusão da ilicitude; 6. O plano da culpa; II. O caso da circuncisão religiosa masculina; 1. A circuncisão masculina como facto típico; 2. A circuncisão masculina como facto ilícito; Considerações conclusivas.

> 'You see, they were so naturally depraved that they couldn't be brought to see their wickedness. We had to make sins of what they thought were natural actions. (...)'
> 'How?' (...)
> 'I instituted fines. Obviously the only way to make people realize that an action is sinful is to punish them if they commit it. I fined them if they didn't come to church, and I fined them if they danced. I fined them if they were improperly dressed. (...) And at last I made them understand.'
>
> W. Somerset Maugham, *Rain*

Introdução

O título deste artigo refere um confronto entre a mutilação genital feminina e a masculina, mas a maior parte do espaço será dedicada à primeira – mais concretamente, ao crime previsto e punido no artigo 144.º-A do Código Penal (CP). As considerações relativas à mutilação genital masculina surgirão por posterior contraposição comparativa com o dito em relação à feminina.

---

[*] Assistente convidado da FDUL. Investigador integrado do CIDPCC.

[**] O presente artigo não respeita o acordo ortográfico de 1990.

[***] O presente texto tem por base a versão transcrita da conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, no dia 1 de Fevereiro de 2019, no âmbito da acção de formação contínua "Violência doméstica e de género e mutilação genital feminina". Traz correcções, desenvolvimentos e acrescentos, que, em parte, beneficiaram decisivamente do contributo da Professora Helena Morão, aqui ficando o devido agradecimento. A sua publicação, prosseguindo um diálogo demasiado cedo interrompido, vai agora feita em memória do Professor Augusto Silva Dias, com estima, apreço e saudade amigas.

I. O tipo autónomo do artigo 144.º-A

A designação "mutilação genital feminina", de acordo com a Organização Mundial de Saúde, abrange diferentes comportamentos: a clitoridectomia, que consiste na remoção de parte ou de todo o clitóris (por vezes, só do prepúcio); a excisão propriamente dita, que, além da ablação parcial ou total do clitóris, acrescenta a dos lábios menores; a infibulação, traduzida em incisões nos lábios maiores com o fito de criar uma superfície lisa; todas as práticas remanescentes que se mostrem lesivas para o aparelho genital, desde perfurações ou outras incisões até cauterizações[1]. Naturalmente que estas modalidades se distinguem quanto à gravidade dos danos provocados e das consequências, mas todas elas parecem abarcadas pelo tipo de crime referido[2].

O artigo 144.º-A foi introduzido no CP em 2015, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul (Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11 de Maio de 2011)[3]. Emergiu, declaradamente, com intento de combate à violência contra as mulheres, no pressuposto de que mulheres e raparigas estão expostas a um risco maior de violência de género do que homens e rapazes, e que esse risco se concretiza com muito maior frequência em relação a elas do que a eles. Tal intenção, aliás, encontra reflexo no texto legal, visto que a limitação ao género feminino da vítima aparece aí três vezes: uma na epígrafe e duas no n.º 1.

1. Equiparação das modalidades de mutilação

Não se pode dizer que a disposição tenha surgido com o propósito prático imediato de criminalizar as práticas em questão, pela razão simples de que elas já eram puníveis

[1] Cf. https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation (11/5/2021).

[2] Interpretando a disposição, se bem lemos, no sentido de nela se consagrar uma equiparação entre as diferentes modalidades de excisão, FARIA, Maria Paula Ribeiro de, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal* (coord.: Maria da Conceição Ferreira da Cunha), Porto: Universidade Católica Editora, 2016 (pp. 99-127), p. 121. A opção não constitui caso único: no mesmo sentido, relativamente ao tipo equivalente da lei espanhola, GARCÍA SEDANO, Tania, "Mutilación genital", *EUNOMÍA*, (13), 2017 (pp. 293-306), pp. 300 e 301-302; TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, "La mutilación genital femenina – Un delito culturalmente condicionado", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 17, 2008, pp. 8 e ss. Note-se que embora o termo "mutilação" tenha conotação (negativa) sonante inegável, não significa isso exigir, por um lado, que a modificação no aparelho genital assuma uma dimensão mínima, nem, por outro, qualquer intenção maldosa específica do agente para se dar o crime por consumado – assim, porém, no respeitante ao primeiro ponto, ZÖLLER, Mark A./THÖRNICH, Diana, "Die Verstümmelung weiblicher Genitalien (§ 226a StGB)", *JA*, 46 (3), 2014 (pp. 167-173), p. 170; no tocante ao último, SOTIRIADIS, Giorgios, "Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, § 226a StGB: Wirkungen und Nebenwirkungen", *ZIS*, 13 (7-8), 2018 (pp. 320-339), p. 324.

[3] Para uma perspectiva de soluções equivalentes ou aproximadas adoptadas em alguns outros países europeus, cf. LA BARBERA, Maria Caterina, "La «mutilación genital» en España desde la perspectiva comparada. Notas sobre la sentencia n. 939/2013 del Tribunal Supremo", in *Diversidad Cultural e Interpretación de los Derechos: Estudio de casos* (coord.: David Moya Malapeira, Natalia Caicedo Camacho), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 267-299), pp. 270 e ss.; *id*., "Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting: a critical appraisal of anti-FGM laws in Europe", *Global Jurist*, 17 (2), 2017, *passim*.

nos termos da lei penal. Já previamente à sua introdução, com efeito, deviam ser tidas como ofensas à integridade física (artigos 143.º e ss.). Não há discordâncias neste ponto: a doutrina que se pronuncia sobre o assunto orienta-se (tanto antes da alteração como posteriormente) neste sentido, com tendência, aliás, para a considerar ofensa à integridade física grave (artigo 144.º)[4]. Posição merecedora de concordância, quando menos, no que respeita às modalidades mais gravosas, tanto por implicarem desfiguração grave e permanente de órgão importante [al. *a)*] como por afectarem a capacidade de fruição sexual da visada [al. *b)*], para não falar dos casos de provocação de perigo para a vida [al. *d)*].

Ao menos no concernente às modalidades mais severas de mutilação genital feminina, como se vê, não há novidade nem para efeitos de criminalização, nem no tocante à moldura legal, visto que esta é similar nos artigos 144.º e 144.º-A (pena de prisão de dois a dez anos). As diversas modalidades do ritual, porém, não se equiparam na gravidade das lesões provocadas, como apontámos. Destarte, o juiz deve ter em conta de que variante se trata, aferindo o grau de ilicitude (também) pela dimensão da lesão – restando apurar, de todo o modo, se os restantes factores envolvendo a prática realmente justificam que o limite mínimo da pena se firme nos dois anos inclusive nos casos de intervenções mais leves, sobretudo atendendo à diferença de tratamento por comparação com as restantes ofensas à integridade física simples (artigo 143.º). Na falta de motivos que esclareçam cabalmente a desigualdade, deve dar-se por infringido o artigo 13.º da Constituição (CRP).

2. Os actos preparatórios

Nos termos da versão actual da lei, punem-se os actos preparatórios da prática em análise com pena até 3 anos, como disposto no artigo 144.º-A, n.º 2.

Em nosso entender, esta norma é inconstitucional, à luz dos artigos 1.º, 18.º, n.º 2, 27.º, n.º 1, e 29.º da CRP, violando os princípios da necessidade da pena, da ofensividade e do Direito Penal do facto. A punição dos actos preparatórios representa uma antecipação

[4] V. DIAS, Augusto Silva, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana", *RPCC*, 16 (2), 2006 (pp. 187-238), p. 204; LEITÃO, Helena Martins, "A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal", *RMP*, 34 (136), 2013 (pp. 99-121), pp. 104 e ss.; LEITE, André Lamas, "As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas", *JULGAR*, 28, 2016 (pp. 61-74), p. 72; MONTE, Mário Ferreira, "Mutilação genital, perseguição (stalking) e casamento forçado: novos tempos, novos crimes... (Comentários à margem da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto)", *JULGAR*, 28, 2016 (pp. 75-88), p. 76; SOTTOMAYOR, Maria Clara, "Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos", in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal* (coord.: Maria da Conceição Ferreira da Cunha), Porto: Universidade Católica Editora, 2016 (pp. 71-90), pp. 71-72. O panorama é diferente na Alemanha, visto que, para muita doutrina, na maioria dos casos, antes de se autonomizar a criminalização da mutilação genital no § 226a do StGB, o comportamento não se reconduzia a nenhuma das hipóteses do § 226, devendo ter-se por ofensa à integridade física simples, por aplicação do § 223: cf., entre outros, HAGEMEIER, Andrea/BULTE, Jens, "Zum Vorschlag eines neuen § 226a StGB zur Bestrafung der Genitalverstümmelung", *JZ*, 65 (8), 2010 (pp. 406-410), p. 407; ZÖLLER, Mark A./THÖRNICH, Diana, *ibid*., p. 169. A questão não é, todavia, pacífica: cfr., por ex., KRAATZ, Erik, "Einige kritische Bemerkungen zum neuen § 226a StGB", *JZ*, 70 (5), 2015 (pp. 246-251), p. 248.

da tutela penal para um estádio muito precoce – demasiado precoce – do *iter criminis*, pois na fase preparatória da mutilação genital feminina, não há base factual que sustente um juízo de perigosidade bastante para legitimar a punição do agente que ainda não iniciou a execução. Infringe, ademais, o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), visto que nem em relação à ofensa à integridade física grave (artigo 144.º do CP), nem em relação à qualificada (artigo 145.º do CP) são punidos os actos preparatórios. Não se descortinando motivo válido para a diferença de regimes, a desigualdade atenta contra a disposição constitucional, pelo que a sua aplicação deve ser afastada pelos tribunais[5].

3. Uma alteração simbólica

Relativamente aos comportamentos que já constituíam ofensas graves e são agora puníveis segundo moldura penal semelhante, mas por meio de disposição autónoma, a alteração, no fim de contas, tem papel meramente simbólico: trata-se conferir maior notoriedade à criminalização, de realçar a punibilidade destas práticas, ajudando, podemos admitir, à maior consciencialização em relação à ilicitude destes actos[6]. Tal não parece constituir, todavia, motivo suficiente para criar uma norma criminal[7]. Admitindo que esses objectivos, em si mesmos, são legítimos e perfeitamente compreensíveis (tendo em atenção os propósitos de combate à violência de género), eles devem ser preferencialmente prosseguidos por vias alternativas ao Direito Penal, sob pena de criação de confusão na aplicação do Direito, de, por via de repetições desnecessárias, se gerarem incertezas para os práticos, e até de a médio/longo prazo se poder dar origem a efeitos contraproducentes (relacionados com a acentuação dos sentimentos de ineficácia e impunidade em face da escassa efectividade prática da norma) – sobretudo quando, como parece ser o caso, o dispositivo em questão não tem grande aplicação: tanto quanto nos foi possível apurar, há apenas um caso de condenação por crime de mutilação genital feminina em Portugal (sem prejuízo de se ter conhecimento de processos abertos para investigar ocorrências neste âmbito)[8].

[5] Em sentido oposto, LEITE, André Lamas, *ibid*., p. 72, elogia o dispositivo, considerando-o justificado em virtude da gravidade do acto, da união de todos os países na luta contra a prática de actos impeditivos da fruição sexual completa, e da rejeição de elementos culturais ou morais como factores de legitimação de ataques a bens essenciais nas sociedades de acolhimento. Ora, todos estes pontos merecem, naturalmente, o nosso acolhimento, mas eles esclarecem somente a criminalização dos actos de execução pertinentes, não a antecipação da intervenção penal para a fase preparatória. Tal opção só pode explicar-se por circunstâncias, respeitantes especificamente a esta prática, susceptíveis de demonstrar a perigosidade acrescida nos actos em questão. Não negamos, note-se, que tal perigosidade possa existir, mas ela tem de ser demonstrada. O próprio autor, por outro lado, acaba por confirmar o que dizemos sobre a violação do princípio da igualdade, ao considerar que a "gravidade intrínseca" do acto em causa também está presente nos restantes casos do artigo 144.º Se for assim e se supusermos admissível a punição dos actos preparatórios, sem fundamentação de validade limitada ao caso da mutilação, ela tem de se estender às outras hipóteses de ofensa à integridade física grave.

[6] Cfr. LEITE, André Lamas, *ibid*., p. 73.

[7] Cfr., com orientação diversa, SOTTOMAYOR, Maria Clara, "Assédio sexual", cit., pp. 71-72; FARIA, Maria Paula Ribeiro de, "A Convenção", cit., p. 106.

[8] V. https://www.rtp.pt/noticias/pais/primeira-condenacao-por-mutilacao-genital-feminina_v1288124 (11/5/2021). Com dúvidas similares perante a alteração equivalente da lei italiana, BASILE, Fabio, ‹‹Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un

Pode sempre dizer-se que a norma não se mostra necessariamente ineficaz por tais circunstâncias. Pode bem ser, com efeito, que a frequência destes comportamentos tenha diminuído por acção da entrada em vigor da lei. Mas mesmo admitindo (sem conceder) que assim é, resta saber se o mesmo efeito não seria provavelmente obtido reforçando-se campanhas de informação, sensibilização, sinalização da criminalização já existente, etc.[9]

4. A dimensão sexual da ofensa

A criminalização autónoma da prática em análise nos termos referidos importa ainda outra dificuldade. Não raro se considera envolvido um dano na autodeterminação sexual da vítima, para lá da integridade física e psíquica[10]. Associa-se a perturbação desse direito aos prejuízos futuros para a capacidade de fruição sexual resultantes das lesões corporais. Não costuma, porém, sequer problematizar-se o acto em si de modificação do aparelho genital como possível lesão da autodeterminação ou liberdade sexuais da visada. A verdade, todavia, é que se, por um lado, a introdução vaginal forçada de objectos pode constituir violação, nos termos do artigo 164.º, e se, por outro, a penetração ou introdução do que seja não constituem requisitos da consumação deste crime – nem, muito menos, da coacção sexual, nos termos do artigo 163.º –, então a mutilação genital tem de ser ao menos equacionada como típica à luz destes dispositivos, cabendo explicar, em caso de resposta negativa, onde reside a diferença essencial relativamente às intervenções no aparelho genital pacificamente tidas por crimes sexuais.

Se a indicação acabada de deixar estiver correcta, a criminalização autónoma da mutilação genital feminina nos termos presentes tem por efeito prático impedir a tutela da liberdade e autodeterminação sexuais (no concernente ao acto lesivo em si). Efectivamente, se até 2015, a mutilação genital feminina podia ser punida como ofensa à integridade física (simples ou grave, consoante os casos) e ainda como crime sexual em concurso efectivo (independentemente de na prática tal não suceder), a nova disposição, atingindo especificamente esta actuação e assim pretendendo regular de modo esgotante o conteúdo de ilicitude em causa, exclui não apenas a aplicação dos tipos de ofensa à integridade física como também os crimes sexuais. Sendo a moldura

commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.››, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 24, 2013, pp. 19 e ss.

[9] Questionando a pertinência das sanções penais (ao menos das tradicionais) para lidar com crimes culturalmente motivados como a mutilação genital, MONTE, Mário Ferreira, "Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa", in *Multiculturalismo e Direito Penal* (ed.: Teresa Beleza *et al*.), Coimbra: Almedina, 2014 (pp. 97-113), pp. 103 e ss.; *id.*, "Mutilação genital", cit., pp. 85 e ss. Tomando o § 226a do StGB como manifestação de Direito Penal simbólico para a qual não se adivinha grande aplicação, KRAATZ, Erik, "Einige kritische", cit., p. 251, vê no preceito uma espada embotada ("*stumpfes Schwert*") em cuja forja o Estado não deve repousar, antes cabendo implementar políticas e medidas previsivelmente mais eficazes, como imposições de aconselhamento ou campanhas de esclarecimento, de modo que as mudanças surjam de dentro para fora. Cfr. BASILE, Fabio, *ibid*., pp. 21-22; LA BARBERA, Maria Caterina, "La «mutilación genital»", cit., p. 267[2].

[10] V., *e. g*., HAGEMEIER, Andrea/BULTE, Jens, "Zum Vorschlag", cit., p. 409; ZÖLLER, Mark A./THÖRNICH, Diana, "Die Verstümmelung", cit., pp. 169-170. Cfr. SOTIRIADIS, Georgios, "Der neue Straftatbestand", cit., p. 323.

legal idêntica à da ofensa à integridade física grave, impõe-se a conclusão de que o legislador afastou a relevância punitiva da ofensa sexual, assim quedando por apreciar dimensão importante do ilícito.

Se, diferentemente, o limite máximo consagrado fora superior ao da ofensa à integridade física grave, não só se daria oportunidade ao julgador de dar conta devida do ataque sexual porventura praticado como já teríamos um propósito prático claro (e atendível) a justificar a criminalização autónoma do acto para lá dos propósitos simbólicos.

5. Consentimento e exclusão da ilicitude

Na mesma linha de combate à violência de género e, mais concretamente, de repressão do ritual da mutilação genital feminina, alterou-se outrossim o regime do consentimento, acrescentando-se um n.º 3 ao artigo 149.º, segundo o qual se mantém a ilicitude mesmo havendo concordância por parte da vítima em sujeitar-se ao ritual em apreço.

Não constitui caso único este dispositivo. Encontramos uma norma de teor similar no § 90 (3) do StGB austríaco, por exemplo[11]. Já no Ordenamento alemão, a inexistência de norma equivalente deve-se ao entendimento, por parte do legislador histórico, de que não seria sequer necessária uma disposição do género, visto que a impossibilidade de negar neste âmbito a ilicitude em resultado da concordância da visada já resultaria do regime geral – mais concretamente, do § 228 do StGB[12] (algo que as divergências doutrinárias naquele país demonstram não ser tão pacífico como parecia esperar-se[13]).

Que dizer do novo n.º 3?

A integridade corporal é legalmente considerada bem disponível para efeitos de consentimento, como resulta do artigo 149.º, n.º 1. A eficácia desse consentimento tem limites impostos pelos "bons costumes" (para usar a fórmula legal do artigo 38.º, n.º 1)[14]. No caso específico da mutilação genital feminina, porém, não obstante tratar-se precisamente de um crime contra aquele bem jurídico[15], a possibilidade de o assentimento da vítima afastar a ilicitude é negada liminarmente pela lei.

---

[11] Até 2020, a eficácia do consentimento era afastada aí somente nos casos de mutilação "idónea a produzir uma lesão duradoura da sensibilidade sexual" ("*eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen*"). Actualmente, não são feitas distinções.

[12] Cf. BT-Drs. 17/13707, p. 6 (http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/137/1713707.pdf – 11/5/2021).

[13] Cfr. HAHN, Jörg-Uwe, "Genitalverstümmelung: Wirksamer Opferschutz durch einen eigenen Straftatbestand", *ZRP*, 11 (2), 2010 (pp. 37-40), p. 39; ZÖLLER, Mark A./THÖRNISCH, Diana, "Die Verstümmelung", cit., p. 172; SOTIRIADIS, Giorgios, "Der neue Straftatbestand", cit., pp. 328 e ss.; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen. Kommentar*, 66.ª ed., C. H. Beck: München, 2019, § 226a.

[14] Esta cláusula, naturalmente, não pode ser concretizada com recurso a critérios de moralidade ou decência, nem simples regras costumeiras, mas sim critérios fixados segundo os padrões constitucionais de validade do Direito Penal, como os concretizados no artigo 149.º, n.º 2: veja-se a amplitude previsível da ofensa como exemplo de critério possível.

[15] Sem prejuízo de outros bens, como a liberdade sexual ou a integridade psíquica, serem igualmente lesados pela prática, como referimos.

Comecemos por esclarecer, se dúvidas houver, que no tocante aos representantes legais, não pode ser feita leitura *a contrario*. Com efeito, não teria sentido dispor que a vítima não pode consentir validamente em sujeitar-se à mutilação, mas os seus representantes já têm poder para decidir tal sujeição. No instituto da representação legal para efeitos de consentimento, não se trata de comunicar a liberdade do visado aos representantes, nem muito menos de tutelar um direito de disposição dos representantes sobre o representado. Trata-se antes de prevenir a arbitrariedade das intervenções (incluindo as médicas) no corpo do visado, exigindo-se a autorização daqueles a quem em princípio é reconhecida legitimidade para aferir o que melhor prossegue o bem-estar do titular do bem jurídico.

Quando a mutilação genital feminina fosse realizada numa menina ou rapariga menor de 16 anos, a invalidade do consentimento já resultava do regime geral (mais concretamente, do artigo 38.º, n.º 3). Se a visada fosse maior de 16 anos e houvesse consentido num contexto em que estava inadmissivelmente prejudicada a sua liberdade ou o seu discernimento, também aí não havia exclusão da ilicitude, por força do regime geral (desta feita, do artigo 38.º, n.º 2). Deste modo, com o artigo 149.º, n.º 3, só se pode pretender conseguir um efeito de aplicação prática importante nos restantes casos, ou seja, trata-se de negar eficácia ao consentimento quando a mulher em causa seja maior de 16 anos e tenha prestado um consentimento livre e esclarecido.

Tendo isto em conta, parece-nos que a norma, com esta interpretação, é inconstitucional. Atendendo a que a CRP consagra como regime da República Portuguesa uma democracia pluralista no seu artigo 2.º, que é a essa luz que se deve atender ao princípio da igualdade (artigo 13.º) e que todos têm direito ao livre desenvolvimento da personalidade e são protegidos contra qualquer forma de discriminação nos termos do artigo 26.º, n.º 1, impor a intervenção penal em qualquer caso de mutilação genital feminina, com indiferença pelos motivos que guiaram o consentimento e pelo contexto em que a prática teve lugar, traduziria a irrogação paternalista e até moralmente autoritária das concepções maioritárias sobre o que corresponde ao bem-estar de cada um[16].

Sendo os bens em questão livremente disponíveis para efeitos de consentimento e gozando todos os cidadãos, em princípio, de autonomia e poder de decisão sobre si próprios, a eficácia do assentimento só pode ser limitada quando ele implique atentar contra a dignidade do visado ao seu nível mais básico. Tal atentado será aferido de acordo com os compromissos fundamentais de validade da CRP. Ele ocorrerá, portanto e como já tem defendido alguma doutrina, quando a pessoa, em consequência da sua decisão, seja degradada ao nível de coisa ou animal. É o que sucede, para usar exemplos de escola, se o visado consente em ser cinzeiro ou burro de carga de outrem[17]. Se, diferentemente, a mulher, em condições de liberdade e

[16] Para uma defesa da eficácia do consentimento livre e esclarecido em casos de mutilação genital feminina com base numa fundamentação de orientação liberal, MCKINNON, Catriona, *Toleration – A critical introduction*, London/New York: Routledge, 2006, p. 111.

[17] V. DIAS, Augusto Silva, "Faz sentido", cit., pp. 208 e ss.; *id*., *Crimes Contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2007, pp. 94 e ss.; *id*., "Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas – Uma refexão sobre os limites da intervenção penal do Estado", in Liber Amicorum *de*

discernimento bastantes, opta por integrar na sua vida todos os significados culturais (sejam eles de pertença à comunidade, de mera partilha empática de experiências com os que lhe são próximos, etc.) ou, possivelmente, religiosos que associe ao ritual da mutilação genital, ou até por querer simplesmente ser igual à mãe, e/ou ser uma mulher bonita de acordo com as concepções de beleza dominantes na comunidade em questão, decidindo por isso sujeitar-se àquela prática, não soa constitucionalmente admissível uma norma que negue a validade ao consentimento em tais circunstâncias e imponha a intervenção penal, limitando indevidamente a liberdade do agente e da visada[18].

O caso da circuncisão religiosa masculina pode ser usado para reforçar esta argumentação. Se aceitarmos (e cremos ser pacífico) como válido e eficaz o consentimento do homem maior de 16 anos em sujeitar-se a uma circuncisão não medicamente indicada – por exemplo, porque pretende converter-se a uma religião que prescreve esse ritual –, não se vê porque há-de ser dado tratamento diferente quando a pessoa atingida seja uma mulher. E isto, note-se, vale tanto para os casos menos graves de mutilação genital feminina como para os restantes[19].

6. O plano da culpa

Em Itália, em 2006, foi igualmente introduzido um tipo específico para punir a mutilação genital feminina (no artigo 583bis do Código Penal italiano). Alguma doutrina, dando conta de que a consideração do condicionamento cultural destas práticas levava muitas vezes os tribunais tanto a decisões de arquivamento como de atenuação da pena, tomadas ao nível da culpa, antecipava que com a introdução

José Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de Direito e Filosofia (org.: Augusto Silva Dias *et al*.), Coimbra: Almedina, 2009 (pp. 113-131), pp. 126 e ss.

[18] Cfr., adoptando perspectiva, se bem interpretamos, um pouco mais restringente, *id.*, "Faz sentido", cit., pp. 208 e ss.; *id*., *Crimes Culturalmente Motivados – O Direito Penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 337-338. Rejeitando a validade do consentimento em qualquer hipótese de mutilação genital feminina (exceptuando casos de necessidade de médica) por contrariedade aos bons costumes, e não descortinando problemas na desigualdade de tratamento em relação à circuncisão masculina, apesar de as contraporem, ZÖLLER, Mark A./THÖRNICH, Diana, "Die Verstümmelung", cit., p. 172; no mesmo sentido, HAHN, Jörg-Uwe, "Genitalverstümmelung", cit., p. 39. SOTIRIADIS, Georgios, "Der neue Straftatbestand", cit., pp. 329-330, aponta, com acerto, não se poder deduzir a invalidade do consentimento da simples previsão do tipo penal da mutilação genital feminina, pois em caso contrário, o legislador poderia dispor livremente de direitos fundamentais. Se bem vemos, este raciocínio pode aplicar-se por igual a normas como a do artigo 149.º, n.º 3. Já não aceitamos, contudo, que tal seja relevante para analisar a possibilidade de consentimento dos pais em relação a ofensas à integridade física, pois rejeitamos a ideia do autor de que os direitos de educação dos pais incluem a possibilidade de autorizar lesões e/ou provocá-las na integridade física dos filhos, mesmo que com limites. De todo o modo, SOTIRIADIS acaba por rejeitar que esse direito inclua a possibilidade de obrigar a filha a sujeitar-se à excisão.

[19] No sentido de que "[a] tese da irrelevância absoluta do consentimento em relação a todas as modalidades de excisão clitoridiana colidiria frontalmente com o princípio da igualdade de género pois aos homens seria assegurada uma maior amplitude de escolhas e um maior espaço de liberdade para consentir em lesões genitais de menor gravidade do que os conferidos às mulheres", daí retirando que o artigo 149.º, n.º 3, "não vale para todas as modalidades de excisão, sobretudo para as menos graves", DIAS, Augusto Silva, *Crimes Culturalmente Motivados*, cit.,, pp. 181 e ss.

daquele tipo autónomo isso poderia alterar-se. Apontava-se uma previsível mudança de orientação no sentido de maior severidade na análise da responsabilidade do agente e menor abertura a valorações no plano da culpa[20].

É justamente um receio desta ordem que porventura se justifica em relação ao artigo 144.º-A no nosso Ordenamento. A preocupação (louvável) de reforçar a consciência da ilicitude da prática, sinalizar com maior eficácia a sua proibição e garantir maior efectividade na sua perseguição não pode, com efeito, traduzir-se numa demissão das responsabilidades do julgador respeitantes à avaliação do envolvimento pessoal do agente no facto. Assim o impõem os princípios constitucionais da culpa (artigos 1.º, 13.º e 27.º da CRP) e da igualdade.

A mutilação genital feminina é sempre um delito explicado por um condicionamento cultural específico, por constituir um comportamento aprovado pelo grupo cultural a que o infractor pertence, apesar de punido pelo sistema jurídico da sociedade em que ele reside ou se encontra. Desta forma, os motivos e as intenções dos responsáveis pela mutilação só podem ser compreendidos à luz das concepções prevalecentes naquele grupo cultural minoritário. É essa compreensão que deve buscar o juiz que pondere a responsabilidade do agente[21].

Fora dos casos de consentimento válido referidos atrás, tal condicionamento cultural não será suficiente para afastar o juízo de ilicitude típica da mutilação genital feminina, dado que no quadro de uma Constituição construída segundo um modelo (pelo menos em certa medida) individual-liberal de pessoa, ele não prejudica a afirmação de que estamos perante uma prática ofensiva da saúde e dos bens sexuais da visada, por um lado, nem confere ao agente nenhum direito de acção sobre a vítima que lhe permita infligir-lhe ofensa tão grave, por outro. O condicionamento já pode e deve ter outros efeitos, contudo, no juízo sobre a culpa do agente. É precisamente neste plano que a averiguação da responsabilidade jurídico-penal se centra na sua vivência pessoal do facto típico e ilícito. O juízo de culpa deve basear-se na compreensão do agente como pessoa susceptível de ser responsabilizada pelo seu acto, e tal compreensão passa por perceber o modo como o autor se relaciona ou identifica com ele[22]. Isto tem de ser considerado de modo diverso, consoante os diferentes critérios de desculpa que possam estar em causa.

Em primeiro lugar, é mister entrar em linha de conta com a possibilidade de erro. Apesar de todas as campanhas e movimentos, e a despeito do tipo autónomo do artigo 144.º-A, continuará a haver muitas hipóteses de prática da mutilação genital feminina com desconhecimento de se tratar de um comportamento punível criminalmente. Tal pode até suceder relativamente a agentes que conheçam a proibição no seu teor formal: basta que não apreendam o desvalor jurídico-penal do seu comportamento, que a normatividade etnocultural – prevalecente, no espírito dos agentes, sobre a normatividade formal da sociedade em que vivem – leve a que não atribuam ao ritual um significado

[20] Cf. PARISI, Francesco, *Cultura dell'Altro e Diritto Penale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 113 e ss.

[21] Cf., desenvolvidamente, DIAS, Augusto Silva, *ibid*., pp. 394 e ss.

[22] Para explanação desenvolvida, v. PALMA, Maria Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005.

ofensivo para os bens da menina/rapariga/mulher, nem reconheçam o seu gesto como inflicção de uma lesão, tomando-o, ao invés, como oferta de um bem; que pensem, enfim, estar a fazer algo não proibido, senão permitido ou até imposto[23].

Implicando, normalmente, uma lesão corporal grave e irreversível, a mutilação genital feminina, por regra, comporta uma carga axiológica bastante para se poder dizer que o agente actuando com dolo do tipo conhece já tudo o que precisa, em teoria, de conhecer para orientar suficientemente a sua consciência da ilicitude. Isto permite-nos concluir que o erro em que o agente, não obstante, haja actuado tem de ser um erro sobre a ilicitude (regulado no artigo 17.º) e não um erro sobre a proibição (tratado no artigo 16.º, n.º 1, parte final)[24]. Dando-se este caso, resta saber se o erro subjacente à actuação é ou não censurável.

Para percebermos os termos em que a censurabilidade deve ser aferida, precisamos de atentar no seguinte. Aceitando que um valor só ganha existência efectiva na pressuposição de uma "relação afectiva individual com um certo objecto", notaremos que tanto a normatividade ética como a jurídica têm base emotiva[25]. Nesta linha, o critério jurídico só pode ser motivador quando os valores abstractos por ele protegidos se traduzam em bens que, na lógica afectiva que estrutura a pessoa do agente, promovam, em última análise, a sua identidade pessoal.

Estas notas são importantes para compreendermos como pode ter sido impossível ao agente apreender a proibição no caso concreto, dando-se o caso de o seu quadro ético-afectivo o haver impedido de assimilar o sentido normativo pertinente. Tal acontece, tipicamente, nos casos em que o agente provenha de um meio cultural que, pela sua especificidade, conforma decisivamente o seu quadro ético-afectivo, levando-o ao erro. O contexto cultural que rodeia o agente explica em grande medida a sua lógica motivacional, e esta ambiência é decisiva quando procuramos perceber o significado que assumem os valores para o agente nas circunstâncias concretas em que actua – incluindo os valores protegidos pelo Direito. Não se trata, destarte, de saber se a integridade física, a psíquica, ou a autodeterminação sexual são ou não valores que o agente respeite em si mesmos, mas sim de perceber se ele podia, na situação concreta, compreender como esses bens estavam a ser postos em causa, e, em consequência, motivar-se pela proibição de os lesar.

Não quer isto dizer que sempre que certo código ético-afectivo haja guiado o agente de tal modo que ele não tenha sido capaz de apreender a "solução correcta" do dilema se imponha a desculpa, por erro não censurável. A fluidez dos casos e a abertura dos factores ponderáveis para efeitos de ajuizamento da (des)culpa não recomendam respostas prontas a adotpar *a priori*. Podemos, de todo o modo, estabelecer algumas linhas de orientação.

---

[23] V. DIAS, Augusto Silva, "Faz sentido", cit., pp. 218 e ss.; *id*., *Crimes Culturalmente Motivados*, cit., pp. 451 e ss.

[24] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I (*Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*), 3.ª ed., Coimbra: GESTLEGAL, 2019, pp. 638 e ss.

[25] V., também para enquadramento do que se segue, PALMA, Maria Fernanda, *O Princípio*, cit., pp. 144 e ss.

Essencial é sempre compreender a lógica emocional que guiou o infractor: tem de ser tomada como diferente a motivação de quem não veja o ritual, em nenhuma medida, como um mal infligido à visada (e sim como um bem ou dádiva, descortinando nele meramente um significado positivo) da motivação de quem toma a mutilação genital como mal necessário, como um sacrifício que é preciso impor à criança, como um sofrimento por que ela tem de passar. Como é diversa a perspectiva de quem actue no entendimento de estar a conferir uma benesse à visada – a dar-lhe a oportunidade de se tornar um membro de pleno na sua comunidade ou a integrá-la num ritual pensado para ela – da perspectiva de quem age sobretudo para cumprir um dever, uma obrigação que, incidentalmente, toma a criança como objecto.

Orientações deste cariz podem igualmente mostrar-se decisivas noutras constelações de desculpa, que não as do erro, como sejam as do conflito de deveres de desculpante. Pode bem sueder que o agente, não desconhecendo a proibição penal da sua actuação, persista na prática da mutilação por ver nesta uma obrigação que não pode deixar de cumprir. Numa hipótese com tal configuração, somente a figura do conflito de deveres desculpante abre a possibilidade da desculpa. Nestas situações, o agente, movido pelo seu código ético-afectivo (formado no condicionamento cultural do grupo minoritário em que está inserido), toma a decisão de antepor o dever de praticar a mutilação genital feminina à proibição de lesar a integridade corporal de outrem. Note-se que se trata agora de uma verdadeira decisão, *i. e.*, tomada conscientemente, já não baseada em erro[26].

Também nestes casos se mostra necessário analisar a racionalidade que transpareça da teia de emoções susceptíveis de explicar o comportamento do agente, de modo que possamos concluir se há razões para desculpar. Novamente, a censura é mais fácil, *v. g.*, quando o agente encarou a mutilação como prática obrigatória em si mesma, não tanto como um dever para com a visada. Todavia, sempre diremos que nestes casos (em que o agente não está em erro), fica muito mais difícil afastar por completo o juízo de censura, uma vez que a lógica motivacional do agente incluiu já a aceitação do sentido ofensivo (*i. e.*, do carácter lesivo) do seu comportamento. Não obstante, sempre se pode entrar em linha de conta com a possibilidade de atenuação da pena.

II. O caso da circuncisão religiosa masculina

À luz destas notas e orientações pensadas para o ritual da mutilação genital feminina, que ilações podemos retirar quando pensamos no caso da circuncisão masculina?

Também a circuncisão masculina constitui um procedimento ritual realizado no aparelho genital do visado, traduzido, basicamente, na remoção do prepúcio. Interessa-nos aqui, em particular, a circuncisão não medicamente indicada, ou seja, a realizada com motivação cultural (normalmente religiosa). Os exemplos provavelmente mais reconhecíveis são os dos judeus e dos muçulmanos.

[26] Sobre a figura do conflito de deveres desculpante, cf. *ibid*., pp. 198 e ss.; NEVES, António Brito, "Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional", *O Direito*, 144 (3), 2012 (pp. 673-727), pp. 707 e ss.

Apesar de esta operação se traduzir igualmente numa mutilação do órgão sexual da criança, de também não ser medicamente indicada e de ser outrossim praticada em pessoa incapaz de consentir, a circuncisão religiosa, em completo contraste com a mutilação genital feminina, tem permanecido impune na generalidade dos Ordenamentos ocidentais. Mais do que isso: em países como o nosso (embora assim não suceda em muitos outros[27]), não tem sequer sido genericamente problematizada a questão da sua punibilidade; surge como uma espécie de dado assente o tratar-se de comportamento não punível. Todavia, não parece haver fundamento atendível para a diferença de tratamento[28].

1. A circuncisão masculina como facto típico

A circuncisão é uma operação cirúrgica de alguma gravidade, não apenas pela dor que envolve e por ser realizada numa zona de especial intimidade, mas ainda pela sua irreversibilidade. Ora, se alguém realizar uma circuncisão noutra pessoa adulta contra a vontade desta, à partida, cometerá, quando menos, um crime de ofensa à integridade física (artigo 143.º). Se a vítima for uma criança, e supondo sempre a ausência de indicação médica, a solução será a mesma. Admitindo então que a operação é realizada na criança por indicação dos pais para cumprimento de um dever religioso que recai sobre eles, pode o ter-se motivado a circuncisão por convicções religiosas levar a que ela deixe de ser crime?

Deparando-nos com um acto intencional causador de lesão significativa da integridade corporal de outra pessoa (que não consentiu validamente), temos levantado o problema para o qual está a pensada a norma que pune a ofensa à integridade física. Estes pontos sustentam a afirmação da tipicidade do comportamento.

Não vale contra isto a invocação da adequação social da prática[29]. Mesmo para quem aceite tal figura, em abstracto, como causa de atipicidade, o afastamento do tipo só pode dar-se em resultado da verificação de um factor sociológico e um valorativo. Assim, para rejeitar a tipicidade, não basta a disseminação da prática na sociedade ou numa comunidade cultural, nem sequer a tolerância ou mesmo aceitação pela maioria das pessoas, exigindo-se, ademais, a demonstração de que, por razões de contexto, motivação, significado cultural, e/ou outras, o comportamento, a despeito de atingir o objecto da acção, não assume cariz ofensivo. Não pretendendo discutir o primeiro factor – de verificação facilmente comprovável, no respeitante à circuncisão religiosa, na nossa sociedade –, centremo-nos no segundo.

A circuncisão religiosa envolve uma intervenção lesiva no corpo do visado não provocada por agressão ou perigo, não insignificante e feita sem o seu consentimento. Nenhum destes pontos é negado pela tolerância social da prática, pelo que a única

[27] Cf. NEVES, António Brito, *A Circuncisão Religiosa como Tipo de Problema Jurídico-Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 27 e ss.

[28] Assim o defendemos, desenvolvidamente, em *ibid*., *passim*. Apontando a violação do princípio da igualdade, ao menos no respeitante às formas menos lesivas de mutilação feminina, entre outros, ZÖLLER, Mark A./THÖRNICH, Diana, "Die Verstümmelung", cit., p. 173; HARDTUNG, Bernhard, Anotação ao § 226a, in *Münchener Kommentar zum StGB*, IV, 3.ª ed., München: C. H. Beck, 2017, n. m. 24.

[29] Cf., desenvolvidamente, NEVES, António Brito, *ibid*., pp. 58 e ss.

via de se afastar, ainda assim, o sentido social de ilicitude contido no tipo é a de apontar outros factores, susceptíveis de lhes reconfigurarem o significado de tal modo que as valorações associadas àqueles pontos tenham de ser afastadas. É o que procura fazer Agusto Silva DIAS ao apontar que o corpo, enquanto objecto material de concretização da integridade física, deve ser entendido no seu sentido não natural e neutro, mas antes simbólico, como "lugar de definição identitária de cariz individual, cultural e religioso". A esta luz, a protecção típica da integridade física toma o corpo enquanto instrumento de revelação e afirmação da identidade, sendo esta utilização culturalmente aceite na nossa sociedade, como se vê pela normalidade com que se encaram as tatuagens ou os *piercings*. Na visão do autor, nem o cariz irreversível da lesão contraria isto, dado não ser ela requisito das ofensas corporais, não constituindo elemento relevante para diferenciar as situações. Ora, no caso da circuncisão religiosa, considera Silva DIAS que, ao menos quando certos requisitos (respeitantes, nomeadamente, ao cumprimento das *leges artis* da medicina e às motivações dos agentes) estejam cumpridos, o ritual, destinando-se a assegurar a integração da criança numa comunidade étnica e/ou religiosa, não pode dizer-se hostil para a integridade física da criança, afirmando-se, em consequência, a adequação social[30].

Contra esta visão, cabe notar que mesmo admitindo estar correcta, por princípio, a convocação da dimensão simbólica do corpo, em detrimento da natural, para lhe definir os contornos enquanto suporte da integridade física, tal não permite dispensar exigências básicas de respeito pela autonomia e autodeterminação do outro. A não ser em (certos) casos de insignificância ou indicação médica, a intervenção lesiva não consentida nem requerida no corpo de outrem é criminalmente proibida. Cabe ao titular do bem jurídico definir o significado que, para ele, tem a intervenção. Destarte, de nada adianta explicar o sentido positivo, integrador, não hostil, etc., da prática, com base no contexto cultural ou religioso, porque a única vontade decisiva é a da pessoa que vai sofrer a intervenção sem a ter promovido – do mesmo modo que para decidir se alguém pode entrar em casa alheia, não é, em abstracto, importante apurar as suas boas intenções, nem se elas são bem vistas pelos vizinhos, mas sim se o dono da casa em questão tem a visita por bem-vinda. Não podendo o visado dar o seu consentimento, por ser ainda incapaz, resta esperar que ele cresça até poder decidir com liberdade e esclarecimento suficientes[31].

A desconsideração da autodeterminação da criança é decisiva para apurar a ofensividade típica do acto. Para Silva DIAS, obrigar os agentes a esperarem que a criança cresça, para só então, mediante consentimento, levarem a cabo o ritual, implica modificações essenciais no rito, no seu significado litúrgico, até na própria religião, e transformações deste cariz devem vir do interior da comunidade, não irrogadas de fora. Admite excepções somente quando no rito em questão se negue o reconhecimento

[30] Cf. DIAS, Augusto Silva, *Crimes Culturalmente Motivados*, cit., pp. 306 e ss.

[31] Subjacente a esta diferença de orientações parece-nos haver um distanciamento entre, de um lado, uma concepção comunitarista que toma por bastante o significado culturalmente positivo e socialmente aceite da prática para a considerar atípica, e, do outro, uma perspectiva individualista liberal para a qual a palavra decisiva tem de caber sempre a quem sofre a intromissão na sua esfera, devendo salvaguardar-se a possibilidade de o visado decidir sobre essa intromissão no futuro, se no presente não for capaz disso.

devido ao outro como ser livre e igual, impondo-se-lhe sofrimento em nome de tradições e cosmovisões ancestrais. Nesta linha, proibir além de tais hipóteses redunda em violar a liberdade de religião e de culto[32].

Contra isto, nada temos genericamente a invocar. Notamos apenas que a circuncisão masculina religiosa constitui justamente uma hipótese em que os apontados pressupostos da ressalva se verificam. Silva DIAS, repare-se, não deixa de procurar atender à vontade do titular do bem, nomeamente, quando lhe reconhece um direito de veto logo que consiga expressar-se de modo perceptível, independentemente de (ainda não) ter idade para consentir[33]. Mas não vemos base para diferenciar consoante a criança tenha idade para expressar recusa perceptível ou não. Na verdade, o choro de dor pode já ser tido por recusa clara para este efeito; mas mesmo que assim não fora, a criança não é menos pessoa por não possuir ainda racionalidade discursiva ou dissertiva: os direitos de que goza são já seus em pleno, e se não é ainda capaz de expressar aversão a uma interferência neles, cabe esperar que o seja, e não aproveitar para a sujeitar ao ritual enquanto ela ainda não consegue dizer não.

Sem dúvida que a imposição de esperar implica modificar o ritual em aspectos fundamentais, mas isso também acontece em relação a outras práticas – como a mutilação genital feminina –, sendo o preço a pagar se quisermos levar a sério o compromisso com os valores liberais da autonomia e autodeterminação. Com efeito, garantir ao visado a oportunidade de consentir livre e esclarecidamente em sujeitar-se a uma prática tradicional transforma-a necessariamente sempre que a tradição for a da desconsideração da vontade do visado[34]. Mas o modelo liberal de sujeito subjacente a textos constitucionais como o nosso (assente no valor da dignidade da pessoa humana, definida segundo orientações de autonomia, liberdade e igualdade) é o de uma pessoa que tem direito à cultura, mas não está imerso nela, ou não ao ponto de não poder abandoná-la ou escolher outra, ou de não ter hipótese de recusar sujeitar-se a actos específicos usuais na comunidade em questão. E é à luz desse modelo que havemos de traçar os contornos dos direitos de liberdade constitucionalmente atribuídos.

Claro que a circuncisão não impede o abraçar outra religião ou cultura mais tarde[35]. Mas tal viabilidade não permite desconsiderar a lesão sofrida pelo visado, o sofrimento implicado, nem a irreversibilidade das transformações, que mesmo não se associando necessariamente a um significado simbólico concreto, não deixam de

[32] *Ibid*., pp. 312-313.

[33] *Ibid*., p. 314.

[34] Explica isto Slavoj ŽIŽEK, "Tolerance as an Ideological Category", *Critical Inquiry*, 34 (4), 2008 (pp. 660-682), pp. 661-662, notando como as condições necessárias para garantir a escolha livre liberal envolvem uma inevitável (des)aculturação do próprio processo de escolha, com o exemplo do véu usado pela mulher muçulmana para cobrir o rosto: o multiculturalista liberal aceita tal costume, desde que a mulher o faça por sua livre opção e não porque o marido ou a família a obriguem. Como salienta o autor (se bem que em tom crítico), essa escolha individual transforma por completo o significado daquele uso: ele deixa de ser sinal de pertença a uma comunidade islâmica e transforma-se em mera expressão da individualidade idiossincrática da mulher. Assim, garantir às crianças ou às mulheres de uma comunidade cultural uma escolha livre (no sentido multiculturalista liberal) é algo só alcançado por meio de um desenraizamento, de uma separação, a certo ponto, da cultura.

[35] Salienta-o DIAS, Augusto Silva, *ibid.*, p. 315, em contraposição com a mutilação genital feminina.

traduzir uma interferência na imagem do circuncidado perante si mesmo e os outros, ao menos aqueles com quem mantenha relações íntimas[36]. Isto mesmo, aliás, nos permite ir mais longe e considerar a circuncisão uma ofensa à integridade física grave: o dano estético por ela implicado, mesmo que não visível no quotidiano, envolve uma interferência significativa com a imagem do visado perante si mesmo e perante outros com quem partilhe a sua nudez, seja em contexto sexual ou de ordem diversa. Este condicionamento da sua vida íntima pode bastar para caracterizarmos o dano envolvido como desfiguração grave e permanente, punida nos termos do artigo 144.º, al. *a)*, do CP.

2. A circuncisão como facto ilícito

Assente a tipicidade do acto, pode a liberdade religiosa servir de causa de justificação?

O problema tem de se formular nos termos de um conflito entre direitos fundamentais: a integridade física da criança de um lado, a liberdade religiosa dos pais do outro. Cabe aferir que posição merece aqui mais favor.

Segundo cremos, têm de ceder as convicções religiosas[37]. Não tanto porque a integridade física haja de ser tomada em abstracto como bem mais valioso que a liberdade religiosa, mas sobretudo devido aos termos concretos deste conflito. Estamos perante um confronto entre a posição de alguém (a criança) que reclama a protecção da sua esfera jurídica contra a intromissão lesiva por parte de terceiros, de um lado, e a de alguém (os pais) que se arroga a possibilidade de se intrometer lesivamente na esfera jurídica de outra pessoa sem actuação prévia desta que o justifique. Numa Ordem Jurídica liberal como a nossa, a primeira posição tem de prevalecer. Não há direito que os pais tenham – seja a liberdade religiosa, sejam as responsabilidades parentais, o poder de educar, etc. – passível de ser invocado para excluir a ilicitude da causação de um dano à integridade física de outrem quando o visado não haja consentido – tal como acontece, lembre-se, em relação à mutilação genital feminina.

Considerações conclusivas

Se, em sentido contrário ao que acabamos de defender, se entender que a circuncisão masculina não constitui uma hipótese de ofensa grave (por se negar, *v. g*., a ocorrência de "desfiguração grave e permanente"), antes meramente de ofensa simples, então, por coerência, ficaremos impedidos de punir todas as modalidades de mutilação genital feminina nos termos do artigo 144.º-A. Com efeito, sob pena de desrespeito pelo princípio da igualdade, havemos de reconhecer que aquelas modalidades de mutilação feminina que não forem mais graves que a circuncisão (também as há, como apontámos)

[36] Factores usualmentes merecedores de realce quando se considera a mutilação feminina: v. LEITÃO, Helena Martins, "A mutilação genital", cit., p. 105; LEITE, André Lamas, "As alterações", cit., p. 72.

[37] Desenvolvidamente, NEVES, António Brito, *A Circuncisão*, cit., pp. 148 e ss.

não poderão ser punidas mais gravemente do que esta[38]. Terão de continuar a ser tratadas, em suma, como ofensas simples.

Indo mais além e insistindo-se, contrariamente ao nosso entendimento, em defender que a circuncisão religiosa masculina não deve ser punida de modo nenhum – e enquanto não se identificar e esclarecer a diferença entre os casos susceptível de justificar a divergência no tratamento –, mais uma vez por coerência, terão de quedar impunes as formas menos graves (*i. e.*, menos lesivas para a saúde) de mutilação genital feminina[39].

Como explicámos, não nos parece ser este último o melhor caminho. A igualdade, conjugada com a carência de protecção dos bens jurídicos envolvidos, aponta antes a via de considerar puníveis ambas as práticas, não a de as deixar impunes.

[38] Em sentido equivalente, em face do § 226a do StGB, RITTIG, Steffen, "Der neue § 226 a StGB. Hintergründe, Voraussetzungen, Zusammenhänge und Auswirkungen", *JuS*, 54 (6), 2014 (pp. 499-503), p. 499; WOLTERS, Gereon, "Der kleine Unterschied und seine strafrechtliche Folgen. Eckhard Horn (1.12.1938 bis 14.10.2004) anlässlich seines zehnten Todestages gewidmet", *GA*, 161 (10), 2014 (pp. 556-571), p. 556. Cfr. ainda KRAATZ, Erik, "Einige kritische", cit., p. 250; SOTIRIADIS, Giorgios, "Der neue Straftatbestand", cit., p. 327.

[39] Neste sentido, RINGEL, Karl-Peter/MEYER, Kathrin, *§ 226a StGB – Sonderstraftatbestand der Frauenbeschneidung & verfassungswidrige Ungleichbehandlung*, Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, 51, 2014, pp. 104 e ss. Cfr. SCHMIDT, Tom Georg, *Die Strafbarkeit der Beschneidung der äußeren Genitalien vor dem Hintergrund von § 1631d BGB und § 226a StGB*, Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, pp. 177 e ss.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CONCURSO DE CRIMES: DELIMITAÇÃO À LUZ DO CONCEITO DE UNIDADE NORMATIVO-SOCIAL

Inês Ferreira Leite[*]

SUMÁRIO: I. Violência doméstica: brevíssima caracterização legal e social; II. O concurso de normas à luz da Constituição e da proibição de *bis in idem*; 1. O conteúdo material do princípio do *ne bis in idem* à luz da Constituição; 2. Critérios interpretativos para uma leitura conforme do art. 30.º do CP; III. O concurso de crimes na violência doméstica; 1. Uma leitura conforme da clásula de subsidiariedade; 2. Critérios para a delimitação do concurso homogéneo.

I. Violência doméstica: brevissima caracterização legal e social

O crime de violência doméstica é especialmente complexo, pois parte de uma aparente simplicidade e linearidade social, mas esconde uma miríade de complexidades sociais, variantes e fatores. O próprio tipo penal é por vezes pouco unívoco e (muitas vezes) gerador de perplexidades, apresentando três características curiosas que assumem um sentido global, por vezes, dificilmente discernível: a) inclui várias condutas distintas passíveis de se enquadrarem noutros tipos legais e, algumas, na sua intensidade lesiva máxima, em tipos legais mais gravosos (o que cria a falsa perceção de que pode implica um "benefício" para o/a agressor/a); b) refere a reiteração, mas não exige a reiteração, o que já gerou e gera muitas dúvidas interpretativas; c) depende da existência de um certo tipo de intimidade (relações interpessoais de natureza romântica, paraconjugal ou de coabitação, que podem ser muito diversas). Será possível encontrar um sentido de ilicitude típica caracterizador que nos ajude a fazer uma boa interpretação e aplicação do tipo legal à realidade social trazida ao sistema judicial?

Entendo que qualquer boa interpretação da norma legal incriminadora é devedora de ponderação da sua correlação com a realidade social que visa regular. O Direito é uma ciência social: existe para servir a sociedade, regulando as relações sociais[1] tendo em vista a obtenção máxima possível da realização individual e o respeito pelos direitos fundamentais, reforçando e melhorando os laços sociais.

[*] Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

[1] Aqui adota-se uma perspetiva *ideal* sobre o papel do Direito na sociedade, não esquecendo, porém, o seu papel *real*, histórica e atualmente, como "*instância social de estabelecimento de relações de poder*", nas palavras de PIZARRO BELEZA, Teresa, "Antígona no Reino de Creonte. O impacto dos estudos feministas no direito", *Ex aequo*, 6, 2002, (pp.77-89), p. 79.

Não deve nem pode ser uma ciência *surreal*, desligada da realidade e dos atores sociais[2].

Os tipos penais incriminadores não constituem puras criações abstratas do legislador, nem o legislador tem ampla liberdade para criar um tipo de crime sem qualquer vinculação à realidade (ontológica e social). Os tipos de crime têm um reflexo paralelo na esfera do leigo: o tipo social. São uma condensação normativa de sentidos sociais. E as condutas descritas correspondem à perceção social de fenómenos reiterados ou mais homogéneos de lesão (ou de colocação em perigo) de bens jurídicos. O tipo social, ou *typus*, corresponde a um instrumento hermenêutico que transcende o sistema normativo, por referência a uma realidade exterior. É o resultado de um fenómeno de condensação de sentidos jurídicos e sociais – logo, o resultado de um processo de interpretação da realidade e um instrumento de interpretação da norma –, pelo que existe independentemente e para além do tipo legal de crime. Expressa, nas palavras do saudoso homenageado, "*modelos sociais de conduta, mais ou menos nuclearmente precisos e perifericamente difusos, aos quais a experiência axiológica comunitária atribui um desvalor qualificado*"[3].

O legislador parte de uma base ontológico-social e os tipos legais pressupõem uma correspetiva existência de tipos sociais, embora não esteja obrigado a reproduzi-los. O reconhecimento do tipo social não implica uma admissão de conceitos pré-jurídicos, mas somente a constatação de que os conceitos legais encontram correspondências – mais ou menos semelhantes – na realidade social. O tipo social assume diversas funções no Direito: confere um sentido à realidade, permite identificar traços comuns no comportamento humano e estabelecer uniões de sentido, constitui instrumento essencial para a elaboração de raciocínios tipológicos e permite ainda, claro, a associação de um desvalor específico ao facto. Dando concretização prática ao conceito de tipo social, podemos reconhecer a sua existência a partir da verificação, geralmente combinada, embora não se trate de critérios necessariamente cumulativos, dos seguintes fatores[4]: reiteração enquanto fenómeno social; teleologia comportamental; identidade narrativa; assimilação pela linguagem.

A "essência" da violência doméstica é difícil de definir e ainda mais difícil de delimitar, na ótica do legislador, numa norma incriminadora, de acordo com critérios de razoabilidade legística, com respeito pelo princípio da tipicidade penal. Quando há um forte tipo social que assume grande variedade de execução, o legislador é forçado a recorrer a tipos legais tendencialmente neutros (abuso sexual de crianças, terrorismo, branqueamento de capitais) que necessitam que o julgador conheça o tipo social para realizar uma boa interpretação e aplicação da norma.

A violência doméstica é, essencialmente, violência relacional, desenvolvida na

[2] FERREIRA LEITE, Inês, *Ne (Idem) Bis In Idem. Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, I, AAFDL, 2016, p. 933.

[3] SILVA DIAS, Augusto, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Lisboa, 2003, p. 403. Ver também FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem...*, I, cit., p. 939.

[4] FERREIRA LEITE, Inês, *Ne (Idem) Bis In Idem. Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, II, AAFDL, 2016, pp. 67 e ss.

intimidade, associada à coabitação, à proximidade, à interdependência. Dentro desta, há uma espécie mais comum e homogénea: aquela violência constante, omnipresente, quase ambiental, que ocorre na intimidade de um casal (junto ou separado) em desequilíbrio de poder (por qualquer razão), em que um dos membros do casal utiliza o poder que detém sobre o outro de modo abusivo[5]. Ou seja, a violência inerente ao conceito de violência doméstica no contexto de intimidade pessoal. E digo "intimidade pessoal", já que não pretendo referir-me apenas à violência de casal. De modo semelhante pode desenrolar-se a violência contra crianças, dependentes idosos ou pessoas com deficiência, havendo, nestes, casos, por inerência, um desiquilíbrio de poder[6].

Esta violência é ambiental e permanente. Quem é vítima de violência doméstica moderada a grave vive constantemente com medo, ou constantemente em tensão[7], sabendo que pode haver um surto de violência (verbal, física, sexual) a qualquer momento. O/A agressor/a cria este ambiente de tensão e intimidação progressivamente, com pequenos gestos ou palavras que, por si, poderiam não constituir crime (nem mesmo convencem a vítima, logo, do perigo em que se encontra).

Naturalmente, porém, não poderia o legislador incriminar, apenas, a criação de um ambiente de intimidação e terror. À luz do Direito Penal do Facto, os tipos legais devem descrever condutas concretas, delimitadas, identificáveis de um ponto de vista

[5] Para uma boa descrição sumaria da variedade de violência que pode ser exercida, nos seus vários tipos, modalidades e concretizações, ver AA.VV. (Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género), "A Violência Doméstica. Caraterização do fenómeno e respostas aptas à sua erradicação", *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*, CEJ, 2016, (27-76), pp. 31 e ss.

[6] No caso dos idosos, tratando-se de uma violência que assenta na fragilidade e dependência (RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula, *Crimes Praticados Contra Idosos*, Universidade Católica do Porto, 3.ª Ed., 2019, pp. 9 e ss.), a qual tem vindo a aumentar em Portugal, FERNANDES, Diana, "Crimes Cometidos Contra Idosos", *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal*, I, CEJ, 2016, (19-65), pp. 19 e ss.

[7] Razão pelo que se veio progressivamente a reconhecer a "síndroma da mulher batida", DIAS, Isabel, "Violência doméstica ejustiça: respostas e desafios", *Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP*, XX, 2010, (pp. 245-262), pp. 254 e ss. É também hoje aceite associação entre o "stress pós traumático" e a violência doméstica e maus tratos, AA.VV. (CIG), "A Violência Doméstica. Caraterização do fenómeno e respostas aptas à sua erradicação", cit., pp. 25 e 40. Este fenómeno é verificado quer nas vítimas diretas de violência doméstica, quer nas indiretas (crianças expostas à violência doméstica), bem como em qualquer vítima de violência doméstica, seja num contexto de intimidade pessoal ou mera coabitação, como demonstra o estudo de DALILA AGUIAR CEREJO, Sara, *Viver sobrevivendo: Emoções e dinâmicas socioculturais nos processos de manutenção das relações conjugais violentas*, Tese apresentada para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Doutor em Sociologia, realizada sob a orientação científica do Professor Doutor Manuel Lisboa, FCSH, 2014, pp. 242 e ss. Nas crianças expostas à violência doméstica, NUNES DE ALMEIDA, Ana/ ANDRÉ, Isabel/ NUNES DE ALMEIDA, Helena, "Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família", *Análise Social*, 150, 1999, (pp. 91 a 121); AMARO, Fausto, "Aspectos socioculturais dos maus tratos e negligência de crianças em Portugal", *Revista do Ministério Público*, 9, 35-36, 1988, (pp. 85 a 90); BARROSO, Zélia, "Contribuição para uma tipologia de Maus tratos Infantis: síntese dos resultados obtidos num Hospital Público de Lisboa", *A Questão Social no Novo Milénio*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004, (pp. 7 a 15); COSTA, Vânia/ SANI, Ana Isabel, "Sintomatologia de pós-stress traumático em crianças expostas a violência interparental", *Revista da Faculdade de Ciências da Saúde*, 4, 2007, (pp. 282-290); e FIGUEIREDO, Bárbara / PAIVA, Carla, "Maus tratos em amostras na comunidade: prevalência de abuso físico e sexual", *Infância&Juventude*, 2, 2002, (pp. 93 a 124).

externo-objetivo, e não meras intenções ou estados íntimos subjetivos[8]. Consequentemente, o tipo legal de violência doméstica deve forçosamente descrever condutas concretas, delimitáveis em eventos agressivos localizados no espaço e no tempo, que possam ser narrados de modo preciso numa acusação, e que sejam dotados de uma dimensão externa-objetiva suficiente para que possam ser objeto de prova e contraditório no processo penal[9].

Assim se compreende que a reiteração seja, simultaneamente, elemento intrínseco do tipo social e mero elemento possível do tipo legal do crime de violência doméstica. Não é tipicamente necessário demonstrar-se a reiteração porque, tendo sido criado um clima de tensão, intimidação, violência ambiental, a vítima pode queixar-se logo após o primeiro surto expressivo de violência (o primeiro surto que se concretiza num evento com alguma gravidade, que pode ser delimitado no espaço e tempo, precisamente descrito e objeto de prova). Porém, é mais comum que a vítima apenas registe um surto mais grave como violência (tendo desvalorizado outros momentos menos violentos), não refira outros episódios (por vergonha[10] ou receio de não ser levada a sério) ou não se provem outros episódios. Embora exista, na realidade subjacente, a reiteração que é socialmente característica da violência doméstica. Porque, na realidade social, a violência doméstica é sempre reiterada – no sentido em que se caracteriza pela sua permanência ou constância na relação interpessoal – embora seja possível que haja apenas um episódio/evento mais relevante ou saliente. É neste contexto de constância que surgem os ciclos da violência doméstica, porque se trata de um fenómeno psicossocial complexo e poderoso.

É também porque a violência doméstica surge num contexto afetivo (ainda que ilusório), em que se criaram interdependências emocionais, expectativas comuns, filhos (ou irmãos), em que se idealizou toda uma vida futura à medida de um conceito rígido da vida familiar[11], dos padrões do "amor romântico" ou das normas sociais da instituição do casamento[12], que esta constitui um fenómeno tão difícil de prevenir. E é porque a

[8] Para mais detalhes ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem...*, I, cit., §63.

[9] Para um maior desenvolvimento desta questão, ver FERREIRA LEITE, Inês, "Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais", in: *Violência doméstica e de género e mutilação genital feminina*, CEJ, 2019, (pp. 9-97), pp. 16 e ss. Referindo esta exigência, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 15/06/2016, processo n.º 1170/14.6TAVFR.P1, e de 10/01/2018, processo n.º 821/16.2T9GDM.P1. Como exemplo de boa valoração da prova nesta matéria, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/01/2018, processo n.º 204/10.8GASRE.C1.

[10] Como sucede com as violações na intimidade, sendo comum que as vítimas as silenciem nas denúncias ou mesmo já em fase de julgamento, como demonstra o estudo de RODRIGUES FONSECA, Farene, *A violência sexual nas relações de Intimidade. Das perícias forenses às decisões judiciais,* Dissertação de Candidatura ao grau de Mestre em Medicina Legal submetida ao Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, pp. 33 e ss.

[11] CLARA SOTTOMAYOR, Maria, "O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança", *Cuidar da justiça de crianças e jovens: a função dos juízes sociais: actas do encontro*, Coimbra, Almedina, 2003, (pp. 10-60).

[12] Assim, evidente nos estudos empíricos feitos sobre violência doméstica e conjugalidade, entre outros, ABOIM, Sofia, «Conjugalidade, afectos e formas de autonomia individual», *Análise Social*, vol. 41, n.º 180, 2006, (pp. 801-825); e ABOIM, Sofia / WALL, Karin, "Tipos de família em Portugal: interacções,

violência doméstica surge no contexto histórico da desigualdade de género que verificamos, ainda, uma desproporção estatística considerável de vitimização feminina e agressão masculina, mesmo quando se trata de violência contra menores ou idosos dependentes[13]. Pela mesma razão, muitas mulheres consideram ser seu dever suportar a violência em nome da constância do matrimónio (ou da relação, se não for formalizada), muitos homens desvalorizam a violência por eles exercida como adequada ou justificada[14], e muitas crianças crescem a confundir amor com violência[15].

II. O concurso de normas à luz da Constituição e da proibição de *bis in idem*

1. O conteúdo material do princípio do *ne bis in idem* à luz da Constituição

Em vão se procurará nos textos romanos ou teológicos uma pretensa origem do *ne bis in idem*[16]. Tal como os valores da igualdade e da liberdade[17], o *ne bis in idem* – apesar de já ter antes assumido uma presença inegável na vida social –, só vem a alcançar um pleno e generalizado reconhecimento a partir do séc. XVIII. Pode, por isso, afirmar-se que o *ne bis in idem* se assemelha a um filho adotivo da Razão iluminista[18] e da aceitação de que o poder político do Estado – porque agora essencialmente terreno – não é ilimitado. E que, acima de tudo, não se encontra acima dos interesses dos seus indivíduos (súbditos ou cidadãos). Porque o indivíduo não transfere, com a aceitação de um Estado soberano, toda a sua autonomia e liberdade para o respetivo

valores, contextos", *Análise Social*, vol. 37, 163, 2002, (pp. 475-506); BALBINO DE ALMEIDA, Iris, *Avaliação de risco de femicídio: poder e controlo nas dinâmicas das relações íntimas*, cit., *passim*; CASIMIRO, Cláudia, "Representações sociais da violência conjugal", *Análise Social*, 163, 2002, (pp. 608-630); DALILA AGUIAR CEREJO, *Viver sobrevivendo: Emoções e dinâmicas socioculturais nos processos de manutenção das relações conjugais violentas*, cit., *passim*; TORRES, Anália/ MARQUES, Cristina/MACIEL, Diana, "Gender, work and family: balancing central dimensions in individuals' lives", *Sociologia online*, 2, 2011, (online); FERREIRA DA SILVA, Luísa, "«O direito de bater na mulher» – violência interconjugal na sociedade portuguesa", *Análise Social*, vol. 26, 111, 1991, (online). Ver também, embora seja mais amplo, o estudo de GOMES, Conceição/FERNANDO, Paula/RIBEIRO, Tiago/ OLIVEIRA, Ana/DUARTE, Madalena, *Violência doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais em matéria de Violência Doméstica*, CIG, novembro, 2016, (online).

[13] Assim o demonstram quer o Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2018 (online), quer as estatísticas recolhidas pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) (online).

[14] Demonstrando-o num estudo empírico, BALBINO DE ALMEIDA, *Avaliação de risco de femicídio: poder e controlo nas dinâmicas das relações íntimas*, cit., p. 78.

[15] NUNES DE ALMEIDA/ ANDRÉ/ NUNES DE ALMEIDA, "Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família", cit., *en passim*; AMARO, "Aspectos socioculturais dos maus tratos e negligência de crianças em Portugal", cit., *en passim*.

[16] Para uma explicação mais profunda sobre tais conceções (erróneas), ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem...*, cit., §§1-3.

[17] Neste sentido, por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, 1995, p. 33.

[18] Já assim, referindo-se ao "sopro do iluminismo e das correntes que preparam a Revolução francesa", CORREIA, Eduardo, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, cit., p. 302.

Governo, a autoridade deste mesmo Governo passa a ficar sujeita ao cumprimento de regras, decorrentes da ideia de *fairness*[19], através da qual se expressam os valores de justiça e de equidade[20].

Correspondentemente, no exercício do poder punitivo, o Estado vincula-se a construir um modelo de processo justo[21] – isto é, de *fair trial* –, no qual se insere o respeito pelo caso julgado[22] e do qual veio a resultar a proibição de julgar um cidadão duas vezes pelo mesmo facto. Porque ao julgamento criminal está tradicionalmente associada a ideia de castigo e de pena, encontramos hoje a moderna formulação do *ne bis in idem*, enquanto proibição de dupla punição pelo mesmo crime. Parece assim mais correto que a proibição de uma dupla punição pelo mesmo crime não resulte de uma necessidade de encontrar a pena proporcional ao facto – constituiria fraca panaceia para uma tal maleita[23] –, mas antes de uma carência mais profunda de proporcionalidade: a proporcionalidade enquanto dimensão de racionalidade[24] no exercício do poder punitivo público[25] e, por conseguinte, na interferência do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos[26].

---

[19] Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 245 e 486 e ss.

[20] "*Originally the political constitution was thought of as an expression of concrete principles founded in objective reason; the ideas of justice, equality, happiness, democracy, property, all were held to correspond to reason, to emanate from reason*", HORKHEIMER, Max, *Eclipse of Reason*, Oxford University Press, Nova Iorque, 1947, p. 20.

[21] Referindo a relação evolutiva entre o *due process* e a ideia de justiça, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 487. O Tribunal Constitucional português reconhece também a exigência geral do processo justo e equitativo (ou *fair trial*), sendo mais representativos os Acórdãos n.os 394/1989, de 18 de maio; e 172/1992, de 6 de maio. Ver, também, MARQUES DA SILVA, Germano/SALINAS, Henrique, "Anotação ao art. 32.º", *Constituição Portuguesa Anotada*, organização de Jorge MIRANDA e Rui Medeiros, I, Coimbra Editora, 2005, pp. 709 e ss.

[22] Por exemplo, explicando que o *ne bis in idem* resulta também da necessária vinculação do Estado ao desfecho do processo penal que desencadeou, PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral: teoria da infração como teoria da decisão penal*, 5.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2020, p. 137.

[23] Para uma análise mais profunda, FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §§24 e 25

[24] No sentido de "Razão Objetiva", tal como formulado por MAX HORKHEIMER, *Eclipse of Reason*, cit., p. 4. Não se trata da *racionalidade* como sinónimo da proporcionalidade em sentido estrito, termo que assim é usado por alguns autores (MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, IV, Direitos Fundamentais*, 3.ª Ed., Coimbra Editora, 2000, p. 207), mas de uma racionalidade que, ainda ligada à ideia de proporcionalidade, transmite a necessidade de ponderação e justificação no exercício da atividade legislativa. Ou, na perspetiva crítica de HART, a uma racionalidade que apele à ponderação dos valores e dos objetivos de aplicação da norma, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71, 4, 1958, pp. 613 e 614.

[25] Enquanto limitação dos excessos do poder punitivo, BELEZA, Teresa/ COSTA PINTO, Frederico, Direito Processual Penal I: Objecto do Processo, Liberdade de qualificação Jurídica e Caso Julgado (Texto introdutório), Lisboa: FDNUL, 2001, p. 21.

[26] De acordo com a conceção segundo a qual o poder punitivo encontra a sua legitimidade na realização dos fins do Estado e o fim predominante do Estado é "a máxima realização das liberdades individuais e do desenvolvimento pessoal de cada um com o mínimo de restrição da liberdade geral", PALMA, Fernanda, "Constituição e Direito Penal. As questões inevitáveis", in: *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3.ª ed., 2008, (pp. 21-30), pp. 22 e 23. A autora entende, assim, que *"(...) o principio non bis in idem é expressão da garantia de que a perseguição criminal mediante o processo penal não é instrumento de arbitrariedade do poder*

Em qualquer caso, o princípio da proporcionalidade, por si só, não oferece qualquer critério objetivo de ponderação, desde que se rejeite a existência de critérios naturais ou apriorísticos de avaliação da relação de proporcionalidade entre crime e pena. Tal princípio estará, assim, dependente de uma legitimação externa e de um enquadramento político ou moral. Já o *ne bis in idem* contém em si mesmo um critério objetivo de ponderação da razoabilidade da atuação legislativa, que decorre da sua legitimidade interna: um crime, um processo, uma pena[27]. E, naturalmente, este critério terá de aferir-se autonomamente à proporcionalidade da pena concreta. O Estado não pode punir o mesmo cidadão mais do que uma vez pelo mesmo facto ilícito, não porque tal punição se afigure necessariamente excessiva (até pode nem o ser), mas porque constitui uma punição *redundante* ou desleal (*unfair*), e que, por isso, corresponde a uma forma irracional e desrazoável – logo, arbitrária[28] –, de exercer o poder[29]. Ora, numa sociedade democrática que reconheça autonomia aos seus constituintes, o exercício do poder é devedor de critérios de racionalidade[30] e, forçosamente, deverá reunir sobre si uma aura de razoabilidade, fundamentada, que lhe permita revelar-se consensual[31].

Não seria errado afirmar que o fundamento do *ne bis in idem* reside no princípio do Estado de Direito Democrático. Mas seria talvez demasiado vago[32] e não permitiria

---

punitivo, utilizável renovadamente e sem limites, mas é antes um modo controlável e garantido de aplicação do Direito Penal (...)", e conclui que os fundamentos do *ne bis in idem* residem do Estado de Direito, (vinculação do Estado ao desfecho do processo penal), e necessidade de intervenção do poder punitivo, PALMA, *Direito Penal. Parte Geral,* I, cit., pp. 136 e 137. No sentido do texto, entendendo que o *ne bis in idem*, (eficácia negativa do caso julgado) "*é também um princípio jurídico-político que pretende estabelecer um limite à intervenção do Estado na esfera individual*", MARQUES DA SILVA, Germano, "Objeto do Processo Penal: a Qualificação Jurídica dos Factos", *Direito e justiça*, Lisboa, 8, 2, 1994, (pp. 91-116), p. 115.

[27] Concluindo no mesmo sentido, razão pela qual considera mais adequada a partilha de um conceito de factos nos planos substantivo e processual, HERZBERG, "Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigteil Strafurteils", *Juristische Schulung*, 3, 1972, (pp. 113-120), p. 120.

[28] Reconhecendo um direito fundamental do cidadão de imunidade quanto a intervenções arbitrárias na sua esfera jurídica, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 918. Utilizando esta fórmula para avaliar a intervenção do legislador ordinário e a interpretação judicial do Direito, concluindo que a mesma não seria contrária à Constituição por não assentar em "critérios arbitrários, desrazoáveis ou desproporcionados", o Acórdão do TC n.º 839/2013 (Cura Mariano), de 5 de dezembro.

[29] O nosso Tribunal Constitucional parece ter uma noção próxima do *ne bis in idem*, atendendo ao que conclui no Acórdão n.º 356/2006 (FERNANDA PALMA), de 8 de junho, Ponto B).5: *"*(...) o princípio ne bis in idem impede que o mesmo facto seja valorado duas vezes, isto é, que uma mesma conduta ilícita seja apreciada com vista à aplicação da sanção mais do que uma vez (...). A esta aplicação subjaz a ideia segundo a qual a cada infracção corresponde uma só punição, não devendo o agente ser sujeito a uma repetição do exercício da pretensão punitiva do Estado".

[30] Reconhecendo uma relação entre a irracionalidade jurídica e a ilegitimidade do poder político, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 40.

[31] Neste sentido, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, tradução de Francisco Munoz Conde e M.ª del Mar Diaz Pita, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23; e MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.ª Ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 31.

[32] Apontando esta crítica à fundamentação comum de vários institutos neste princípio, CASTANHEIRA NEVES, "O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático", *Estudos*

conferir ao *ne bis in idem* o substrato material e valorativo que este necessita para a sua respetiva delimitação e sem o qual não se poderia justificar a escolha por um determinado regime, no âmbito do concurso de crimes, da determinação da medida da pena e da extensão dos efeitos consuntivos do caso julgado penal. Esta plenitude concetual só é conseguida quando apelarmos à inclinação natural do Homem civilizado em direção à segurança jurídica (ou boa ordenação) e a uma tendência para reconhecer a justiça numa composição harmoniosa e equilibrada dos interesses[33]. Provavelmente, não seria irracional que se tivesse determinado, num qualquer momento histórico, que o exercício justo e equitativo do poder punitivo público convivesse com uma dupla oportunidade de punir (ou condenar) um indivíduo presumivelmente responsável pelo facto ilícito. Provavelmente, seria possível construir todo um sistema dogmático em torno do "mágico número dois". Mas é neste ponto que a componente cultural do *ne bis in idem* se revela soberana[34]. A preferência sociocultural apegou-se à convicção de que a um crime apenas pode corresponder um só processo, uma só pena. Desta convicção se fez princípio e, mais tarde, lei escrita.

Racionalmente, podemos concluir que a limitação "um crime, um processo, uma pena", é a mais justa; que uma só oportunidade de julgar e de punir o indivíduo faltoso se afigura suficiente – desde que se trate de uma ampla e justa (*fair*) oportunidade. Pragmaticamente, podemos argumentar que, caso o Estado tivesse à sua disposição mais do que esta singela oportunidade, facilmente se instalaria o arbítrio e o abuso do poder. Dogmaticamente, podemos recuar às teorias retributivas, para estabelecer essa relação intrínseca entre o facto e a pena. Mas, não sem alguma resignação, há que reconhecer que se trata de uma dimensão, irrefutavelmente, mais sociocultural do que lógico-filosófica[35]. O *ne bis in idem* corresponde, portanto, a uma criação humana. Mas a uma criação humana que, por obediência à razão, se impõe à própria capacidade criadora dos Homens, como princípio "*moral*"[36/37]. Enquanto criação

em Homenagem ao Prof. Doutor EDUARDO CORREIA, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, (pp. 307-471), p. 368.

[33] Referindo esta tendência, HORKHEIMER, *Eclipse of Reason*, cit., p. 4. Não se trata de atribuir ao *ne bis in idem* um sentido decorrente de um Direito Natural eterno, divino ou místico, mas de reconhecer que numa determinada composição da sociedade, ainda que historicamente localizada, existe um *dever ser* que se impõe por decorrer da própria natureza de tal sociedade e do homem que a integra, como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. *Uma perspetiva luso-brasileira*, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1995, pp. 189 e 190.

[34] Referindo-se ao *ne bis in idem* como "princípio «cultural»", DAMIÃO DA CUNHA, José, "*Ne bis in idem* e exercício da acção penal", *Que Futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de FIGUEIREDO DIAS por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009, (pp. 553-581), p. 572.

[35] O que não retira mérito nem valor ao princípio. Aliás, como afirma FERNANDA PALMA, a própria ideia da máxima realização da liberdade individual não será uma decorrência necessária do contrato social, mas "(...) tão só, o produto da história que gerou comunidades igualitárias e democráticas que prezam a sua identidade e os seus valores", *Direito Penal. Parte Geral*, I, cit., p. 40.

[36] Neste sentido, identificando nos chamados "direitos naturais", não realidade ontológicas, eternas e imutáveis, mas figuras axiológicas, de criação sociocultural, sem que percam o seu valor enquanto fundamentos externos do Direito e do Estado, ou mesmo a sua primazia moral e política, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 882 e 883.

humana, ele permanece profundamente marcado pela cultura ocidental, de onde maioritariamente provém; enquanto produto indispensável da razão possui uma natureza universal. Em suma, o *ne bis in idem* assenta numa racionalidade própria, decorrente da necessidade de legitimação do poder punitivo público[38] e de uma forte componente cultural e histórica.

2. Critérios interpretativos para uma leitura conforme do art. 30.º do CP

Mas haverá alguma redundância proibida na punição de casos de concurso sob o regime dos arts. 30.º e 77.º do CP (o regime do concurso efetivo nos termos da lei portuguesa)? E, em caso afirmativo, qual será a redundância proibida que suscita a violação do *ne bis in idem*? Importa primeiro, porém, dar por assente uma interpretação do regime legal para determinar se o mesmo poderá ser, intrinsecamente, contrário à Lei Fundamental. Portanto, interessa saber quais as interpretações possíveis do art. 30.º, n.º 1, em primeira linha, e qual a melhor interpretação desta norma à luz do *ne bis in idem*. Tal tarefa será feita de acordo com três critérios orientadores: a) na densificação do *ne bis in idem* deverá procurar-se, dentro dos sentidos possíveis dos conceitos que compõem a proibição constitucional, o sentido desejável, isto é, aquele que permite uma proteção máxima do direito fundamental, sem desproteção absoluta dos valores conflituantes; b) parte-se do princípio de que as normas legais respeitam a Constituição, devendo ser lidas, sempre que possível, de acordo com uma interpretação conforme à Constituição (antes de concluir pela sua inconstitucionalidade) e, preferencialmente, de acordo com a aquela que melhor garanta os sentidos constitucionais em causa; c) assume-se que leituras que remetam a doutrina para puros critérios normativos (tipo de crime, bem jurídico formal, etc.) ou para puros critérios naturalísticos (unidade da motivação, concomitância espácio-temporal, etc.) são manifestamente inadequados para garantir os dois critérios anteriores[39].

Sendo certo que um conceito normativo tipológico de crime *poderia*, em tese, incluir-se no âmbito dos sentidos possíveis do conceito de crime (e, portanto, de uma leitura possível do art. 30.º, n.º 1), por esta via nunca se alcançaria uma adequada proteção dos valores entregues ao *ne bis in idem*. Pelo contrário, estar-se-ia aqui a proceder a uma delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental partindo de um nível de proteção mínima: ficaria apenas vedada a dupla punição ou o duplo julgamento pelo mesmo tipo de crime. Ora, uma restrição aos direitos fundamentais

[37] Qualificando o *ne bis in idem* como "direito fundamental juridicamente produzido", ou seja, como um direto que deve a sua validade à própria ordem jurídica, a propósito da distinção entre objetos de proteção de raiz ontológica e objetos de proteção exclusivamente jurídicos, REIS NOVAIS, Jorge, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 164.

[38] Sobre a função dos direitos fundamentais como "fundamentos substanciais da actuação do Estado, funcionando como legitimação da sua actividade e determinando constitutivamente, enquanto quadros, impulsos e directivas, as próprias funções do Estado", REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., p. 75.

[39] Para uma análise mais profunda ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §§78-88.

que se faça sob a designação de *densificação* ou *materialização* não poderá escapar aos princípios constantes do art. 18.º da CRP, em especial, aos da necessidade e proporcionalidade. A adoção de um conceito tipológico de crime, assente na qualificação jurídica, não é necessária face aos valores constitucionais conflituantes – realização de Justiça e proteção de outros direitos fundamentais –, nem se revela proporcional face ao imenso vazio (de proteção) que provoca. Deve, então, ficar claro que qualquer interpretação do n.º 1 do art. 30.º que assente na mera pluralidade típica não permite alcançar resultados conformes ao *ne bis in idem*. Se, para estes efeitos, se fizer equivaler o conceito de crime previsto no n.º 5 do art. 29.º da CRP ao número de tipos incriminadores preenchidos[40], a proibição de dupla punição reconduz-se ao mais absoluto e *desolador* formalismo[41].

Deverá também ficar afastada qualquer equiparação entre o termo "efetivamente" e a mera identidade (formal, que aceite acriticamente a qualificação jurídica) do bem jurídico[42]. O critério do bem jurídico não pode assumir plena autonomia quanto à decisão sobre a espécie de concurso, dada a complexidade e diversidade das formas de execução dos crimes e a própria multiplicidade de interesses subjacentes a cada incriminação. Em contrapartida, uma interpretação da proibição constitucional assente na unidade ou pluralidade da ação, em sentido naturalístico, ou o recurso a outros critérios puramente naturalísticos, tornaria impossível a cumulação de sanções punitivas em todos os planos, podendo ferir de inconstitucionalidade o sistema de penas acessórias, entre outros. No plano do concurso de normas, uma tal opção transportaria para a delimitação do facto um conjunto de critérios extremamente imprecisos, difíceis de delimitar e propensos à arbitrariedade decisória, como demonstra a jurisprudência alemã[43].

Seria ainda inadequado fazer depender a identidade/unidade do crime, para os efeitos inerentes ao art. 29.º, n.º 5, da CRP, de critérios doutrinários ou jurisprudenciais sobre o que é o concurso aparente. A ser assim, teria de admitir-se que sempre que a doutrina ou a jurisprudência entendem haver uma relação de concurso efetivo entre dois tipos, num determinado caso, também poderia cada um destes "crimes" ser julgado num processo autónomo. Estabelecer este tipo de correlação implicaria que o art. 29.º, n.º 5, da CRP, fosse lido à luz dos arts. 30.º, 77.º e 79.º do CP; ou seja, que a norma constitucional fosse construída a partir das disposições do Direito ordinário

[40] Como tem vindo a sustentar a esmagadora maioria da nossa jurisprudência, o que é criticamente notado por FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 987, nota (19).

[41] O predicado em itálico é de CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, tradução de Santiago Sentís Melendo, Libreria El Foro, Buenos Aires, 1961, p. 79.

[42] Neste sentido, concluía já AUGUSTO SILVA DIAS, a propósito do anterior art. 13.º do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo DL n.º 20-A/90, de 15 de janeiro, no qual se recorria ao critério do bem jurídico, que "a parte final do art. 13 tem de ser interpretada em consonância com a intencionalidade ou sentido normativo do preceito, que acabámos de caracterizar, referindo-a a interesses jurídicos efetivamente – e não aparentemente – distintos. É que a fronteira entre o concurso de crimes e o concurso aparente não passa exactamente pela identidade ou distinção dos interesses jurídicos", "Crimes e contra-ordenações fiscais", *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários),* II, Coimbra Editora, 1999, (pp. 439-480), p. 449.

[43] Ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §§85-86.

(e suas leituras doutrinárias), invertendo-se a vinculação do legislador à Constituição. Como são as disposições do CP que devem ser lidas à luz das normas constitucionais, é forçoso inverter-se também o caminho de fundamentação e de construção dos conceitos. O regime (tradições doutrinárias e jurisprudenciais) do concurso não determina o âmbito de vigência do *ne bis in idem* (podendo, claro, orientá-lo), até porque são conceções que precedem a Constituição e a própria densificação da proibição de duplo julgamento.

O sentido constitucional do n.º 5 do art. 29.º da CRP não pode residir na unidade simbólica da pena, mas antes na duplicação do juízo de censura-penal, do qual venha a resultar uma sanção ou um aumento de sanção pelo facto praticado. Admitir-se o concurso efetivo sempre que mais do que um tipo incriminador fosse preenchido pela conduta do agente (ainda que com recurso a argumentações aparentemente distintas, como a que remete a questão para a diversidade do bem jurídico formalmente tutelado), neutralizaria o sentido constitucional do *ne bis in idem*, legitimando que fosse aplicável, ao mesmo facto, um número potencialmente ilimitado de tipos incriminadores. Para tal bastaria que o legislador incriminasse, essencialmente, a mesma conduta, sob distintos tipos legais de crime, atribuindo-lhes (através da sua inserção sistemática) distintos bens jurídicos de tutela. Perante tais situações, todos estes tipos poderiam, legitimamente (sem qualquer proteção contra o efetivo *bis in idem*) cumular-se ou, até, dar origem a processos penais autónomos.

Caso se pretenda que o *ne bis in idem* represente um limite ao poder punitivo público, há que reconhecer na distinção entre concurso aparente e concurso efetivo um mecanismo de controlo da decisão legislativa e judicial, a partir do qual passa a ser possível realizar juízos de inconstitucionalidade (em abstrato e em concreto). Estas conclusões iniciais permitem já avançar um conjunto de critérios importantes para a interpretação do art. 30.º, n.º 1, do CP, especialmente no que respeita ao termo "efetivamente", desde que, claro, se pretenda uma conformidade entre o mesmo e o *ne bis in idem* material[44]. Assim, apesar de a doutrina maioritária concluir que o sistema legal português adotou a perspetiva normativista do concurso de crimes, assente na unidade ou pluralidade de tipos incriminadores (ainda que com o pretexto da diversidade de bens jurídicos)[45], não parece que esta seja a única conclusão possível face à redação do n.º 1 do art. 30.º[46]. Acima de tudo, não parece ser a conclusão possível à luz da

[44] Desde logo, parece claro que o objetivo foi o de afastar do âmbito do art. 30.º o concurso aparente, como apontam PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Ed., Universidade Católica Editora, 2010, p. 154; e ROBALO CORDEIRO, "Medida da pena no Código Penal de 1982", *Textos de apoio de Direito Penal*, 1, AAFDL, Lisboa, 1983/84, (pp. 385-399), p. 393. Isto mesmo foi reconhecido por EDUARDO CORREIA nas *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial*, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 213.

[45] Doutrina influenciada, essencialmente, por EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, I*, cit., pp. 200, 201 e 203; IDEM, *A teoria do concurso em direito criminal...*, cit., pp. 67 e ss.

[46] LOBO MOUTINHO começa por observar que nem todas as teses de EDUARDO CORREIA ficaram refletidas no art. 30.º, designadamente a tese do desdobramento dos tipos penais, *Da unidade à pluralidade...*, cit., p. 99. O autor analisa a questão com profundidade, vindo a concluir que a ideia de que o art. 30.º corresponde às teses de EDUARDO CORREIA será uma ilusão, pp. 137 a 139.

Constituição. Que sentido dar, então, ao termo "efetivamente"[47]? Para responder a esta questão é necessário averiguar se a sujeição de um caso da vida ao regime do concurso efetivo pode dar lugar – quando e porquê – a uma redundância proibida à luz do *ne bis in idem*.

O regime legal português prevê três formas distintas de determinação da medida da pena: a determinação da medida da pena perante crime unitário, método para o qual são remetidos os casos de concurso aparente de crimes; a determinação da pena em caso de concurso efetivo de crimes, prevista nos arts. 77.º e 78.º do CP; e a determinação nos casos de crime continuado, constante do art. 79.º do CP. Apesar da ausência de normas expressas sobre o concurso aparente[48], existem várias propostas e construções doutrinais a este respeito[49]. No essencial, entende-se que a medida da pena deverá ser encontrada dentro da moldura legal do ilícito prevalecente, que, salvo nos casos de privilegiamento ou de atenuação, corresponderá ao tipo incriminador com a moldura legal mais elevada[50]. Identificado o tipo incriminador prevalecente, a medida da pena é aí encontrada nos termos gerais, como se de um só crime se tratasse[51].

Já no âmbito do concurso efetivo, e de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 77.º do CP[52], o tribunal deverá determinar a pena concretamente atribuída a cada um dos ilícitos típicos efetivamente praticados, correspondentes a cada um dos tipos incriminadores em concurso efetivo, como se cada um deles fosse objeto de um processo penal autónomo[53]. É da soma destas penas concretas que se obtém a moldura legal do concurso efetivo, no âmbito da qual, num segundo momento de valoração global dos factos, deverá ser determinada a pena concreta e finalmente aplicável ao agente[54].

---

[47] Na discussão sobre o art. 30.º, refere-se que o termo "efetivamente" estaria lá para traçar a distinção entre o concurso real e o concurso aparente, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral,* I, cit., pp. 212 e 213.

[48] O que, como conclui FIGUEIREDO DIAS, (*Direito Penal...*, I, cit., p. 1036), não suscita nenhum problema de legalidade. Desde que, claro, a partir de um suposto regime de concurso aparente não se venham a "criar" regras esdrúxulas de determinação da medida da pena, como as relativas ao suposto "efeito de bloqueio", op. cit., p. 1004.

[49] Destaca-se a posição de LOBO MOUTINHO, autor que rejeita a tradicional figura do concurso aparente, que considera tratar-se de um não concurso – um mero conflito de tipos incriminadores, que se resolve pela interpretação – razão pela qual analisa as questões que aqui se vão tratar a propósito do "concurso efetivo aparente", *Da unidade à pluralidade...*, cit., pp. 895 a 897.

[50] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., pp. 1036 e 1037.

[51] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 1037.

[52] O qual acolhe um modelo de pena conjunta mediante cúmulo jurídico, combinado com um princípio de acumulação, como explica, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas do crime*, cit., p. 284.

[53] Exatamente assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 1035, *idem*, *As consequências jurídicas do crime*, cit., p. 285. No mesmo sentido, ROBALO CORDEIRO, "Medida da pena no Código Penal de 1982", cit., p. 393; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, Penas e Medidas de Segurança*, Editorial Verbo, Lisboa, 1989, pp. 155 e 156; MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte geral, III – Teoria das penas e das medidas de segurança*, Verbo, Lisboa, 1999, p. 166.

[54] ANTUNES, Maria João, "Concurso de crimes e pena relativamente indeterminada: determinação da medida da pena. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de abril de 1995", *Revista Portuguesa*

As penas concretas de cada crime em concurso devem ser fixadas como se cada um dos crimes estivesse a ser julgado num autónomo e independente processo penal (pois que, havendo verdadeiro concurso efetivo, tais crimes poderiam efetivamente ser julgados em processos autónomos). Consequentemente, o mandado de esgotante apreciação do ilícito dita que todos os factos fundamentadores do respetivo ilícito sejam valorados na determinação da medida da pena[55]. É o que resulta também do disposto nos arts. 70.º e ss. do CP, que obrigam o tribunal a ponderar, na tarefa de determinação da medida da pena, "todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele" (art. 71.º, n.º 2, do CP). É partir daqui que se tornam muito prováveis violações do *ne bis in idem*, quando situações de unidade do ilícito típico são erradamente submetidas ao regime do concurso efetivo.

Por exemplo, a intensidade do dolo manifestada pela conduta do agente durante a execução de uma tentativa de homicídio – porque disparou uma sucessão de tiros ou reiteradamente esfaqueou a vítima, razão pela qual a vítima terá ficado com sequelas permanentes – constitui um elemento inalienável na determinação da medida da pena da tentativa de homicídio, enquanto conteúdo essencial do ilícito típico (desvalor da ação). Tais factos não podem ser duplamente valorados enquanto elementos do tipo das ofensas à integridade física graves e do tipo da tentativa de homicídio[56]. O que se pode valorar a mais, porque não constitui um elemento determinante na valoração de uma tentativa de homicídio, é o desvalor do resultado de lesão: a permanência das sequelas, o grau de sofrimento da vítima, as limitações que as mesmas acarretam[57]. Podendo também valorar-se, sempre, claro, a concreta intensidade do dolo/desvalor da ação na determinação da medida da pena do tipo do homicídio tentado[58]. A especial energia criminosa do agente, no plano do desvalor da ação, referida ao concreto dolo manifestado no facto através dos sucessivos disparos ou reiteradas facadas, sempre teria de ser valorada tanto na determinação da pena da tentativa de homicídio, como na determinação da pena do crime de ofensas graves à integridade física. Nos dois casos, o dolo/desvalor da ação, na sua intensidade concreta, fundamenta a ilicitude do facto e não poderá ser ignorado pelo julgador[59]. A sujeição destes casos ao regime do concurso efetivo implicaria uma dupla valoração proibida (do desvalor da ação) ou uma ausência dos elementos essenciais para o preenchimento do ilícito típico, caso apenas se valorasse, na condenação pelas ofensas à integridade física, o (desvalor do)

de Ciência Criminal, 6, 2, 1996, (pp. 307-321), p. 316; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 1035; MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português...*, III, cit., p. 168.

[55] Já que cada uma das penas deverá ser autonomamente fundamentada, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas do crime*, cit., p. 286.

[56] Contra SILVA DIAS, Augusto, *Direito Penal. Parte Especial. Crimes contra a vida e a integridade física*, AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 68 e 69

[57] Para uma análise mais profunda do alcance da proibição de dupla valoração, ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, II, cit., §§132 e 155.

[58] Ibidem.

[59] Sobre a questão, entendendo que é a proibição de dupla valoração que impede a aplicação do regime do concurso efetivo a certas formas de concurso de crimes, FAHL, Christian, *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 319 e ss.

resultado (pois o crime exige desvalor da ação e desvalor do resultado, ação e consequência). Considerando todos os elementos necessários à condenação por cada um dos tipos (e não crimes), o mesmo elemento, na sua identidade normativo-social (do ilícito típico), seria duplamente valorado de um modo redundante: para a obtenção da medida da sanção punitiva[60]. É aqui que reside a redundância proibida que afronta o *ne bis in idem*.

E se é verdade que o *ne bis in idem* – um crime, uma pena – não conforma, diretamente, a distinção entre unidade e pluralidade do crime (estes conceitos não podem decorrer, diretamente, do *ne bis in idem*), já o mesmo não se pode dizer quando à distinção entre concurso aparente e efetivo e a ponderação da proibição de dupla valoração[61]. Para o compreender, há que olhar para as tarefas de determinação da medida da pena. Num puro sentido naturalístico, a "dupla" valoração do mesmo elemento ou facto surge sempre, após a verificação do preenchimento do tipo, em três momentos distintos[62]: na fixação de limites mínimos e máximos da pena para o caso concreto (determinação da moldura da pena do facto); na determinação concreta da medida da pena; e na escolha da pena concretamente aplicada. E pode também ocorrer uma "dupla" valoração do mesmo elemento sobre três perspetivas distintas: determinação do limite máximo da culpa do agente; determinação das necessidades de prevenção geral; e determinação das necessidades de prevenção especial[63]. O que implica que só nesta tarefa final do julgador já possa haver uma sêxtupla valoração do mesmo elemento. Serão estas valorações proibidas? Evitáveis, sequer? Pretender que sempre que se reconhecesse uma dupla ou tripla relevância ao mesmo facto naturalístico no processo de determinação da punibilidade e da medida da pena do crime, se estaria a comprometer o princípio do *ne bis in idem*, implicaria negar-se que o facto (naturalísticos ou no seu sentido social) subjacente ao crime é sempre o mesmo.

O conjunto de movimentos corporais que exterioriza o facto (ou quaisquer circunstâncias meramente factuais) não caracteriza o crime. Estes não esgotam, em si, o facto jurídico; são, antes, o mero suporte visível do facto e do crime, sobre o qual irão recair, sucessiva e progressivamente, uma série de valorações jurídicas. Ação, tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade, são as valorações jurídicas básicas que irão incidir sobre os conjuntos de factos naturalísticos necessários para que se possa falar de um crime. A voluntariedade, o dolo e o desvalor da ação assentam nos mesmos e exatos factos (na conduta do agente, suas circunstâncias e suas características). Que são sucessivamente valorados ao longo da teoria geral da infração, e na argumentação

[60] Em sentido próximo, MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena...*, cit., p. 599, nota (59).

[61] Igualmente, no sentido de que é o *ne bis in idem* que dita a destrinça entre concurso efetivo e aparente, MONIZ, Helena, "Violação e coação sexual? Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de junho de 2005", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15, n.º 2, 2005, (pp. 299-328), p. 327.

[62] Falando também das três fases da determinação da medida da pena, mas referindo-se à escolha do tipo de crime (determinação da moldura penal abstrata do facto), à determinação da medida da pena e à escolha concreta da espécie de pena, FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas do crime*, cit., p. 198.

[63] Admitindo que os elementos do facto típico e ilícito vão ser valorados para a medida da culpa e para a medida da prevenção, MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena...*, cit., p. 479.

da decisão judicial tendo em vista a demonstração do preenchimento do tipo. Sem que haja, claro, qualquer violação da proibição de dupla valoração. Por duas razões centrais: porque esta dupla valoração é feita a partir de perspetivas normativas distintas (a comprovação da ação é autónoma e distinta da comprovação do dolo, por exemplo); e porque esta dupla valoração não importa uma dupla punição do agente.

Também durante a determinação da medida da pena se valorar duplamente os mesmos factos naturalísticos. Porém, desde que esta valoração ocorra em fases distintas e sob distintas perspetivas/finalidade jurídicas, não resultando da mesma um acréscimo (redundante) de pena, não será uma valoração proibida, nem ocorrerá violação do *ne bis in idem*. Perspetivas mais rígidas sobre a proibição de dupla valoração são contraproducentes para a obtenção de uma decisão judicial justa e bem fundamentada. Caso se entenda que, uma vez ponderado o dolo no âmbito da tipicidade subjetiva (preenchimento do tipo), não mais poderia este (na sua intensidade, variações, modalidade, motivações, permanência, etc.) ser ponderado na determinação da medida da pena, não só se incumpriria o disposto no art. 71.º do CP, como facilmente se deixaria esta tarefa esvaziada de sentido ético-jurídico[64].

Se o tipo de crime é simultaneamente descrição e valoração, quantidade e qualidade[65], se corresponde ao facto de acordo com as propriedades penalmente relevantes, então o ponto de partida é a redução mínima a uma destas descrições tipicamente valoradas. O que o *ne bis in idem* proíbe é a dupla valoração redundante (punitiva) do núcleo essencial do ilícito típico. E este é composto, materialmente, por um desvalor da ação e por um desvalor do resultado (em sentido normativo)[66] que lhe seja atribuível (relação de correlação ou imputação)[67]. Não é o ato de disparar, nem a intenção de disparar que não podem ser duplamente valorados; mas o desvalor da ação, que integra o dolo de homicídio e a correspondente manifestação deste, no comportamento do agente[68]. O objeto da proibição da dupla valoração não é, assim, o facto ou a norma, mas o facto juridicamente valorado: o facto jurídico. Só quando o

[64] Para uma crítica mais detalhada desta questão, FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, II, cit., §§132 e 155.

[65] Como também afirma LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade...*, cit., pp. 352 e 353.

[66] Uma vez que o resultado equivale a uma modificação do mundo exterior espácio-temporalmente distinta da ação, não se poderá encontrar qualquer resultado nos crimes de perigo abstrato ou abstrato-concreto, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., pp. 288 e 307. Pode, então, recorrer-se ao desvalor objetivo da ação sob duas perspetivas: quando se trata da criação de perigo abstrato no âmbito da tentativa impossível, enquanto dimensão de perigosidade concreta para o bem jurídico numa perspetiva *ex ante*; quando se trata de crimes de perigo abstrato-concreto, enquanto perigosidade intrínseca da ação para uma multiplicidade de bens jurídicos, os quais apenas não foram colocados concretamente em perigo por circunstâncias alheias à exteriorização da ação. Para mais detalhes, FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §99, (3982), p. 1006.

[67] Não no sentido de atribuição de responsabilidade, (CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., p. 135), mas numa perspetiva mais estrita de relação de imputação entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado ou evento. Imputação, não no sentido de imputabilidade, mas no sentido comum, analisado por FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal. Fragmenta Iuris Poenalis. Introdução – A doutrina geral da infracção*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2009, pp. 183 e ss.

[68] Entendendo que o desvalor da ação integra "a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos", FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 285.

mesmo facto jurídico (resultado da conjugação facto-desvalor), der origem a duas ou mais valorações normativas é que nos deparamos com um problema (potencial) de *bis in idem*.

Do mesmo modo, a identidade que desencadeia a proibição de dupla valoração não pode residir no facto nem na norma, mas na correlação entre estes dois. Podemos ter uma identidade fática – ação de disparar – e uma diversidade normativa-social: dolo de homicídio contra a vítima A e dolo de homicídio contra a vítima B; podemos ter uma identidade normativa-social – intenção de apropriação – e uma diversidade fática: subtração da carteira da vítima A e subtração do telemóvel da vítima B; ou uma identidade fática – desrespeito de um sinal vermelho – à qual corresponde uma identidade normativa-social: violação do dever de cuidado. A mesma ação pode conduzir a diversas valorações, pois apenas se está a valorar "duplamente" o comportamento do agente quando se alcance a dupla dimensão facto e desvalor. Isto é, quando haja identidade fática e identidade do desvalor (normatividade).

No âmbito do regime-regra de punição por crime singular, o mesmo elemento do tipo, na sua concreta intensidade, será sucessivamente ponderado na fixação da moldura penal do facto em que se ponderam os elementos reveladores da medida da culpa e para a determinação da medida concreta da pena. Esta dupla valoração é permitida. No plano do regime do concurso efetivo, o mesmo elemento do tipo, na sua identidade normativo-social, é valorado na determinação concreta da medida da pena do tipo incriminador A e do tipo incriminador B – ditando uma intensificação de cada uma destas duas penas parcelares –, sendo a moldura penal do facto decorrente da soma das penas concretas A e B[69]. Esta dupla valoração é claramente proibida[70]. No concurso efetivo, são as penas concretas que vão definir a moldura legal do facto e a amplitude máxima possível para a determinação da pena concreta, sendo a moldura legal do facto decorrente da tarefa judicial. O que implica que o mesmo elemento seja valorado, na sua concreta intensidade, para ampliar (e não para delimitar) duplamente a moldura penal do facto e ainda para elevar a medida concreta da pena. É neste pequeno detalhe que reside a dupla valoração proibida[71], pois é este (aparentemente) pequeno detalhe que irá concretizar-se numa efetiva dupla punição pelo mesmo facto. É por esta razão que se exclui o regime do concurso efetivo quando ocorra uma sobreposição parcial dos sentidos de ilicitude do facto[72].

Parece assim que a única conclusão conforme ao *ne bis in idem* é a que impõe ao intérprete que relacione o termo "efetivamente", não com o preenchimento dos

[69] Considerando a dupla valoração inevitável no cálculo da pena única, sem censura porque se aplica só aos casos de concurso real, RISSING-VAN SAAN, Ruth, "Kommentar zu den §§52-55", *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, II, 11.ª Ed., Berlin: Walter de Gruyter, 2003, (pp. 1-135), p. 123.

[70] Também, notando que se o concurso aparente visa acautelar a proibição de dupla valoração dos elementos do tipo, é ainda necessário um modelo de determinação da medida da pena que garanta a proibição de dupla valoração das mesmas circunstâncias do crime, ainda que não haja coincidência dos elementos típicos, FANDRICH, Alexander, *Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen*, Berlim: Driesen, 2010, pp. 141 a 144.

[71] Por isso também tem razão FIGUEIREDO DIAS quando conclui que não ocorre qualquer dupla valoração proibida no regime do concurso efetivo, *As consequências jurídicas do crime*, cit., pp. 291 e 292.

[72] Ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, II, cit., §§126-128.

pressupostos da responsabilidade penal, nem com um critério único – como a ação, o resultado ou o bem jurídico[73] –, mas antes com o conjunto de critérios que caracteriza a identidade do ilícito típico e indiciam a sobreposição (total ou parcial) de um juízo de censura que incida, essencialmente, sobre o mesmo e único ilícito material[74]. Para que haja concurso efetivo, então, não basta o preenchimento de vários tipos incriminadores, é preciso que, subjacente a cada um dos tipos em concurso, resulte, efetivamente, um desvalor autónomo sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura jurídico-penal também autónomo[75]. E esta conclusão vale igualmente para os casos em que o agente preenche várias vezes o mesmo tipo de crime, o que implica que a leitura correta do n.º 1 do art. 30.º do CP seja a seguinte: o número de crime determina-se pelo número de tipos de crime ***efetivamente*** cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for ***efetivamente*** preenchido pela conduta do agente.

III. O concurso de crimes na violência doméstica

1. Uma leitura conforme da clásula de subsidiariedade

Tendo estabelecido que o relevante, na delimitação entre concurso aparente e efetivo, é a existência de uma unidade (típica ou normativo-social) do crime, e/ou uma sobreposição parcial do ilítico típico, entendo que os chamados "princípios lógicos" do concurso de normas devem assumir uma função meramente acessória[76]. Desde logo, não incorporam uma natureza somente lógica, mas teleológica, pois nem sempre é possível escolher a norma aplicável através de processos e dedução lógica e alcançar um resultado axiologicamente válido[77]. Como provam alguns exemplos

[73] Em sentido próximo, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 987.

[74] Este entendimento, após a publicação no novo manual de FIGUEIREDO DIAS, tem já tido reflexos na jurisprudência, embora não haja plena concordância quanto aos critérios. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de novembro de 2008 (Henriques Gaspar), processo n.º 08P2817, afirmou-se que *"o critério teleológico que a lei acolhe no tratamento do concurso de crimes, condensado na referência a crimes «efectivamente cometidos», é adequado a delimitar os casos de concurso efetivo (...) ao lado das espécies de concurso próprio (ideal ou real) há casos em que as leis penais concorrem só na aparência, excluindo uma as outras. A ideia fundamental comum a este grupo de situações é a de que o conteúdo do injusto de uma acção pode determinar-se exaustivamente apenas por uma das leis penais que podem entrar em consideração – concurso impróprio, aparente ou unidade de lei*".

[75] Como vem depois a reconhecer FIGUEIREDO DIAS, quando acrescenta ao critério do número de tipos incriminadores verificados, a existência de vários juízos de censura penal a partir da valoração da ilicitude material (social), *Direito Penal...*, I, cit., pp. 987 e 990.

[76] No mesmo sentido, HASLINGER, *Die Mitbestrafte Vortat, München*, 1963, p. 67. Concluindo que não são as relações lógicas entre normas que fundamentam a aparência do concurso, GEERDS, *Zu Lehre von den Konkurrenz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1961, p. 165; LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2005, p. 870.

[77] Em sentido próximo, entendendo que o concurso inclui sempre razões fenomenológicas, razão pela qual incluiu a consunção no âmbito do concurso aparente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006, §33Rn.213, pp. 858 e 859; também, LÍBANO MONTEIRO, Cristina, *Do Concurso de Crimes ao Concurso de Ilícitos em Direito Penal*, Almedina, 2018, pp. 314 e ss. Contra, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., pp. 993 e 997.

referidos pela doutrina[78], sem o recurso ao tipo social e a uma ponderação axiológica, a escolha lógica da norma aplicável poderia bem ser perfeitamente aleatória nos seus resultados[79]. Por outro lado, estes critérios pressupõem um juízo prévio sobre a unicidade do facto e um juízo concomitante no plano da proibição de dupla valoração[80]. Realizados estes juízos e constatando-se que dois ou mais tipos incriminadores são potencialmente aplicáveis ao mesmo facto, poderá então olhar-se aos critérios lógicos enquanto auxiliares na escolha do tipo efetivamente aplicado. E diz-se auxiliares porque também não se aceita que a escolha da norma aplicável ao caso dependa, automaticamente, da relação lógica que possa surgir entre os tipos de crime[81]. O que interessa, em qualquer caso, é encontrar a norma prevalecente[82], ou porque corresponde ao tipo incriminador mais gravoso, que de forma esgotante (ou quase), absorve os sentidos de ilicitude presentes no caso – o que corresponde a uma lógica consuntiva[83] – ou porque corresponde ao tipo incriminador que reflete de forma mais expressiva o sentido único de ilicitude presente no caso, como ocorre quando se escolhe um tipo privilegiado – o que corresponde a uma lógica de especialidade[84].

Podemos assim admitir que o princípio da subsidiariedade resulta dos diferentes níveis de intensidade na lesão do bem jurídico ou das diferentes fases de preparação ou execução do crime previstos pelo legislador[85], dependendo também, em regra[86], de um juízo prévio de unicidade do facto jurídico[87]. O concurso aparente não depende,

[78] Como a propósito das relações entre o furto de uso de veículo e furto de gasolina, exemplo que também é dado por ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* II, cit., §33Rn.218, p. 860. Ver, também, INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §95.

[79] Com críticas semelhantes, LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes...*, cit., pp. 314 e ss. Já falando de arbitrariedade, se assim fosse, BAPTISTA MACHADO, João, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 218.

[80] Também, HASLINGER, *Die Mitbestrafte Vortat*, cit., pp. 59, 65, 87, entre outras.

[81] Por exemplo, a doutrina francesa abdica destas complexas relações lógicas e procura antes a racionalização da solução e argumentação face ao caso concreto, por todos, PRADEL, *Droit Pénal Général*, 19.ª Ed., Éditions Cujas, Paris, 2012, §§305-306. A esta conclusão chega também HASLINGER, *Die Mitbestrafte Vortat*, cit., p. 65. Optando por uma via semelhante, no Direito português, LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes...*, cit., pp. 314 e ss.

[82] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 993.

[83] Reconhecendo ser este o conteúdo essencial da consunção, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., pp. 1001 e 1012.

[84] Também, no que respeita à existência de apenas dois juízos de unidade da norma, ANTONIO PAGLIARO, "Relazione logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali", Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1056-2008, 2, Giuffrè Editore, 2009, (pp. 375-383), p. 381; PRADEL, *Droit Pénal Général*, cit., §§305-306;

[85] Entre outros, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 155; BELEZA, Teresa, *Direito Penal, I,* 2.ª Ed., AAFDL, Lisboa, 1985, pp. 527 e 528; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 999;

[86] Pode por vezes resultar da interpretação que terá sido intenção do legislador uma opção punitiva que vá além das imposições do *ne bis in idem*, privilegiando o concurso aparente mesmo quando seria admissível a punição no regime do concurso efetivo. Ver, para um exemplo, FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, II, cit., p. 333 (5292).

[87] Neste sentido, mas questionando a sua utilidade, HASLINGER, *Die Mitbestrafte Vortat*, cit., pp. 81-84;

assim, da relação de subsidiariedade entre tipos[88], mas da existência de uma identidade normativo-social do facto e de um ilícito típico prevalecente[89]. As soluções de punibilidade do agente não devem ficar dependentes de princípios abstratos, mas do número de juízos autónomos de ilicitude que se possam realizar face à globalidade dos factos praticados pelo agente.

Um excelente exemplo da inadequação de uma perspetiva formal sobre a "relação de subsidiariedade" encontra-se precisamente nas incriminações da violência doméstica ou dos maus tratos (arts. 152.º e 152.º-A do CP). Em ambos se pode encontrar uma cláusula de subsidiariedade expressa, a partir da qual grande parte da doutrina retira a existência de concurso aparente entre estes crimes e qualquer outro crime mais gravoso que seja praticado no âmbito da continuidade da violência[90]. Dispensando-se qualquer verificação prévia de uma unidade normativo-social do facto e sabendo que a violência doméstica e os maus tratos incluem no seu âmbito social a reiteração, por vezes até durante anos[91], das condutas aí descritas, verifica-se que, mesmo após anos de contínua violência física e psíquica, a prática isolada de um ato subsumível a um dos tipos em relação de subsidiariedade – arts. 131.º, 144.º, 158.º, n.º 2, 164.º, n.º 1, entre outros – bastaria para que o agente fosse punido apenas no âmbito do tipo prevalecente. O que conduziria a uma manifesta contradição axiológica, quer no que respeita à *ratio* da incriminação, quer quando se proceda a uma comparação entre este e outros casos de concurso[92]. E a uma desproteção injustificada do bem jurídico

MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte geral, I – Introdução e teoria da lei penal*, Verbo, Lisboa, 1997, p. 313. Contra, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, I, cit., p. 998.

[88] Não dependendo também de qualquer juízo de proporcionalidade, muito menos quando este assente na comparação entre as molduras legais dos tipos de crime em confronto, como se entendeu no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de janeiro de 2011, Processo n.º 370/06.7TACBR.C1.

[89] Em sentido próximo, PEDRO CAEIRO explica, a propósito de algumas regras de subsidiariedade expressa e de um mal entendido sobre a delimitação entre esta figura e a consunção impura, que algumas destas regras visam apenas afastar as consequências da referida consunção impura ou de um concurso efetivo indesejável, não ficando absolutamente excluída a possibilidade de, em alguns casos, haver mesmo concurso efetivo, "A consunção do branqueamento pelo facto precedente (Em especial: i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça n.º 13/2007, de 22 de março; ii) a punição da consunção impura)", *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, III, 2010, (pp. 187-222), pp. 204 a 207, nota (49).

[90] Assim, NUNO BRANDÃO, "A tutela penal especial reforçada da violência doméstica", *Julgar*, *Número especial, Crimes no seio da família e sobre menores*, 12, Coimbra, 2010, (pp. 9-24), p. 26; FIGUEIREDO DIAS, *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão,* Ministério da Justiça, Lisboa, 1993, p. 231. Na nova edição do *Comentário Conimbricense do Código Penal* (*Parte Especial, I*, Coimbra Editora, 1999), falando de especialidade quando se trate de um só facto e de subsidiariedade quando haja pluralidade de condutas, TAIPA DE CARVALHO, "Comentário aos arts. 151.º a 155.º", p. 528. De modo semelhante, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., pp. 466 e 467.

[91] Como exemplos mais expressivos vejam-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de julho de 2005, Processo n.º 1713/05, publicado online na *Colectânea de Jurisprudência*, 185, IV, 2005, que puniu o arguido por dois crimes de maus tratos, um contra o cônjuge e outro contra o filho menor, por factos praticados entre 1984 e 2002; e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2006, Processo n.º 06P468, cujos factos decorreram entre 1992 e 2000.

[92] Criticamente, TAIPA DE CARVALHO, "Comentário aos arts. 151.º a 155.º", cit., pp. 529 e 530; PLÁCIDO FERNANDES, "Violência Doméstica. Novo Quadro Penal e Processual Penal", Jornadas sobre a Revisão

tutelado por estas incriminações. Um tal entendimento resulta de uma conceção lógico-formal das relações entre tipos[93] e/ou de uma errónea compreensão sobre os bens jurídicos tutelados pelos crimes em questão[94].

Para saber exatamente quando é que existe concurso aparente entre o crime de violência doméstica ou o crime de maus tratos e outras incriminações, é necessário saber, primeiro, quais os bens jurídicos efetivamente tutelados naqueles tipos e, seguidamente, que tipo de condutas podem aí incluir-se. Importa partir do tipo social dos crimes em causa para a delimitação típica do facto, quando confrontado com outros tipos de crime com aparentes pretensões concorrentes de regulação do caso da vida. Ora, o tipo social da violência doméstica, tal como o dos maus tratos, comporta uma imensa amplitude e diversidade de condutas, desde a simples ameaça ao homicídio. Porém, analisados os tipos legais, verifica-se que não foi intenção do legislador incluir nos respetivos âmbitos todas estas variações. Por outro lado, o bem jurídico tutelado não é, de forma isolada, a integridade física, a liberdade sexual ou a vida, mas antes uma dimensão complexa e de certa forma antecipatória destas vertentes pessoais: a saúde[95]. É a saúde, nas vertentes física, sexual e psíquica, que está em causa[96], censurando-se comportamentos isolados ou contínuos que, de forma mais expressiva ou insidiosa, atentem contra uma vivência saudável do cônjuge, companheiro, menor ou idoso[97]. Trata-se de condutas que, ou não assumiriam relevância típica, quando praticadas noutras circunstâncias (fora de uma comunidade de vida), ou se mantêm

do Código Penal, Revista do CEJ, 8, 2008, (pp. 293-340), pp. 313 e 314; LAMAS LEITE, André, "A Violência Relacional Íntima: Reflexões Cruzadas Entre o Direito Penal e a Criminologia", *Julgar*, 12, 2010, (26-66), p. 48.

[93] Vício lógico que é notório nas críticas sistemáticas feitas por NUNO BRANDÃO, "A tutela penal especial reforçada da violência doméstica", cit., pp. 26 e 27. O autor nota que ocorrendo uma ofensa à integridade física grave será este o tipo prevalecente, afastando-se a aplicação do art. 152.º e, por arrasto, as medidas substantivas e processuais de proteção da vítima. No entanto, mesmo que haja somente concurso aparente, a norma constante do art. 152.º continua a ser aplicada ao caso, só não de forma cumulativa no que respeita à determinação da medida da pena. O autor chama à colação os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS sobre unidade de lei, mas quando haja uma conduta minimamente constante ou reiterada de ofensas à saúde do cônjuge em que uma destas venha a constituir ofensa à integridade física grave não se estará perante um caso de unidade de lei, mas antes de concurso aparente impróprio, nos termos do quadro desenhado por aquele outro autor. E, havendo concurso aparente impróprio, todos os tipos em concurso irão reger o caso da vida, resumindo-se a prevalência à fase de determinação da medida da pena. Apontando, sem razão, a mesma crítica, TAIPA DE CARVALHO, "Comentário aos arts. 151.º a 155.º", *CCCP/2012*, pp. 529 e 530; LAMAS LEITE, "A Violência Relacional Íntima...", cit., p. 48.

[94] Incorrendo nesta errónea conceção do bem jurídico, que identifica como a dignidade da pessoa humana, num contexto relacional, o que inviabiliza – pela dimensão abstrata e excessivamente difusa do referido "bem jurídico" – qualquer juízo normativo-social sobre estes tipos de cirme, LAMAS LEITE, "A Violência Relacional Íntima...", cit., pp. 49-50.

[95] Falando de um estado de agressão permanente, (sem que tenha que haver uma reiteração constante de cada ato agressivo), com razão, PLÁCIDO FERNANDES, "Violência Doméstica...", cit., pp. 306 e 307.

[96] Assim, BRANDÃO, "A tutela penal especial reforçada da violência doméstica", cit., p. 18; TAIPA DE CARVALHO, "Comentário aos arts. 151.º a 155.º", *CCCP/1999/I,* cit., p. 332; IDEM, "Comentário aos arts. 151.º a 155.º", CCCP/2012, p. 512; PLÁCIDO FERNANDES, "Violência Doméstica...", cit., p. 305.

[97] Tem razão PLÁCIDO FERNANDES quando se refere a um estado de agressão permanente, "Violência Doméstica...", cit., pp. 306 e 307.

num espectro de gravidade mediano, razão pela qual são globalmente avaliadas e conjuntamente censuradas.

Assim, a relação entre os tipos dos arts. 152.º e 152.º-A do CP com outras incriminações depende, como sempre, de um juízo de unidade normativo-social[98]. A prática mais ou menos constante e reiterada das condutas descritas nos respetivos tipos ao longo de dias, semanas, meses ou anos, desde que cada uma destas condutas não permita a sua autonomização, dará origem a uma unidade normativo-social, tipicamente imposta[99], pelo que o agente terá praticado um só crime (de violência doméstica), desde que esteja em causa uma só vítima. No entanto, quando algum dos atos isolados permita a verificação do tipo social de um crime grave (ofensa à integridade física grave[100], violação[101], homicídio), deverá ser punido em concurso efetivo com os crimes de violência doméstica ou maus tratos, sempre que, para além dos atos isolados, tenham ocorrido reiterados ataques à saúde da vítima[102]. Não só se trata, aqui, de comportamentos perfeitamente autonomizáveis, como são também autónomos os ilícitos típicos[103], não havendo qualquer obstáculo, à luz do *ne bis in idem*, à aplicação do regime do concurso efetivo.

A subsidiariedade verifica-se apenas quando se trate de um ato isolado de violência doméstica – por haver unidade normativo-social –, devendo então prevalecer o tipo com a moldura legal mais abrangente[104]. Sendo que, claro, repudia-se a corrente ju-

---

[98] De modo semelhante, mas partindo da existência de um concurso efetivo homogéneo para chegar ao concurso efetivo heterogéneo, BARATA DE BRITO, Ana Maria "Concurso de Crimes e Violência Doméstica", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, II, 2018, (91-113), pp. 111 e ss.

[99] Não se trata de uma imposição típica artificial, já que esta unidade encontra reflexos do tipo social. Mas nada obstaria a que cada um dos comportamentos do agente fosse punido de forma isolada, caso tivessem sido distintas as opções do legislador. Não haveria aqui qualquer limitação decorrente do *ne bis in idem*.

[100] Deverá tratar-se, contudo, de uma gravidade extrema, excecional no quadro da violência reiterada. Não basta que seja uma ofensa passível de qualificação, uma vez que o fundamento de qualificação estará relacionado com a relação de proximidade e convivência entre o agressor e a vítima. Aliás, com a reforma de 2007 e a introdução de uma nova circunstância qualificante na alínea *b*) do n.º 1 do art. 132.º, esta sobreposição de juízos de ilicitude torna-se manifesta. Como exemplo de correta ponderação da qualificação – no caso, a propósito de uma tentativa de homicídio executada no âmbito de uma relação conjugal violenta – com fundamentos distintos dos que estão subjacentes à violência doméstica, ver o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, Processo n.º 08P2043.

[101] Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de abril de 2013, processo n.º 790/09.5GDALM.L1-3, puniu o arguido em concurso efetivo pelo crime de violência doméstica e violação, face um conjunto de factos relativos a um episódio em que, mesmo no contexto da violência doméstica, era prevalecente um sentido normativo-social autónomo. Para o concurso aparente ficam apenas as pequenas ofensas sexuais que, sem o recurso ao constrangimento, sejam praticadas no âmbito da intimidação permanente que decorre de um contexto de tirania doméstica.

[102] Neste sentido, tendo condenado o arguido por um crime de violência doméstica e três crimes de violação, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2012, Processo n.º 711/11.5PBAGH.L1.

[103] Por um caminho distinto, mas chegando a mesma conclusão, LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes...* cit., pp. 324 e ss.

[104] Como aconteceu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de abril de 2006, Processo n.º 06P1167, publicado na *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, 2006, II, pp. 166 e ss. Bastante crítica desta jurisprudência, FERREIRA, Maria Elisabete, "O crime de violência doméstica na jurisprudência portu-

risprudência que exige, para o preenchimento típico da violência doméstica, sem reiteração, que o ato isolado revista de uma grande gravidade[105]. Decorre do que já disse no ponto I que o ato isolado tem apenas que ser *expressivo* (e não muito gravoso). O ato isolado, em conjugação com o que se venha a provar sobre o contexto relacional entre o/a arguido/a e a vítima, deverá ilustrar um quadro de violência doméstica, à luz do seu tipo social, tão-só.

2. Critérios para a delimitação do concurso homogéneo

Resta, por fim, deixar alguns critérios para a resolução do concurso real homogéneo, os quais se centram, essencialmente, nos casos em que é exercida violência doméstica sobre a mesma vítima[106], por um período continuado, podendo ocorrer algumas interrupções ou alterações do *modus operandi*. Sendo difícil antecipar as variações da unidade, torna-se mais fácil identificar critérios que devem determinar a cisão da unidade normativo-social que suporta a continuidade tipiciamente imposta para o crime de violência doméstica.

Desde logo, é certo que terão de existir critérios para a cisão da unidade. Caso contrário, nem mesmo uma condenação penal impediria que o agente continuasse a conduta criminosa, com total impunidade. De onde se pode já retirar o primeiro critério: a intervenção perturbadora do poder punitivo estatal. Assim, uma vez detetado o crime pelas autoridade e iniciada uma investigação criminal que conte com a participação do agente (que é ouvido ou sujeito a medidas de coação), a retoma ou continuidade da conduta criminosa deverá ser vista como uma unidade autónoma[107]. A partir do momento em que o agente é confrontado com o exercício do poder punitivo, impõe-se

guesa. Do pseudo requisito da intensidade da conduta típica à exigência revisitada de dolo específico", in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Da Costa Andrade*, I, *Direito Penal*, Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2017, (569-588), pp. 570 e ss.

[105] Na doutrina, fazendo tal exigência, BRANDÃO, "A tutela penal especial reforçada da violência doméstica", cit., pp. 24 e 25; LAMAS LEITE, "A Violência Relacional Íntima...", cit., p. 46.

[106] Tratando-se de um crime contra um bem jurídico pessoalíssimo, em que se descirna uma vocação de tutela intrinsecamente ligada a cada vítima, não é admissível que haja unidade criminosa contra vítimas distintas. Ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §§112 e 119.

[107] Referindo também estes como critérios de cisão do crime continuado, HÖPFNER, Wilhelm, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung. Einleitung, das Wesen des Verbrechens, Verbrechenseinheit*, I, Berlin, 1901, p. 185. E, mais tarde, qualificando a sentença penal como fator de "Zäsur" do crime continuado, NEUHAUS, Ralf, *Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff – 'ne bis in idem'*, *Studienverlag Dr. N. Brockmeyer*, Bochum, 1985, pp. 66 e 67. Também, KIRCHHEIMER, Otto, "The Act, the Offense and Double Jeopardy", *Yale Law Journal* 58, 4 (1949), (513-544), pp. 541-42. Na jurisprudência, ponderando a denúncia às autoridades (e correspondente processo penal), como fatores de cisão da unicidade, o já referido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de abril de 2013. E, apesar de não se tratar de uma verdadeira unidade criminosa, decidindo, bem, que não se poderia manter qualquer espécie de unidade entre factos praticados antes e depois, com um longo intervalo, de uma queixa na Comissão de Proteção de Menores por abuso sexual, e subsequente processo de promoção, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de novembro de 2012, Processo n.º 862/11.6TAPFR.S1. Ver, também, FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §113.

uma tomada de posição[108]: ou o agente cessa a atividade criminosa; ou renova a atividade criminosa, recorrendo a novos subterfúgios, rodeando-se de maiores cautelas ou alterando o seu *modus operandi*[109]. Fica, portanto, quebrada a continuidade normativo-social do facto[110]. Dificuldades podem surgir na determinação do momento a partir do qual se considera cindida a unicidade do crime: bastará uma auditoria, o conhecimento de que está em curso uma investigação, a constituição como arguido[111]? Ou, mais do que isso, é preciso uma condenação com trânsito em julgado? A resposta não poderá ser uniforme[112]. Em regra, não bastará o mero conhecimento da investigação; pode até ter sido colocada em funcionamento uma "máquina" criminosa, cuja neutralização requer algum tempo[113]. Certamente, também não se pode exigir o trânsito

[108] Em sentido próximo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de fevereiro de 2007, processo n.º 06P4460, refere que o confronto com o sistema punitivo implica "*uma forçosa tomada de consciência da ilicitude e censurabilidade da actividade por si desenvolvida*".

[109] Em sentido próximo, mas ficando muito aquém das exigências aqui referidas quando se basta com uma advertência por algum órgão do Estado ou particular, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 162. Pensa-se que não bastará uma advertência, e nunca poderá ser suficiente a ação de um privado. Mais próximo, no que respeita à cisão, notando que não se trata de uma quebra da resolução criminosa, mas de uma alteração fundamental do facto à luz de critérios teleológicos e normativos, PAGLIARO, Antonio, "Cosa giudicata e continuazione di reati", *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1056-2008*, 2, Giuffrè Editore, 2009, (821-828), pp. 823 e 824.

[110] Exatamente no mesmo sentido, POSADA MAYA, Ricardo, *El Delito continuado*, tese de doutoramento inédita, Salamanca, 2010, p. 702.

[111] No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de fevereiro de 2007, processo n.º 06P4460, entendeu-se que bastaria a detenção dos arguidos em flagrante delito, e posterior sujeição a interrogatório judicial, para quebrar a unidade do trato sucessivo na execução do crime de tráfico de estupefacientes. E, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de janeiro de 1991, comentado por MARIA JOÃO ANTUNES, ("Concurso de contra-ordenações. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 1991", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 3, 1991, pp. 463-474), entendeu-se que seria suficiente para quebrar e "continuação criminosa", a autuação por parte da Administração. O Tribunal argumentou que "*o prosseguimento da referida actividade infraccional, após cada intervenção da autoridade administrativa, já não foi originada pelo dolo conjunto original*", já que cada uma das seis autuações "*fez cessar a possibilidade que à arguida se oferecia de alargar o âmbito da sua actividade extractiva de inertes*", (p. 464).

[112] É particularmente interessante a Sentencia del Tribunal Supremo n.º 2211/2012, de 21.03.2012, na medida em que discute se um arquivamento com fundamento na falta de indícios da prática do crime de tráfico de estupefacientes, em 2006, teve algum efeito de *ne bis in idem* sobre a "continuação" do tráfico pelo arguido, até 2009. A questão foi resolvida com recurso à reabertura do processo, por via do art. 641.º da LEC – semelhante ao nosso art. 279.º do CPP – por terem surgido novos meios de prova da continuação do crime. Os novos meios de prova resultaram de operações de vigilância à residência do arguido e a detenção em flagrante do mesmo. Pensa-se que estes casos recebem soluções mais adequadas quando se recorre à cisão da unicidade normativo-social, pois garante-se que o segundo processo – mesmo em caso de arquivamento – apenas abrange os novos factos e evita-se que o arquivamento constitua uma forma de criar uma falsa segurança e paz no arguido enquanto, materialmente, prosseguem as investigações.

[113] HÖPFNER refere um exemplo da jurisprudência em que, após a dedução de acusação pelo crime de burla – cuja execução incluía a publicação de dados falsos num jornal –, foram publicados novo anúncios, autorizados após a dedução da acusação, mas antes da notificação da mesma. O tribunal entendeu que os novos factos não se podiam incluir na continuidade pois revelavam uma renovação da vontade criminosa que lhes conferia autonomia, podendo dar origem a um novo processo. Esta decisão é criticada por HÖPFNER, com razão, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen...*, II, cit., p. 185, nota (44). Este seria um

em julgado de uma sentença condenatória. As soluções dependerão dos casos[114] e da ponderação dos elementos que se têm vindo a referir: a atuação do Estado foi suficientemente clara para que o agente tenha tomado consciência da falência do seu plano criminoso?; a continuação da atividade criminosa exigiu uma adaptação do agente às novas circunstâncias?; permitiu um distanciamento face às circunstâncias que motivaram o crime, e uma reflexão sobre o comportamento criminoso?.

Da análise deste critério, inevitável, pode retirar-se uma ideia condutora que nos irá orientar na busca dos restantes critérios: o que se procura é identificar um momento de pausa no comportamento criminoso permanente ou reiterado, suficientemente expressiva, que nos permita concluir que o agente teve uma oportunidade de reflexão sobre o seu comportamento (e de mudança de comportamento), tendo optado, porém, pela sua retoma. Ora, esta pausa pode não ser motivada pela intervenção do poder punitivo. Pode decorrer das circunstâncias (um fastamento da vítima, p.e.), ou da própria iniciativa do/a agressor/a. Assim, a existência de uma elevada desconexão temporal é sempre indício de que ocorreu uma cisão da unidade normativo-social. Pode também ser indício, mas não o é necessariamente, a alteração substancial e repentina do *modus operandi* do agente[115].

Pensando apenas nos crimes de violência doméstica e maus tratos, a unidade pode vir a cindir-se pelas seguintes razões: *a*) períodos prolongados de "bom comportamento"; *b*) quebras de contacto com a vítima; *c*) sujeição do agente a processo crime ou à aplicação de uma pena. A mera prática de um ataque mais gravoso não tem por efeito a cisão da unidade normativo-social, principalmente quando se mantenha a convivência entre o agressor e a vítima e não haja qualquer denúncia às autoridades[116]. Tal decorre da compatibilidade entre o tipo social e de ilícito da violência doméstica com uma progressão criminosa. O mais comum, aliás, na violência doméstica, enquanto tipo social, é que haja um progressivo agravamento dos comportamentos típicos.

Por último, refira-se que a visão mais correta sobre as relações entre o crime de violência doméstica e de maus tratos é a que lhes aponta uma relação de subsidariedade implícita[117]. Não existe verdadeira regra de especialidade[118], já que os dois tipos, para além de um âmbito de aplicação comum (maus tratos contra pessoa particularmente indefesa que coabite com o/a agressor/a, tendo este/a uma relação típica das referidas no n.º 1 do art. 152.º-A), têm, também, âmbitos de aplicação distintos. Quando se sobreponham, deverá prevalecer o tipo penal mais compreensivo, que melhor expresse o conteúdo de ilícito e cujas sanções sejam mais exigentes, que será o da violência doméstica.

daqueles casos em que a influência do poder punitivo não provocou, imediatamente e de acordo com critérios de razoabilidade, a cisão da unicidade normativo-social do facto.

[114] POSADA MAYA, *El Delito continuado*, cit., p. 704. Também, BARATA DE BRITO, "Concurso de Crimes e Violência Doméstica", cit., pp. 91 e ss.

[115] FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem....*, I, cit., §113.

[116] Discorda-se, assim, da solução constante do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21/12/2016, processo n.º 1150/14.1GAMAI.P1.

[117] No mesmo sentido, FERREIRA, Maria Elisabete, *Violência Parental e Intervenção do Estado. A questão à luz do Direito Português*, Universidade Católica do Porto, 2016, pp. 300-301.

[118] Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 466.

DIÁLOGOS COM AUGUSTO SILVA DIAS: CULPA PENAL, EXCULPAÇÃO E FORMAS DE VIDA

José Neves da Costa*

À memória do Professor Augusto Silva Dias, meu Mestre e um amigo improvável. Dedicado Professor que se deu aos seus alunos até ao limite das suas forças e uma mente brilhante que nos deixou demasiado cedo. Um modesto contributo com amizade e saudade.

SUMÁRIO: Introdução; I. Sobre a culpa em Direito Penal; II. A conceção de culpa em Augusto Silva Dias: a apropriação pelo agente do mal do facto; III. A relevância para a culpa da motivação do agente: alguma coincidência entre culpa penal e culpa moral IV. Sobre a exculpação em Direito Penal; 1. A compreensibilidade como fundamento da desculpa em Augusto Silva Dias; 2. Uma crítica à compreensibilidade e o conflito identitário ético-afetivo de natureza existencial como fundamento da exculpação; V. Em busca de um padrão comparativo de abstração para exclusão da culpa; 1. O critério do "tipo social do agente" de Augusto Silva Dias: uma crítica; 2. A imprescindibilidade da pessoa emocional: a exculpação centrada nas emoções e o desafio à imprescindibilidade de um critério comparativo; Conclusão.

Introdução

O fenómeno multiculturalista, conducente à convivência no mesmo espaço sociogeográfico de pessoas de diferentes origens culturais, fez com que todos tenhamos algo de cidadãos do mundo[1]. E se, por um lado, a diversidade caleidoscópica de mundividências, costumes e modos de vida merece celebração, está também na origem de sérios problemas que reclamam solução. Como bem nos recorda Augusto Silva Dias[2],

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LL.M. em *International Business Law* pela *Católica Global School of Law*, investigador não-integrado do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais.

O presente texto corresponde a uma versão desenvolvida da nossa apresentação no *Webinar* "Recordações Humanas e Científicas de Augusto Silva Dias", que teve lugar dia 17 de outubro de 2020.

[1] Terá sido Sócrates quem afirmou não ser nem ateniense nem grego, mas antes "um cidadão do mundo", na célebre expressão que lhe é por Plutarco atribuída. Cf. PLUTARCO, "On Exile", in: *Moralia*, vol. VII (tr. en. Phillip H. De Lacy, Benedict Einarson), Loeb Classical Library, Harvard: Harvard University Press, 1959, p. 529.

[2] Cf. SILVA DIAS, Augusto, *Crimes culturalmente motivados – O Direito Penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 13.

a globalização está ainda longe de realizar o ideal cosmopolita preconizado por Kant na sua *Paz Perpétua*[3].

Os problemas jurídicos – tão relevantes quanto sérios – levantados pela coexistência de diferentes mundividências em sociedades cosmopolitas e multiculturais foram, entre nós, ao longo de várias décadas estados de forma ímpar por Augusto Silva Dias[4], cujo trabalho culminou na obra *Crimes Culturalmente Motivados: O Direito Penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas*. Assim, no presente texto e focando-nos nesta sua última obra sobre a matéria, procuraremos dialogar com o Autor, como fizemos tantas e importantes vezes no passado, sobre as suas conceções de culpa – nas suas palavras, "o *locus* onde o factor cultural mais releva"[5] – e de exculpação, em busca dos respetivos fundamentos e critérios, os quais têm de ser adequados às sociedades democráticas e multiculturais. Neste caminho encontraremos com o Autor pontos de convergência e de divergência. Mas acima de tudo, encontraremos aquilo a que Augusto Silva Dias sempre nos habituou: uma doutrina riquíssima e bem pensada.

I. Sobre a culpa em Direito Penal

O Princípio da Culpa é basilar do Direito Penal de qualquer Estado de Direito democrático. Tal é uma imposição moral, atenta a necessidade de legitimação das gravosas consequências da intervenção do Direito Penal na esfera dos indivíduos[6], e uma decorrência dos princípios constitucionais da Intervenção Mínima do Direito Penal e da Dignidade da Pessoa Humana. Resulta também deste assento constitucional, como exploraremos *infra*, a exigência em sede de culpa penal de uma censura pessoal que reprove a motivação interna do agente.

A culpa penal emerge, deste modo, como um limite à intervenção estatal na esfera do indivíduo. Não é de forma alguma suficiente, para efeitos de punição, que um indivíduo pratique um facto típico e ilícito. O agente terá sempre de ter atuado com culpa[7], só podendo ser punido criminalmente se for suscetível de culpa e na medida

[3] Kant preconizava um *ius cosmopoliticum* como base de uma paz global, estável e perpétua. Cf. KANT, *A Paz Perpétua e outros opúsculos*, Lisboa: Edições 70, 2018, pp. 129-186.

[4] SILVA DIAS, Augusto, "Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana", *RPCC* 2 (2006), (187-238); "Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais", in: AA.VV., *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (org.: M. Fernanda Palma, A. Silva Dias, P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2013, (57-80); "O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, filosofia e ciências", in: AA.VV., *Multiculturalismo e Direito Penal* (org.: T. Pizarro Beleza, P. Caeiro, F. Lacerda da Costa Pinto), Coimbra: Almedina, 2014, (15-31); "A responsabilidade criminal do 'Outro': Os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural", *Julgar* 25, 2015, (pp. 95-108).

[5] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 394.

[6] Sobre a coincidência entre culpa moral e culpa jurídico-penal, afastando a crítica à relevância daquela primeira nesta última, cf. PALMA, Maria Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 117-121.

[7] FRANK, Reinhard, "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", separata de *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Giessen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen: A.

dessa mesma culpa pessoal. De outro modo, destruir-se-ia a diferença entre os princípios da responsabilidade por culpa (*Schuldhaftung*) e da responsabilidade objetiva (*Erfolgshaftung*) e eliminar-se-ia o momento subjetivo da apreciação penal, ficando em causa a própria legitimidade do Direito Penal, a qual depende da sua capacidade de limitar o poder punitivo. É imperativo que se estabeleça uma vinculação entre o delito e a pena, indicando qual a medida da culpa a aplicar ao agente, individualizando a punição[8].

É por esta sua função individualizadora que a culpa – enquanto medida e fundamento da pena[9] – emerge como o plano da dogmática jurídico-penal no qual o fator cultural mais releva, tomando em consideração, como veremos mais em detalhe *infra*, as especificidades individuais do agente como as questões relativas à sua socialização[10].

II. A conceção de culpa em Augusto Silva Dias: a apropriação pelo agente do mal do facto

Encontramos, na doutrina de Augusto Silva Dias, uma conceção de culpa que acompanhamos. Trata-se da afirmação daquela como o processo de individualização da responsabilidade penal no qual vamos analisar se e em que medida o agente se apropriou pessoalmente do desvalor do facto praticado, isto é, se o agente fez seu o facto praticado[11]. Assim, com a imputação de um juízo de culpa, à censura objetiva pela violação da norma penal acresce um elemento subjetivo de censura pessoal[12].

Da conceção apresentada resulta a culpa penal como um processo. Ao passo que a apreciação da ilicitude penal tem uma relevância essencialmente negativa[13], tal não é verdade sobre a culpa penal, a qual não pode ser tratada como uma mera rotulação do agente como culpado ou não culpado. A culpa carece de imputação, implica um

---

Töpelmann, 1907, p. 4; WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung*, 11.ª edição, Berlin: De Gruyter, 1989, pp. 138-140.

[8] À vinculação entre o agente e a pena individualizada, de medida determinada pela culpa, Raul Zaffaroni chamou de *conexión punitiva*. Cf. RAUL ZAFFARONI, Eugenio, "Culpabilidad y vulnerabilidad social", in: *En torno de la cuestión penal*, Montevideo & Buenos Aires: BdeF, 2005, (229-251) pp. 230-231, 239.

[9] Cf. artigo 40.º, n.º 2 do Código Penal. V. PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal: parte geral*, Lisboa: AAFDL (policopiado), 1994, pp. 55-56; FRISCH, Wolfgang, "Neurosciences and the Future of Culpability in Criminal Law", in: AA.VV., *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (org.: M. Fernanda Palma, A. Silva Dias, P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2013, (147-165) pp. 147-148.

[10] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 394. V. também TAIPA DE CARVALHO, Américo, "Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal", *Direito e Justiça* 1 (2002), (131-157) p. 149; RAUL ZAFFARONI, "Culpabilidad y vulnerabilidad social", cit., p. 229.

[11] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 13.

[12] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 138; PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., p. 122.

[13] A ilicitude, enquanto expressão do desvalor jurídico-penal de uma ação concreta, vê a sua afirmação fundamentar-se praticamente na verificação objetiva do facto típico. Isto é, verificando-se um facto que viole a norma penal, a respetiva ilicitude está afirmada. Tal já não sucede no momento de exclusão da ilicitude pela verificação de uma causa de justificação do facto. Estas causas de justificação ultrapassam a mera delimitação do desvalor da ação e do resultado, para se afirmarem como uma neutralização da lesão ao bem jurídico verificada, *prima facie*, pelo facto praticado pelo agente. Assim, perante um facto típico, é fundamental a apreciação das causas de justificação, procurando se tal facto se encaixa em alguma delas.

diálogo com o agente sobre os seus motivos e as suas emoções. De outra forma, passar-se-ia por cima da pessoa concreta do agente, perdendo-se a individualização da responsabilidade criminal.

Assim, falar de culpa penal é falar de um processo de imputação[14], isto é, um processo com vista a colocar algo na conta de alguém[15], através do qual uma pessoa é considerada autora de uma ação[16], averiguando-se se e em que moldes o agente deve ser chamado a responder pelo facto praticado[17]. Assim, o processo de imputação, partindo da norma e averiguando da ação ou omissão e da censura do facto, conduzirá a um juízo sobre a responsabilização do agente. Porém, é fundamental que neste processo não se perca de vista a pessoa do agente: imputar é atribuir a autoria da ação a alguém e no processo de imputação da culpa penal a pessoa do agente é central. Um ilícito penal é o resultado da ação de alguém, não é uma mera consequência de determinadas circunstâncias.

Seguindo do que fica visto, a imputação da culpa penal implica um processo comunicativo com vista a um determinado resultado. Na sua vertente comunicativa, neste processo inquire-se o agente sobre a ação praticada, ponderando-se as razões subjacentes à prática do facto. Deste processo resultarão os juízos de imputação: partindo de um conjunto de regras de significado, vamos valorar positiva ou negativamente a ação praticada e atingir um determinado *status* jurídico: será culpado ou não culpado[18].

Este processo comunicativo conducente a um juízo de inculpação ou exculpação antecede, lógica, técnica e normativamente a aplicação da pena e será determinante na decisão sobre a sua aplicação. É ainda um processo que, como bem nos ensina Augusto Silva Dias, tem três destinatários[19]: (i) o agente, atestando-se da sua apropriação

---

[14] O conceito de imputação foi introduzido na ciência jurídica por Samuel von Pufendorf, primeiro no seu *Elementorum Iurisprudentiae Universalis: Libri Duo* (1660), tendo depois recebido ainda tratamento em *De Jure Naturae et Gentium: Libri Octo* (1672) e em *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem: Libri Duo* (1673). Cf. PUFENDORF, Samuel von, *The Elements of Universal Jurisprudence*, Book II (*translated by* William Abbott Oldfather, 1931), Indianapolis: Liberty Fund, 2009, pp. 283 ss.; *Of the Law of Nature and Nations: Eight Books* (*translated by* Basil Kennett and William Percivale), Oxford: L. Lichfield, 1703, pp. 70 ss.; *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Book I (*translated by* Michael Silverthorne), Cambridge: Cambridge University Press, p. 23.

[15] RICŒUR, Paul, *Le Juste*, Paris: Esprit, 1995, pp. 44-45.

[16] KANT, Immannuel, *A Metafísica dos Costumes* (trad., apresent. e notas de José Lamego), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, pp. 38-39.

[17] Sobre a imputação, cf., do nosso homenageado, SILVA DIAS, Augusto, *"*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, 2009, p. 119, n. 281; *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 400-402. V. também HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung,* Berlin: Walter de Gruyter, 1976; "Imputation", *BYU Law Review* 3 (1986), (669-710); *Imputación y Derecho Penal – Estudios sobre la teoría de la imputación* (coord.: Pablo Sánchez Ostiz), 2.ª Edição, Buenos Aires e Montevideo: Editorial B de F, 2009, em particular pp. 1-10; HASSEMER, Winfried, *Warum Strafe sein muss – Ein Plädoyer*, Berlin: Ullstein, pp. 205 ss; SOUSA MENDES, Paulo de, *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 35 ss.; *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 59 ss.

[18] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 400-401.

[19] *Idem*, p. 401.

do facto praticado; (ii) a vítima, a quem se comunica que o dano por si sofrido foi resultado da obra voluntária e livre de outrem, não tendo sido nem um acidente, nem culpa sua e (iii) a sociedade, comunicando-se que alguém é pessoalmente responsável pelo facto.

Pode, assim, afirmar-se que a culpa como processo comunicativo de imputação é também um ato de justiça, dando a cada um que é seu (*suum cuique tribuere*)[20]: ao agente, o que é do agente; à vítima o que é da vítima e à sociedade o que é da sociedade[21]. E o que é do agente será o ilícito típico praticado, sendo aquele chamado a responder perante a vítima e a sociedade pela sua apropriação pessoal do desvalor do facto, por tê-lo feito seu.

Comprovando-se a referida apropriação do mal do facto, isto é, comprovando-se que o agente é culpado, terá tido lugar uma deslealdade comunicativa deste para com a vítima e a sociedade. E tal deslealdade existirá quando o agente dispuser das condições materiais para cumprir a norma e respeitar a vítima como um seu par, como pessoa

[20] O conceito de justiça vem sendo analisado e debatido há já vários séculos. Em *A República*, Platão parafraseia o poeta grego Simónides para introduzir a noção de justiça como tratando-se da restituição a cada um do que é seu. Cf. PLATÃO, *A República* (introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira), 15.ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, I, 331e. No *Corpus Juris Civilis*, no Digesto (cf. *Dig*. 1,1,10), Ulpiano cunha a máxima segundo a qual "*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*" ("justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu"). S. Tomás de Aquino, na sua *Suma Teológica* (cf. II-II, q. 58, art. 1), dissecando e reinterpretando a afirmação de Ulpiano, conclui que a sua correta formulação será antes a justiça como um hábito pelo qual, com vontade constante e perpétua, se atribui a cada um o que é seu ("*justitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*"). Críticos desta formulação foram, por exemplo, David Hume e John Rawls. Para Hume, a justiça é uma virtude artificial (por oposição às virtudes naturais), não fazendo sentido perguntar, em abstrato, o que é devido a cada pessoa. Assim, e porque a justiça é convencional para o Autor, não existe um padrão externo de justiça, apenas será justo o que como tal for ditado pelas convenções sociais. Cf. HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, New York: Dover Publications, 2003, III.II.I. Por seu turno, John Rawls adota a noção de "*justice as fairness*", fixando dois princípios de justiça que desenvolve ao longo da sua obra: 1) "todos devem ter igual direito ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema semelhante de liberdade para todas as outras pessoas"; e 2) "as desigualdades sociais e económicas devem ser dispostas de modo a que sejam (a) para o maior benefício dos mais desfavorecidos, em consistência com o princípio da justa poupança [*just savings principle*], e (b) resultar do exercício de cargos e posições abertos a todos sob condições de justa igualdade de oportunidades". Em Rawls, estes dois princípios são desenvolvidos com recurso àquela que o Autor designa como a "posição original" (*original position*), através da qual os membros da sociedade devem desenvolver os seus princípios de justiça envergando um véu da ignorância (*veil of ignorance*), que as levará a ignorar todos os aspetos relacionados consigo próprias, de modo a que os referidos princípios não sejam desenhados em benefício próprio. Cf. RAWLS, John, *A Theory of Justice*, edição revista, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1999; "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philos. Public Aff.* 3 (1985), (223-251); *Justice as Fairness: A Restatement* (edited by Erin Kelly), Cambridge and London: Belknap Press of Harvard University Press, 2001. Sobre a justiça, v. também o fundamental tratado de Brian Barry que teoriza a justiça como imparcialidade: BARRY, Brian, *Theories of Justice: A Treatise on Social Justice, Volume I*, Berkeley: University of California Press, 1989; *Justice as Impartiality: A Treatise on Social Justice, Volume II*, Oxford: Oxford University Press, 1995. V. ainda SOLOMON, Robert C., MURPHY, Mark C. (eds.), *What is Justice?: Classic and Contemporary Readings*, 2.ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1999; HÖFFE, Otfried, *Gerechtigkeit: eine Philosophische Einführung*, 3.ª edição, München: Beck, 2007.

[21] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 401.

livre e sua igual, antes optando pela prática do ilícito típico, negando voluntariamente o reconhecimento devido. Compreende-se, deste modo, que tais condições materiais sejam de comprovação judicial imprescindível para que a imputação da culpa penal possa ter lugar.

Na doutrina de Augusto Silva Dias[22], com a qual convergimos, tais pressupostos materiais da culpa são três: (i) capacidade de culpa; (ii) representação do desvalor qualificado do facto e (iii) inexistência de circunstâncias excecionais relevantes. Faltando uma das condições materiais elencadas, por razões não imputáveis ao agente[23], não podemos dizer que este se tenha apropriado do mal do crime e que a sua atitude revela uma qualquer deslealdade comunicativa.

Estes pressupostos materiais do juízo penal de censura pessoal traduzem-se em, por um lado, o agente ter de ser capaz de se posicionar criticamente perante as suas decisões e ações e perante as decisões e ações dos outros, entendendo o respetivo significado desvalioso. E mais que entender o desvalor do facto, tem de representar o seu desvalor qualificado, ou seja, o desvalor penal do facto. Apenas a consciência do desvalor qualificado do facto ergue um obstáculo suficiente à ação que leve o agente a omiti-la.

Por fim, o agente não se pode ter encontrado numa situação excecional tal que obstasse a uma normal motivação pela norma, isto é, que obstasse a um posicionamento crítico do agente perante as suas próprios intenções.

III. A relevância para a culpa da motivação do agente: alguma coincidência entre culpa penal e culpa moral

Nesta ponderação da "normal motivação pela norma" é juridicamente irrelevante a adesão interna do agente à norma. Juridicamente, não releva o motivo pelo qual um indivíduo cumpre a norma, relevando tão-só que, quando o possa fazer, adeque externamente a sua conduta ao dever-ser normativo. Para que exista lealdade ao Direito, bastamo-nos com a exteriorização de um comportamento conforme à normatividade.

O inverso, porém, cremos já não ser verdade. Defendemos critérios diferentes para a existência de lealdade ou deslealdade ao Direito, pelo que, para que haja violação do Direito Penal defendemos ser necessário que o comportamento exteriorizado seja acompanhado de uma vontade violadora da norma. Mantem-se válida em nós a ideia de que *actus non facit reum nisi mens sit rea*: um ato não torna uma pessoa culpada a menos que a sua mente também seja culpada. No fundo, a autonomia entre o Direito

[22] *Idem*, pp. 401-402. O Autor segue aqui na linha da doutrina de Klaus Günther, para quem uma pessoa só pode ser censurada em Direito se dispuser de capacidade de decisão crítica. Cf. GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personellen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, pp. 257-258.

[23] Esta ressalva é fundamental. Naturalmente, para que a ausência de um ou mais dos critérios materiais para afirmação do juízo de culpa seja jurídico-penalmente relevante, não pode o agente ter-se colocado a si próprio numa situação de incapacidade de culpa ou de incapacidade para representar o desvalor qualificado do facto ou ter ele mesmo criado a circunstância excecional que superaria as suas forças tornando inexigível a normal motivação pela norma.

e a Moral é relativa e não absoluta[24], exigindo a responsabilidade penal simultaneamente *actus reus* e *mens rea*, não podendo a motivação da ação violadora da norma ser irrelevante.

Assim é porque pensar o juízo de culpa penal, demarcado da culpa civil pelas necessidades específicas do Direito Penal que reclamam um conceito de culpa próprio e fechado[25], como um limite à atuação estatal, só punindo o agente pessoalmente censurável pela sua conduta, é pensar simultaneamente a culpa jurídico-penal e a culpa ético-moral, dada a preocupação com a justificação da responsabilidade ser prévia às preocupações levantadas pelos fins das penas. A justiça, traduzindo as realidades psicológicas do agente, é uma das principais regras da moral e o Direito, não havendo oposição entre as prescrições morais e as exigências do bem público (ainda que ambas se situem em planos diferentes), não pode ir contra a moral porque tal seria ir contra o bem público. A moral é a lei das pessoas, sendo finalidade essencial do Direito o bem geral[26].

É verdade que a culpa jurídica é mais exigente que a culpa moral, na medida em que, para que haja culpa jurídica, não basta a não adesão a um dever moral, antes sendo necessária a sua exteriorização. Mas tal não implica a irrelevância de uma motivação interior reprovável do agente. O Direito Penal assenta em ações (e omissões, quando relevantes), mas as crenças e pensamentos das pessoas não deixam de ser importantes para a imputação da responsabilidade[27]. A culpa não é um conceito exclusivamente jurídico, antes sendo também central no plano da moral, com ambas as modalidades de culpa – jurídica e moral – a partilharem um mesmo fundamento: a consciência e a liberdade do indivíduo. A relação entre as duas modalidades de culpa é estreita, nada obstando a que a culpa penal reclame culpa ética[28].

---

[24] HART, H. L. A., "Legal Responsibility and Excuses", in: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª edição, Oxford & New York: Oxford University Press, 2008, (28-53) pp. 35-40; Palma, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 118-119.

[25] MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, *Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8.ª edição, Heidelberg: Müller Juristischer, 1992, p. 449; FIGUEIREDO DIAS, Jorge, de, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral Do Crime* (com a colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires De Sousa, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo), 3.ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 602-603.

[26] BEKAERT, Herman, *Théorie générale de l'excuse en Droit Pénal*, Bruxelles: Émile Bruylant, 1957, pp. 12-14; DABIN, Jean, *Théorie générale du Droit*, Paris: Dalloz, 1969, pp. 378-379; PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., p. 117; FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, cit., p. 605-606.

[27] NUOTIO, Kimmo, "Between Denial and Recognition: Criminal Law and Cultural Diversity", in: AA.VV., *Criminal Law & Cultural Diversity* (org.: W. Kymlicka, C. Lernestedt, M. Matravers), New York: Oxford University Press, 2014, (67-88) pp. 68-70.

[28] CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª edição (reimp.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 260; MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal português: Teoria do crime*, 2.ª edição, Lisboa: Universidade Católica, 2015, pp. 231-233; PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 118-125.

IV. Sobre a exculpação em Direito Penal

A desculpa penal não se esgota nas causas de exculpação positivadas no Código Penal[29]. Sem prejuízo do Princípio da Legalidade, há um momento lógico no processo de imputação da culpa penal no qual a desculpa não carece de uma causa de desculpa típica. Trata-se daquelas situações em que o agente não reúne os pressupostos materiais imprescindíveis à imputação de um juízo de culpa. Esgotar as causas desculpa naquelas literalmente previstas no Código Penal implicaria desconsiderar os próprios fundamentos da culpa e da desculpa, privando de qualquer efeito ou relevância práticos a conceção de culpa em si mesma. Por outras palavras, esgotar a desculpa no catálogo expressamente previsto no Código Penal significaria que o fundamento intersubjetivo de culpa como um processo comunicativo com o agente e as suas emoções, seria, na prática, inconsequente e irrelevante, redundando numa mera formalidade dogmática.

E várias são as situações de ausência de uma justa oportunidade para omissão da conduta ilícita, relativamente às quais a imputação de um juízo de culpa e a subsequente punição do agente seriam de duvidosas justiça e justificação moral, que não parecem encontrar na Lei Penal uma previsão que permita a exculpação ou a mitigação da culpa do agente[30]. Trata-se, nomeadamente, de casos de intensa perturbação emocional profunda incontrolável pelo agente, de circunstancialismos sociais que impactem de forma relevante a capacidade de aquele atuar em conformidade com a norma, ou ainda de séria afetação da personalidade do indivíduo que, não coincidindo com situações de inimputabilidade por anomalia psíquica, o impedem de refletir a sua personalidade na prática do facto, não se podendo dizer que tenha sido ele quem atuou apropriando-se do facto.

1. A compreensibilidade como fundamento da desculpa em Augusto Silva Dias

Resulta do que referimos, então, a necessidade de identificar o efetivo fundamento da exculpação. E Augusto Silva Dias encontra este fundamento na compreensibilidade do complexo emocional e motivacional que conduziu o agente à prática do facto. Na doutrina do Autor, a culpa do agente será excluída ou mitigada se resultar provada a compreensibilidade dos motivos subjacentes à sua ação[31]. Ou seja, e a título exemplificativo, será excluída ou mitigada a culpa do agente que atuou com compreensível falta de consciência da ilicitude do facto ou num contexto circunstancial que tenha comprometido compreensivelmente a sua normal capacidade de motivação pela norma.

Porém, para a exculpação, não basta que a atuação do agente tenha um significado compreensivo, que o seu motivo tenha valor social. A esta dimensão importa acrescer um patamar de análise da experiência vivenciada pelo agente, de análise das circunstâncias concretas em que este atuou, das emoções que sentiu, da pressão psíquica que

[29] Contra, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 712. Favorável a um princípio geral de não inexigibilidade, abrindo caminho à exculpação não positivada cf. FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, pp. 460-462.

[30] PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 136-137.

[31] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 403.

experienciou, do descontrolo que essas emoções e pressão nele provocaram. Isto porque nem sempre quem atua por medo, por compaixão ou até mesmo por respeito pela vontade da vítima pode ver a sua culpa afastada[32].

Na doutrina de Augusto Silva Dias, destarte, a exculpação depende de uma análise cumulativa destes dois patamares, nenhum deles bastando por si só: compreensibilidade do motivo subjacente à ação e análise de experiência concreta vivenciada pelo agente.

A compreensibilidade não subsiste sozinha, desde logo, por decorrência da Lei Penal, nomeadamente no que respeita às previsões relativas ao homicídio e às ofensas à integridade física privilegiados, mas também porque, de outra forma, o juízo de culpa deixaria de ter em conta o funcionamento psicológico dos indivíduos concretos. Por outro lado, a pressão da experiência circunstancial concreta vivida pelo agente não vale isolada porque esta também é sentida, por exemplo, pelo agente que mata por ódio ou por vingança, que são motivos para ação que, pese embora a pressão que exercem sobre o agente, não afastam nem atenuam a sua culpa devido ao seu inerente desvalor ético-social.

Augusto Silva Dias cimenta o fundamento da exculpação na compreensibilidade arguindo, entre o mais, que a compreensibilidade dos motivos está na própria base das causas de desculpa previstas na Lei Penal, com exceção feita para as situações de inimputabilidade[33]. Entende o Autor, retomando as condições materiais que teoriza como fundamento da desculpa, que compreensível não é o erro sobre o desvalor qualificado do facto ou a situação excecional em que o agente se encontrou, mas antes o quadro ético-afetivo que aquele experienciou e que lhe bloqueou o acesso ao desvalor penal do facto e a perda de controlo emocional, as consequentes aflição e angústia que desse descontrolo decorreram e a impossibilidade ou dificuldade de motivação normativa inerentes a esses estados. Silva Dias refere ainda, à semelhança do que dissemos atrás mas relativamente ao seu critério da compreensibilidade, que a função prática do fundamento da exculpação transcende o catálogo legal das causas de desculpa, conduzindo à inclusão naquele – a qual será sempre excecional – de situações que, não cabendo na sua letra, preservam o respetivo sentido, enfatizando igualmente que o artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal, ao proibir a analogia, não se opõe a esta inclusão pois a mesma encontra-se fora do seu escopo.

2. Uma crítica à compreensibilidade e o conflito identitário ético-afetivo de natureza existencial como fundamento da exculpação

Não nos revemos no critério da compreensibilidade de Augusto Silva Dias, temperado pela ideia cumulativa de análise da pressão sentida pelo agente em resultado da experiência que viveu, em primeiro lugar, pela resposta que o Autor oferece à pergunta "compreensível para quem?"[34] que, como se compreende, é fundamental à

[32] *Idem*, pp. 407-408.

[33] *Idem*, pp. 404-406.

[34] A questão "compreensível para quem?" é bidimensional: por um lado, respeita ao critério de compreensibilidade propriamente dito e, por outro lado, questiona perante que instância é que o motivo para atuar tem de ser compreensível. Nesta segunda dimensão concordamos com Augusto Silva Dias: o motivo para

perceção e operacionalidade deste critério, encerrando igualmente a resposta sobre que motivos são compreensíveis.

Para Augusto Silva Dias, motivos compreensíveis são aqueles que "os cidadãos deliberativos, em cada momento, reconheçam como avessos ou estranhos a uma deslealdade comunicativa do agente"[35]. Num outro momento, o Autor parece clarificar este critério notando que censurar, reprovar, compreender, desculpar são atos de linguagem de que nos servimos frequentemente nas nossas relações interpessoais quotidianas para identificar e reagir aos comportamentos dos outros. Como tal, quando solicitamos a compreensão dos outros para os motivos que nos levaram a agir, por um lado reconhecemos que a nossa atuação foi errada, que o nosso comportamento violou a normatividade, mas pedimos aos outros que se identifiquem com ele, convidamo-los a empatizar connosco e a colocar-se na nossa posição sugerindo que, com algum nível de probabilidade, atuariam de forma igual. Há aqui uma ideia de identificação com o "outro generalizado"[36]. Os cidadãos deliberativos parecem materializar-se, em Augusto Silva Dias, neste "outro generalizado".

Assim, os motivos compreensíveis serão aqueles que o juiz entender que os cidadãos deliberativos – o "outro generalizado" – veem como sendo avessos a uma deslealdade comunicativa do agente. Temos alguma dificuldade em rever-nos neste critério, que parece apelar a uma espécie de bondade coletiva do setor "deliberativo" da sociedade, desde logo, porque nos parece de impossível comprovação. O juiz, na sua ponderação do caso concreto, não tem como averiguar do que é compreensível para o "outro generalizado". Como tal, o que é compreensível vai acabar por ser o que cada juiz entender como tal, aquilo que cada juiz concreto entender como sendo avesso a um desvalor comunicativo da parte do agente.

Por outro lado, estamos em crer que o critério da compreensibilidade avançado por Augusto Silva Dias padece de excessiva subjetividade. A apreciação da culpa é, por definição e como vimos já, um momento subjetivo da imputação penal. Não obstante, esta subjetividade significa tão-só que no centro da imputação de culpa tem de estar o indivíduo concreto e as suas emoções. O critério para fundamentar a

atuar tem de ser compreensível (recorrendo aqui à ideia de compreensibilidade) perante o juiz (cf. SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 408). Problematizamos, nesta fase, a primeira dimensão da questão.

[35] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 403. Silva Dias apela aqui ao conceito de "*deliberativer Personen*" de Klaus Günther, tida como a pessoa capaz de se posicionar criticamente relativamente às condutas próprias e de terceiros, sendo um posicionamento crítico, por seu turno, aquele fundamentado em razões fundamentais (*Gründe*) que, entre o mais, se caracterizam por impactarem o mundo fazendo a diferença e tendo o poder de motivar as pessoas a corrigir as respetivas condutas. A pessoa deliberativa apela a uma liberdade comunicativa (*kommunikative Freiheit*), motivando-se com base naquelas razões fundamentais após tomar parte numa deliberação discursiva, com outros ou consigo própria, confrontando tais razões com contra-argumentos. Cf. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, cit., pp. 245 ss.; "Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", in: AA.VV., *Das Recht der Republik, Festschrift für Ingeborg Maus* (hrsg.: H. Brunkhorst, P. Niesen), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, (83-104) pp. 87 ss.

[36] *Idem*, p. 406.

exculpação não pode ser de tal ordem subjetivo que fique dependente do entendimento dos cidadãos deliberativos em dado momento histórico.

Note-se ainda que fazer depender a compreensibilidade do que os cidadãos, em cada momento, têm como tal, faz do juiz refém de uma ponderação problemática. Primeiro, porque na apreciação da desculpa terá de descortinar como saber o que é que os cidadãos deliberativos têm como compreensível, o que, como notámos já, não nos parece nem verificável, nem comprovável, podendo apenas resultar numa impressão pouco segura e própria de cada juiz[37]. E, de seguida, porque pouco parece haver a fazer nos casos fraturantes em que não existe uma posição clara a ser transmitida pelos "cidadãos deliberativos".

Atente-se no seguinte exemplo: um pai, padecendo de uma doença terminal e agonizado por um sofrimento atroz, implora ao seu filho, médico de profissão, que ponha termo à sua dor, eutanasiando-o. O filho, relutante mas desesperado, acede. Numa situação como esta, estamos em crer que um setor relevante do "outro generalizado" verá o motivo subjacente ao homicídio (o amor pelo pai, o pôr termo ao seu sofrimento e o respeito pelos seus derradeiros pedido e vontade) como compreensível e de relevante valor ético-social, ao passo que um outro setor, igualmente relevante, verá o motivo como incompreensível e quererá uma punição (uns pugnarão mesmo por uma punição exemplar). Nesta situação o juiz não recebe uma posição clara do "outro generalizado" na qual fazer assentar o seu juízo e qualquer opção que tome será em detrimento da justiça percecionada por um setor relevante dos cidadãos.

A censura e a exculpação têm de assentar em critérios que, simultaneamente, confiram certeza e sejam facilmente compreensíveis por todos os cidadãos. Tendo também a sociedade como destinatária, a imputação da culpa em Direito Penal procura também contribuir para sarar a ferida aberta pelo ilícito praticado. É, portanto, imperativo que o critério para a exculpação seja compreensível por todos os cidadãos. Como tal, cremos que o fundamento da desculpa tem de assentar na ordem jurídica em si, resultando dos critérios e valores constitucionais.

Criticamos ainda o critério da compreensibilidade de Silva Dias pela forma como o Autor apela ao momento histórico da ponderação que os cidadãos deliberativos fazem do que é compreensível ou avesso a uma deslealdade comunicativa. Apelar ao que, em cada momento, as "pessoas deliberativas" creem ser compreensível ou incompreensível parece-nos acarretar algum perigo. Entrando a sociedade, por exemplo, num período histórico em que o "outro generalizado" olhe novamente o ciúme ou a desonra como compreensíveis e de relevante valor ético-social, um juiz confrontado com um homicídio passional cometido por uma pessoa que encontrou o seu parceiro ou a sua parceira na comissão de um ato de infidelidade, matando o amante ou a amante, não terá outra hipótese senão considerar a culpa do agente do facto como, pelo menos, mitigada (uma vez comprovada a pressão psíquica sentida no momento da prática do facto). Particularmente num momento em que assistimos à ascensão de movimentos modernos da extrema-direita, este perigo é real e não pode ser descurado.

[37] Relevante ainda que, na modernidade, esta impressão dificilmente poderá não ser influenciada pelo ruído *online*, nomeadamente nas redes sociais, o qual nem sempre reflete a real opinião pública.

Não queremos com isto dizer, sublinhe-se, que discordamos de Augusto Silva Dias quando este apela à necessidade de considerar os diferentes momentos históricos que as sociedades vão vivendo. Porém, o que entendemos, é que não pode ser o momento histórico do estágio da evolução social, mas sim o momento histórico da evolução constitucional. Deve ter-se em consideração, sim, os valores ético-sociais que, em cada momento, a Constituição e a ordem jurídica têm como relevantes.

Mais certeira que a ideia de compreensibilidade parece-nos o apelo à sensibilidade do intérprete e do juiz para com a falibilidade humana que encontramos subjacente às situações de desculpa previstas na Lei Penal, nomeadamente em caso de coação, necessidade ou erro moral. E é partindo destes casos tipificados na legislação que encontramos os princípios de justiça que lhes estão latentes e que oferecem fundamento à exculpação *a se*.

Na sua configuração histórica o artigo 35.º do Código Penal, que prevê o estado de necessidade desculpante, surge como o preceito gerador da ideia de escusa na ordem jurídica portuguesa. Tem sido também particularmente importante no desenho da doutrina da inexigibilidade que vem sendo vista como critério essencial da desculpa[38]. É por isso que para refletir sobre o fundamento da exculpação partimos desta causa de desculpa típica.

No n.º 1 do artigo 35.º do Código Penal, o legislador admite a exclusão da culpa do agente que atue ilicitamente para afastar um perigo para a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade. Desconsiderando, por ora, as críticas passíveis de endereçar a este elenco de bens jurídicos e o facto de no número 2 do mesmo artigo ser expressamente admitida a analogia, podemos notar que o legislador escolheu os bens jurídicos de forma cuidadosa e limitou a escusa a casos de natureza pessoalíssima. Tal permite concluir que o que torna inexigível um comportamento conforme à Lei nas situações excecionais de necessidade do artigo 35.º é a própria natureza pessoal do conflito em questão, que coloca em causa as condições de existência, dignidade e liberdade do agente. Por outras palavras, o que determina a exclusão da culpa no estado de necessidade desculpante é a motivação para atuar ter assentado na defesa e proteção das condições básicas de existência da pessoa[39]. Não está em causa uma mera colisão de bens[40], mas antes uma ameaça a bens basilares para o sentido da vida do agente ou de terceiros e às respetivas condições de existência pessoal, que acarretam para a ação um peso emocional fortíssimo.

---

[38] Neste sentido e para um estudo da evolução histórica do estado de necessidade desculpante, cf. PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 156-160. Sobre a inexigibilidade, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., pp. 703 ss. Do mesmo autor, cf. *Liberdade – Culpa – Direito Penal*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 74 ss.

[39] PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 160-162.

[40] Se estivesse em causa uma colisão de bens, o artigo 35.º do Código Penal, tal como se encontra positivado, enfrentaria sérios desafios de conformidade constitucional atenta a inexistência de um critério de proporcionalidade com que sopesar os bens em confronto. Tal não quer dizer, naturalmente, que o estado de necessidade desculpante, ainda que fundamentado na dimensão de existência pessoal e humana, não esteja limitado por imperativos constitucionais. Cf., sobre esta questão, PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 162-167.

E é esta especial natureza identitária de dignidade humana do conflito subjacente à necessidade desculpante que explica que o legislador não preveja no funcionamento do artigo 35.º do Código Penal uma ponderação da proporcionalidade entre valores ou bens em questão para que possa operar a exclusão da culpa. Atenta a pessoalidade e a natureza emocional do conflito em causa, pela própria natureza das coisas, não poderá haver desproporcionalidade entre os bens em conflito[41].

Esta ideia é reforçada pelo próprio Princípio da Culpa que, mais que um mero critério afirmativo de uma responsabilidade pessoal, tem a si subjacente a ideia já atrás explorada de censura pessoal, sendo necessário para que haja culpa que, no facto praticado, o agente tenha expressado a sua identidade enquanto pessoa. Deste modo, a desculpa também não pode ser despida de uma dimensão pessoal e identitária.

Da reflexão que fazemos resulta então que é um imperativo constitucional, derivado dos princípios da culpa e da dignidade da pessoa humana, pensar a desculpa como tendo no seu núcleo a capacidade emocional da pessoa para refletir a sua identidade plena no facto, cumulada com a ausência de circunstancialismos endógenos e exógenos extraordinários que impeçam o cumprimento do Direito. Ou seja, a culpa será excluída quando falte aquela capacidade emocional ou quando o agente haja estado na presença de circunstâncias anormais que hajam obstado ao reflexo da sua identidade no facto[42]. O Estado de Direito e de Justiça, em democracia, impõe que se questione o agente acerca das suas emoções e motivações assegurando um processo de imputação de culpa penal nos termos vistos *supra*.

Assim, partindo da análise do artigo 35.º do Código Penal, fica afastada da exculpação uma lógica de proporcionalidade numa estrita ponderação de valores, assim como fica assente a natureza emocional, existencial e identitária subjacente ao estado de necessidade desculpante. Esta natureza, aliada à consequente pressão sentida pelo agente que se vê atacado na sua identidade e existência, fundamentam a exclusão da culpa no estado de necessidade desculpante.

Coloca-se, então, a questão de saber se e em que moldes podemos alargar às demais situações de desculpa, típicas e atípicas, o raciocínio que fica exposto relativamente ao estado de necessidade desculpante. E, analisando as demais situações típicas de exclusão ou mitigação da culpa, encontramos convergências com o que vimos até aqui. Inclusivamente, encontramos contributos que nos permitem esclarecer que emoções são relevantes para a exclusão ou mitigação da culpa penal.

[41] A inserção da honra no elenco de bens jurídicos que permitem a exclusão da culpa pela operativa do estado de necessidade desculpante suscita-nos reservas. Não temos dúvidas que, de uma certa perspetiva, a honra é um elemento fundamental da vida da identidade pessoal e, consequentemente, da própria dignidade e conceção humanas. A honra permanece, a diversos níveis – social, cultural e juridicamente –, um bem de elevada importância na identidade dos indivíduos. Não obstante, no momento de aplicar o artigo 35.º e de apurar da existência de um perigo atual que a ameace, importa ser cuidadoso na interpretação do que se entende por honra e de qual a sua dimensão que está em causa e que é coberta pela norma. A ideia da honra é global e persiste entre nós uma cultura na qual a honra desempenha um papel muito importante. Porém, este é um papel moderado e democrático na sua validação coletiva que não deve ser nem negligenciado nem exacerbado.

[42] PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 165-166.

Do artigo 33.º, n.º 2, do Código Penal resulta uma exclusão da culpa para os agentes que empreguem meios excessivos em legítima defesa devido a medo ou susto não censuráveis que hajam sentido. Por seu turno, prevê o artigo 133.º do Código Penal, paradigma das circunstâncias privilegiantes, que em ordem a privilegiar-se o homicídio (ou as ofensas à integridade física, por exemplo, considerando a remissão do artigo 143.º do Código Penal), o agente tem de se ter encontrado dominado por uma compreensível emoção violenta, por compaixão, por desespero ou por um outro motivo de relevante valor social ou moral.

Todas as emoções tipificadas na Lei Penal que permitem a exclusão ou a mitigação da culpa do agente são emoções de valor ético-moral. Em nenhuma figura penal típica encontramos a possibilidade de se reduzir ou excluir a culpa do agente por este ter sido dominado, ainda que de forma arrebatadora e incontrolável, por uma emoção desvaliosa como o ódio, o ciúme ou a raiva. Deste modo, o Código Penal emana uma mensagem clara: a gradação da culpa do agente assenta numa valoração positiva das emoções por si sentidas, não bastando para a exclusão ou mitigação da culpa que aquele tenha sido dominado incontrolavelmente por um estado emotivo – é fundamental que a emoção de base seja valiosa[43].

Nestas situações de forte pressão psíquica provocada por um complexo emocional valioso, pese embora a atuação ilícita do agente, é ainda possível ver nele uma pessoa ética, que se move motivada por valores que encontram alguma universalidade como o amor ou mesmo a existência própria.

Coloca-se então a questão de saber que emoções são consideradas valiosas pela ordem jurídica. E aqui, ao invés de recorrermos a uma bitola abstrata representada pelos cidadãos deliberativos, na censura pessoal ético-afetiva competirá antes ao juiz encontrar no agente uma humanidade com a qual se relacione, reconhecendo e prestando tributo à falibilidade humana[44]. O agente não tem de refletir uma hierarquia abstrata de valores, devendo antes fazer sobressair a sua estrutura ética, a qual esteve na base da motivação do facto, o qual foi praticado pela insuperabilidade daquela estrutura sentida pelo agente, enquanto indivíduo ético, sob pena de violação da sua pessoalidade, dos seus laços afetivos e do seu complexo emocional. O núcleo da exculpação situa-se, então, na aceitação da falibilidade humana e no tributo a uma ética particular e cultural das emoções, que aceita que o sistema ético engloba uma ideia de sentido e de projeto de vida, justificada pela realização de uma vida boa e feliz.

Importa, sem prejuízo, acrescentar um outro patamar a esta ideia que fundamenta, em nosso entender, a exculpação. Isto porque, como notou também Augusto Silva Dias sobre a insuficiência do valor compreensível do motivo do facto para excluir a culpa, também o valor do complexo ético-afetivo subjacente à ação é insuficiente para, por si só, excluir ou mitigar a culpa do agente. É imperativo que essas emoções tenham restringido a liberdade de atuação do agente no momento da prática do facto. O agente, na sua atuação e derivado do complexo emocional sentido, tem de se ter visto privado de uma oportunidade justa para se decidir e motivar pelo cumprimento normativo.

[43] *Idem*, pp. 168-169.

[44] *Idem*, p. 171-172.

A liberdade é pressuposto e legitimador ético da culpa, só sendo passível de culpa o agente que atuou livremente, que tendo tido o poder de agir de forma valiosa, não o fez[45]. Só em liberdade o agente pode projetar a sua identidade no facto, pelo que faltando-lhe, total ou parcialmente, o livre arbítrio[46] para omitir a ação, não pode haver imputação de um juízo de culpa, ou esta tem de ser graduada em conformidade[47].

Circunstâncias haverá em que, devido à situação de profundo conflito emocional e existencial em que se encontrou, ao agente faltou a liberdade para aceder aos valores gerais, abstratos, objetivos e impessoais do Direito, bem como a justa oportunidade para modificar tal quadro ético-afetivo[48]. Similarmente, por motivos relevantes, o agente pode ter sido privado, por um motivo que não lhe seja imputável, de uma justa oportunidade de desenvolvimento da própria identidade pessoal em conformidade com os valores sociais e da ordem jurídica[49].

Nestas situações está em causa um verdadeiro problema de liberdade relativo à eticidade de se responsabilizar penalmente alguém, por um lado, sem efetivamente se averiguar do seu livre arbítrio e, por outro lado, existindo inclusivamente fortes suspeitas de que não houve liberdade nem na prática do facto, nem na própria formação da vontade ou desenvolvimento da identidade pessoal.

---

[45] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 148.

[46] Sobre a matéria da liberdade e a respetiva relação com a culpa cf., entre nós, as monografias fundamentais PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 33 ss. e FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade*, cit., pp. 21 ss. e 117 ss.. Cf. também WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 142 ss.; HARTMANN, Nicolai, *Ethik,* 4.ª edição, Berlin: Walter de Gruyter, 1962, pp. 621 ss.

[47] Não havendo espaço no presente trabalho para se apreciar as correntes filosóficas subjacentes a esta posição, note-se apenas que Descartes, em carta enviada à Rainha Cristina da Suécia a 20 de novembro de 1647, escrevera que só o que depende da vontade pode ser punido ou recompensado. Cf. DESCARTES, "Descartes a Christine de Suéde – Egmond, 20 novembre 1647", in: *Oeuvres de Descartes, vol. V: correspondance, Mai 1647 – Février 1650* (org.: C. Adam, P. Tannery), Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1896, (81-86.) p. 84. V., do mesmo autor, "Quarta meditação: do verdadeiro e do falso", *Meditações Metafísicas* (tr. pt. António Sérgio), Coimbra: Imprensa da Universidade, 1930, (69-84).

[48] PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., p. 208. Trata-se de casos, por exemplo, como o de um pai que, com manifesto álcool excessivo no sangue, instintivamente conduz o seu automóvel para socorrer o seu filho ou a sua filha após um acidente que o ou a vitimou com seriedade. Pese embora o agente tenha desenvolvido a sua identidade pessoal em conformidade com os valores subjacentes à ordem jurídica, perante um telefonema de um filho gravemente acidentado (ou mesmo de um hospital a dar conta da notícia), vê posta em causa a sua identidade, encontrando-se numa situação de conflito ético-afectivo existencial que o pode colocar sob pressão excessiva e inultrapassável, privando-o da justa e livre oportunidade de acesso aos valores do sistema. Movido pelo profundo amor pela família, o agente age criminosamente mas com a sua liberdade de ação cerceada pela pressão emocional sentida.

[49] Estas situações reportar-se-ão, por exemplo, aos agentes enraizados em culturas significativamente díspares daquela da sociedade de acolhimento que, recém-chegados e/ou sem que hajam tido justas e efetivas oportunidades de integração, praticam crimes motivados, não raras vezes, por valores de relevo valor sociojurídico e por se encontrarem numa situação de clausura identitária, refugiados em práticas culturais da sua comunidade de origem, cujo esquema de valores nelas está refletido. Note-se, nomeadamente, como na base de práticas altamente reprováveis como a mutilação genital feminina ou os homicídios por motivo de honra se encontram valores como o amor pela família e a vontade de integração social e comunitária, ainda que os nossos olhos e sentimentos ocidentalizados os vejam como perversões desses valores.

V. Em busca de um padrão comparativo de abstração para exclusão da culpa

Questão distinta da que vimos até aqui é a que se prende com o critério para aplicar a norma de desculpa e o seu fundamento de sentido. Tradicionalmente, procura-se aqui um padrão individualizante que permita uma abstração da desculpa, retirando o agente do plano do caso concreto e comparando o seu poder de atuação livre e de motivação pela norma com um poder de referência. Tal padrão, por definição, não se confundiria com o agente concreto nem resulta das normas positivadas, antes tratando-se de um mediador normativo à disposição do juiz para estabelecer uma relação comunicativa entre a ordem jurídica e o agente na procura da medida da culpa deste último[50]. Em suma, este critério de abstração estabeleceria um nível de dever-ser relativamente às representações, emoções e atitudes que a ordem jurídica exige.

Vários critérios de abstração foram sendo formulados para proceder ao juízo comparatístico na determinação da culpa do agente, entre os quais encontramos os critérios do "homem médio" (*Durchschnittsmenschen*)[51], da "pessoa honesta ou normalmente fiel ao Direito"[52], da "*reasonable person*"[53] ou da "*person of reasonable firmness*"[54].

Alinhados com Augusto Silva Dias[55], rejeitamos estes critérios que, de um modo geral, são passíveis das mesmas críticas. Por um lado, trata-se de critérios objetivos que ignoram a distinção entre culpa e ilicitude[56]. Critérios de abstração objetivos são

[50] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 409-412.

[51] MEZGER, Edmund, BLEI, Hermann, *Strafrecht: ein studienbuch*, 11.ª edição, München & Berlin: Beck, 1965, pp. 148-149; KOHLRAUSCH, Eduard, "Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung", in: AA.VV., *Festgabe für Dr. Karl Güterbock: zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages*, reimp., Aalen: Scientia, 1981, (1-34) pp. 25-26; JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª edição, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, pp. 410-411

[52] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., pp. 710-711.

[53] Critérios desta natureza surgem no século XIX na *Common Law* quando, no caso *R v Welsh*, de outubro de 1869 (11 Cox CC 336), o *Central Criminal Court* de Inglaterra recorreu ao critério do "*reasonable man*" para decidir da mitigação da culpa pela *provocation defense*, reformulado no século XX para o termo neutro "*reasonable person*". Cf. BRONITT, Simon, "Visions of a Multicultural Criminal Law: An Australian Perspective", in: AA.VV., *Multicultural Jurisprudence, Comparative Perspectives on the Cultural Defense* (org.: M.-C. Foblets, A. D. Renteln), Oxford & Portland: Hart, 2009, (121-144) p. 122.

[54] ALEXANDER, Larry, FERZAN, Kimberly, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 147-148.

[55] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 412-413.

[56] Recorde-se que a diferença entre ilicitude e culpa surge no Direito Civil pela pena pioneira de Jhering que, estudando a atuação do terceiro possuidor de boa-fé que, inconscientemente, viola o direito de propriedade de outrem, demonstrou ser possível a existência de ilicitude sem a presença de culpa (cf. JHERING, Rudolph**,** *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Gießen: Roth, 1867, pp. 4-8). Tal conduziu à cisão dos conceitos, competindo à ilicitude e à justificação do facto a apreciação da responsabilidade objetiva do agente, reservando-se para a culpa e para a desculpa um papel subjetivo e pessoal de responsabilização. Ao passo que a ilicitude afirma uma responsabilidade objetiva pela prática do facto, a culpa afirma a responsabilidade pessoal de determinado agente por tal facto. Deste modo, a justificação do facto (exclusão da ilicitude) terá lugar quando estiver em causa a delimitação direitos, isto é, quando a ordem jurídica entender que o ato do agente, ainda que formalmente violador de uma norma jurídico-penal, não é proibido, antes configurando o exercício e a expressão de um direito seu em resposta a uma agressão

típicos de processos de imputação objetiva e de justificação do facto. Padrões comparatísticos como o da "pessoa média" ou da "pessoa razoável colocada na posição do agente", adequados a juízos sobre a ilicitude do facto, não são capazes de prestar tributo às exigências de individualização da culpa, que procura censurar o agente concreto e não uma figura abstrata alheia às especificidades daquele.

Por outro lado, estes critérios recusam relevância jurídica à falibilidade humana e às especificidades do caso concreto, apenas permitindo ao juiz analisar a moralidade social dominante subjacente aos valores do ordenamento jurídico. Deste modo, são inadequados à configuração da culpa em sociedades multiculturais, constituídas por formas de vida e perceções díspares acerca da razoabilidade de atuações e reações, afirmando-se como padrões discriminatórios e etnocêntricos e, consequentemente, violadores do princípio da igualmente. O padrão de medida que instituem é o das atitudes e representações do que se tenha por um "homem médio" ou por um "cidadão fiel ao Direito", desconsiderando as representações e complexos emocionais de outros grupos. Tratam, portanto, das representações do grupo dominante: o homem caucasiano, heterossexual e cisgénero. Assim, em vez de permitirem ao juiz questionar os seus preconceitos sobre as minorias, estes critérios de pessoa (ou antes, homem) média ou razoável acabam por operar como veículos para os justificar e validar[57].

---

ilícita perpetrada por um terceiro contra si sem que haja um qualquer dever de o agente a suportar. O ato defensivo é um direito seu, pelo que a ordem jurídica o valora positivamente, o que implica a universalização deste entendimento e a mutação do valor do ato transformando o ilícito em lícito. Por seu turno, na desculpa do agente (exclusão da culpa) está em causa a desvinculação da pessoa do seu próprio ato ilícito, centrando-se o foco nas condições ou circunstâncias em que o arguido atuou. Não havendo qualquer delimitação de direitos, o que se procura descortinar é se, uma vez equacionado o contexto endógeno e exógeno em que o agente atou, é justo puni-lo. Dizendo a desculpa respeito à pessoa concreta do agente e não ao facto praticado, mesmo que aquele seja desculpado, o ato permanece ilícito não havendo qualquer validação do mesmo à luz do Direito.

Cf., sobre o tema, PALMA, Maria Fernanda, "Justificação penal: conceito, princípios e limites", in: AA.VV., *Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, (49-85) p. 51; "A teoria do crime como teoria da decisão penal (reflexão sobre o método e o ensino do Direito Penal)", *RPCC* 4 (1999), (523-603) pp. 583-585; *O Princípio da Desculpa*, cit., p. 150; "Justificação em Direito Penal: conceito, princípios e limites", in: AA.VV., *Casos e materiais de Direito Penal* (org.: M. Fernanda Palma, C. Pizarro de Almeida, J. Manuel Vilalonga), 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009, (109-138) pp. 110-111; *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 5.ª edição, Lisboa: AAFDL, pp. 263 ss.; RAUL ZAFFARONI, "Culpabilidad y vulnerabilidad social", cit., p. 231; TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais – Teoria Geral do Crime*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 492; MOORE, Michael S., "Causation and the excuses", *Calif. Law Rev.* 4 (1985), (1091-1149) p. 1096; KADISH, Stanford H., "Excusing Crime", *Calif. Law Rev.* 1 (1987), (257-290) p. 258; GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, pp. 204-207; HART, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 13-14; LACEY, Nicola, "Community, Culture, and Criminalization", in: AA.VV., *Criminal Law & Cultural Diversity* (org.: W. Kymlicka, C. Lernestedt, M. Matravers), New York: Oxford University Press, 2014, (47-66) p. 57; LERNESTEDT, Claes, "Criminal Law and 'Culture'", in: AA.VV., *Criminal Law & Cultural Diversity* (org.: W. Kymlicka, C. Lernestedt, M. Matravers), New York: Oxford University Press, 2014, (15-46) pp. 28-29; NUOTIO, "Between Denial and Recognition", cit., pp. 82-83.

[57] MORAN, Mayo, "The Reasonable Person and the Discrimination Inquiry", in: AA.VV, *Accommodating Cultural Diversity* (ed.: S. Tierney), Aldershot: Ashgate Publishing, 2007, (147-165) p. 159.

A adoção de critérios objetivos para a culpa falha inclusive na sua promessa de consistência, pois, a indeterminação de quem seja a "pessoa razoável", a "pessoa média" ou a "pessoa normalmente fiel ao Direito" levará, entre os juízes, a uma oscilação entre a aplicação de um padrão puramente objetivo que rejeita as características específicas do agente e de um padrão objetivo, mas relativamente subjetivizado, que aceita considerar determinados aspetos da personalidade do agente, conduzindo a discricionariedade e insegurança relevantes[58]. E para além de indeterminados, estes padrões fictícios também são, cremos, inverificáveis, implicando que o juiz suponha o comportamento que tais supostas pessoas teriam no caso concreto. O juiz não tem como constatar como seria a reação – inclusivamente, emocional – de uma pessoa normalmente fiel ao Direito colocada na situação em que o agente se encontrou, não se nos afigurando legítimo fazer assentar em suposições e presunções incertas um juízo de censura penal.

Num juízo de censura pessoal é fundamental atender às características subjetivas e pessoais do agente concreto. Todas as pessoas são diferentes entre si, apresentando estruturas morais, emocionais e psicológicas próprias. A pressão emocional que uma pessoa média ou uma pessoa normalmente fiel ao Direito é capaz de aguentar, não é necessariamente a mesma que um outro sujeito, individualmente considerado, consegue suportar. Por trás de um conceito abstrato de agente, está uma pessoa concreta, diferenciável pelas suas características psicológicas, sociológicas e etnológicas[59]. Apreciar a culpa do indivíduo tem de significar apreciar a culpa de uma pessoa concreta, com uma história, limitações e condições próprias.

1. O critério do "tipo social do agente" de Augusto Silva Dias: uma crítica

Partilhando destas e de outras críticas, Augusto Silva Dias repudiou estes padrões comparativos objetivos e, procurando um padrão de compreensibilidade que respondesse à questão "a ação do agente é compreensível tendo em conta o quê?"[60], desenvolveu o critério particular do "tipo social do agente"[61] para aferir da não censurabilidade

[58] BRONITT, Simon, "Visions of a Multicultural Criminal Law: An Australian Perspective", in: AA.VV, *Multicultural Jurisprudence, Comparative Perspectives on the Cultural Defense* (org.: M.-C. Foblets, A. D. Renteln), Oxford & Portland: Hart, 2009, (121-144), pp. 122-123; WELLS, Celia, QUICK, Oliver, *Lacey, Wells and Quick Reconstructing Criminal Law: Text and Materials*, 4.ª edição, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 113.

[59] BEKAERT, Herman, *Théorie générale de l'excuse en Droit Pénal*, Bruxelles: Émile Bruylant, 1957, p. 14; RADBRUCH, Gustav, *La Naturaleza de la Cosa como Forma Juridica del Pensamiento* (tr. es. Ernesto Garzón Valdés), Universidad Nacional de Cordoba, Cordoba, 1963, pp. 116-117.

[60] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 408-409.

[61] SILVA DIAS, Augusto, "Faz sentido punir o ritual do fanado?", cit., pp. 227, 237; *"*Delicta in se*" e "*delicta mere prohibita*"*, cit., pp. 729-732; "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror", in: AA.VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (org.: M. da Costa Andrade, M. João Antunes, S. Aires de Sousa), Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, (207-254) pp. 247-248; *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL (policopiado), 2007, pp. 67-68; "Acidentalmente dementes?", cit., pp. 67-80; "O multiculturalismo como ponto de encontro", cit., p. 26; *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 414-417.

(da compreensibilidade) dos motivos da ação. Este critério, por oposição aos padrões generalizantes, é ajustável, prestando tributo à individualidade da culpa[62], operando como mediador normativo que, não coincidindo inteiramente com o agente enquanto indivíduo, é construído a partir dele e fornece ao juiz uma identidade social e juridicamente relevante que traça, ao mesmo tempo, os limites da imputação. Assim, na doutrina de Augusto Silva Dias, haverá culpa quando o agente atuar em desconformidade com o padrão comportamental esperado das pessoas do seu tipo social, que se reconstrói a partir das características socialmente relevantes do agente como a idade, a filiação étnica, a cultura, o grau de escolaridade, o grau de integração política e social, o nível de participação cívica, os contactos cosmopolitas, a profissão, o meio social em que se encontra inserido.

O critério avançado por Augusto Silva Dias demarca-se bem dos critérios que confundem culpa e ilicitude, olhando às características subjetivas do agente e trazendo o indivíduo para o centro do processo de imputação da culpa. Porém, apenas o faz parcialmente. Com o critério do tipo social do agente apenas se olha às características do agente tidas como socialmente relevantes, desligando-nos das idiossincrasias da sua personalidade, da sua história de vida, da sua consciência íntima e do seu foro interno[63]. Com este critério, recusamos prestar tributo à falibilidade e fragilidade das pessoas, ignoramos as suas histórias e o impacto emocional que as mesmas têm, não colocamos o agente como um todo no centro da exculpação e optamos por olhar à forma como supomos que atuaria um indivíduo-padrão ficcionado e indeterminado.

Por outro lado, o critério do tipo social do agente parece-nos insuficiente, inclusive, para apreciar a exclusão ou mitigação da culpa de uma das tipologias de casos a partir da qual Augusto Silva Dias constrói o seu critério: os casos de homicídio do tirano doméstico pela mulher maltratada[64]. A culpa dos e das sobreviventes de violência doméstica, nestes casos, só pode ser apreciada à luz da sua história e do impacto da mesma na gestão emocional. Uma pessoa do tipo social do agente não tem o passado de abusos e violência que o agente tem. Como tal, bem como noutros casos de intensa pressão e perturbação emocional, analisar o facto praticado e os motivos subjacentes ao mesmo sob a lupa da forma como reagiria uma pessoa do tipo social do agente ao invés da forma como reagiria uma pessoa do tipo social do agente com a sua história de vida e o seu *background* emocional, redunda em injustiça e incumprimento do preconizado pela culpa, pois apenas estes últimos aspetos permitem sopesar cabalmente o profundo, danoso e duradouro impacto que têm os abusos a que o agente sobreviveu.

---

[62] Na *Common Law* encontramos tentativas de desenhar um padrão algo mais subjetivo e próximo do agente concreto em critérios como os do "*ordinary man who has the same characteristics as the man in the dock*", desenvolvido pelo *Supreme Court of Victoria* (cf. *R v Dincer* – [1983] 1 VR 460), ou o do "*reasonable and sober person of her brother's age, religion and sex*", desenvolvido pelo *Nottingham Crown Court* em maio de 1999 (cf. *R v Shazad, Shakeela and Iftikhar Naz*). V. PHILLIPS, Anne, "When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts", *Mod. Law Rev.* 4 (2003), (510-531) pp. 525-526.

[63] Como é, note-se, objetivo do critério assumido por SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 415.

[64] SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 414-415.

2. A imprescindibilidade da pessoa emocional: a exculpação centrada nas emoções e o desafio à imprescindibilidade de um critério comparativo

Excluir ou mitigar a culpa da pessoa concreta não é desculpar a pessoa travestida de um homem médio, de um homem fiel ao direito ou sequer de uma pessoa do seu tipo social. É antes fazê-lo em relação a uma pessoa concreta, com uma história e um projeto de vida e limitações próprios[65]. Não basta à culpa e à desculpa procurar traduzir no sistema ético-afetivo do agente os valores abstratos do Direito. É fundamental valorar a sua natureza emocional, as suas identidade e dignidade, o seu projeto existencial de vida, o seu desenvolvimento pessoal e a sua justa oportunidade de acesso aos valores.

A desculpa, como a configurámos *supra* no seu duplo fundamento, não permite que na sua apreciação se recuse relevância a características como a história de vida do agente, o seu *background*, o seu projeto existencial de vida ou o seu desenvolvimento pessoal. Estas são precisamente as questões que estão em causa na culpa e na desculpa. Se a culpa assenta na apropriação pelo agente do desvalor do facto, este é culpado porque o facto se enquadra na sua história e projeto de vida e o seu desenvolvimento pessoal lhe impunha uma escolha pelo cumprimento da norma, não tendo havido uma pressão ético-afetiva valiosa que lhe haja restringido a oportunidade justa de acesso aos valores. Por outras palavras, identifica-se uma deslealdade comunicativa porque o agente para além, de ser capaz de culpa e de ter identificado o desvalor qualificado do facto, depois de analisadas todas as suas características sociais e emocionais, não foi identificada nenhuma circunstância excecional relevante que obste à imputação de um juízo de culpa.

Acreditamos que Augusto Silva Dias[66] arguiria contra nós em diversas frentes defendendo brilhantemente não só a necessidade de um padrão de abstração, como o seu padrão de abstração: (i) afirmaria que o critério comparativo para aferição da culpa não se pode confundir com o sujeito da culpa, não podendo o agente ser medida da sua própria culpa; (ii) dir-nos-ia também que pretendemos que o juiz conheça o que não pode conhecer, pois limitações próprias do conhecimento humano fazem com que o juiz não consiga apreender a vida consciente do arguido nem os traços da sua biografia relevantes para a explicação do facto; (iii) notaria que a prova da biografia e da identidade do agente seria inaceitável por redundar numa devassa da intimidade do agente intolerável num Estado de Direito, uma vez que a consciência, a vida íntima e a biografia próprias a cada um de nós pertencem, encontrando-se vedadas aos poderes do Estado; e (iv) dir-nos-ia ainda que a distinção entre Direito e Moral vedam o nosso modelo de exculpação, pois o objeto da administração da justiça feita pelo juiz enquanto terceiro imparcial em representação do Estado é a atitude exteriorizada do agente e não a sua personalidade[67]. A distinção entre Direito e Moral não exige que o agente

[65] PALMA, *O Princípio da Desculpa*, cit., pp. 230-231.

[66] Cf. SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 409-412.

[67] A esta última crítica de Augusto Silva Dias respondemos já atrás quando escrevemos que acreditamos que os critérios para a existência de lealdade ou deslealdade ao Direito são diferentes, pois se é juridica-

se condene a si próprio internamente e ao contrário da culpa moral, a culpa jurídico-penal não depende da experiência interna emocional.

Por nosso turno, responderíamos ao nosso saudoso Mestre que o que é juridicamente espectável dos agentes não é que sejam super-homens nem que atuem de forma sobre-humana. O Direito, e em particular o Direito Penal, tem como destinatários pessoas humanas que têm emoções, relações, identidades e existências. Quando censuramos pessoalmente alguém, quando procuramos saber se o agente fez seu o facto praticado, todos estes fatores têm de ser considerados pelo Direito Penal da culpa. Portanto, se aceitássemos que o agente em si não pode estar no centro da aferição da exculpação como está no centro da culpa, à uma, perderíamos uma parte importante de subjetividade da culpa penal e, à outra, exigiríamos o inexigível dos agentes: que se comportassem como seres desprovidos de emoções e afetos na sua motivação pela normatividade, pois esse seria o padrão segundo o qual seriam avaliados em sede de culpa penal. Um padrão comparativo de abstração que surgiria perante nós como uma mera formalidade que despersonaliza a imputação da culpa e obsta a um adequado cumprimento da imputação subjetiva.

E não cremos que seja impossível o juiz tomar conhecimento das características pessoais do agente. A prova é possível pelo recurso, entre o mais, a peritagens psicológicas e etnológicas, a testemunhas e analisando-se a personalidade demonstrada pelo agente ao longo da vida. Tal permitiria, nomeadamente, o conhecimento do nível de integração cultural e axiológica do agente, dos seus projetos existenciais de vida, do seu padrão comportamental, dos eventos potencialmente marcantes e/ou traumáticos que tenha vivido e da sua estrutura ético-afetiva, reconstruindo-se uma sua biografia social e emocional.

Igualmente não nos parece que daqui resulte uma devassa da esfera íntima do agente pelo poder público, uma vez que a própria conformação da culpa enquanto censura pessoal requer um certo acesso à esfera de pessoalidade do agente. De outra forma não se cumpre a culpa em conformidade não só com o Princípio da Culpa, mas também com os próprios Estado de Direito, Democracia e Justiça. E se é verdade que o Estado tem aqui acesso a informação da esfera íntima do agente, é igualmente verdade que ao agente tem de ser dada a oportunidade de se defender invocando os elementos da sua intimidade que tenha por relevantes, carregando-os voluntariamente para o processo a fim de esclarecer o porquê de não ter sido livre na sua atuação, exigindo a sua inocência e clamando por Justiça.

O critério do tipo social do agente, afigura-se-nos, destarte, insuficiente. A exculpação não pode deixar de assentar num critério que, fundamentado numa ética das emoções, releve o facto de o dever normativo imposto sobre um grupo depender, ao nível individual, de um elemento motivacional influenciado pelas emoções experienciadas pelo agente. Assim, a exculpação exige que se abrace a pessoa emocional e que se releve tanto o tipo social como o tipo emocional do agente, sem, porém, o

---

mente irrelevante a adesão interna do agente à norma aquando do respetivo cumprimento, o motivo para o incumprimento não pode ser irrelevante, havendo algum nível de coincidência entre culpa moral e culpa penal.

travestir de um *standard* abstrato e externo que despersonalize o processo de imputação da culpa e da desculpa. Em suma: se a formalidade do padrão comparativo fosse realmente imprescindível, este não poderia deixar de ser um do tipo social e emocional do agente.

Conclusão

A pessoa humana é apenas isso mesmo: humana. E ditam as consequências da sanção penal e os fundamentos éticos da culpa e da desculpa que o Direito Penal não a olhe como algo que não é: sobre-humana. Assim, a censura penal tem de colocar a pessoa no centro da responsabilidade por culpa olhando-a no seu todo – com as suas fragilidades, com as suas emoções, com os seus conflitos identitários e existenciais –, assegurando uma censura verdadeiramente pessoal e garantindo que quando aplica uma pena, a aplica a alguém que efetivamente se apropriou do mal praticado e na medida dessa mesma apropriação.

Deste modesto diálogo que procurámos desenvolver com o nosso saudoso Mestre Augusto Silva Dias, resulta que o Autor procurou dar cumprimento a uma conceção de culpa adequada às sociedades multiculturais democráticas recorrendo a um critério de exculpação assente na compreensibilidade do complexo emocional e motivacional que conduziu o agente à prática do facto, o qual padronizou olhando à forma como atuaria um indivíduo abstrato do tipo social daquele mesmo agente.

Respeitosa e modestamente distanciámo-nos deste critério de compreensibilidade e do padrão do tipo social do agente. Relevamos as emoções e a individualidade do agente onde Augusto Silva Dias as rejeita. Acreditamos que na exculpação não podemos negar relevância ao tipo emocional do agente concreto e que é fundamental apreciar, ainda que, por vezes, para lá do expressa e literalmente previsto na Lei, os conflitos ético-afetivos experienciados pelo agente, quando existam, que o podem colocar sob excessiva e inultrapassável pressão, privando-o da justa e livre oportunidade de acesso aos valores do sistema. De outra forma, incumprimos com o Princípio da Culpa, com o Estado de Direito Democrático e com a Justiça.

Bem sabemos que este modesto contributo para a discussão da culpa e da desculpa no Direito Penal das sociedades multiculturais e democráticas não pode não ficar aquém do brilhantismo de Augusto Silva Dias, a cuja magnífica obra sempre regressaremos. Resta-nos deixar uma última palavra de grande saudade, esperançosos de que o Senhor Professor aprecie o nosso trabalho. Até sempre, Augusto.

CRIMES AGAINST RELIGION AND THE RULE OF LAW

Maria Fernanda Palma*

SUMMARY: Justificação; Introduction; I. The theory; II. Contribution of the Venice Commission to the Council of Europe on crimes against religion; III. New questions. Conclusions.

Justificação

O artigo que homenageia o meu colega e sempre amigo Augusto Silva Dias foi escrito em inglês desde logo na sua versão original. Trata-se de uma sistematização de ideias que fui levada a fazer no âmbito de funções que exerci até 2015 na Comissão da Democracia através do Direito, a chamada Comissão de Veneza. O tema do artigo tem uma relação estreita com a obra de Augusto Silva Dias relativamente aos Crimes culturalmente motivados e apesar de ter sido publicado na sua parte essencial num livro comemorativo dos 30 anos dessa Comissão em 2020, pareceu-me ter uma relação estreita com a investigação que a morte prematura de Augusto Silva Dias interrompeu.

No texto, que agora apresento fiz alguns desenvolvimentos relativamente à sua primeira publicação, exatamente para enfrentar a questão final de saber se a constituição de nós mesmos não justifica uma mais enérgica proteção nas sociedades democráticas.

É esse pequeno desenvolvimento que espero continuar no futuro que mantém o *continuum* do pensamento que o nosso Colega introduziu no IDPCC e no CIDPCC com tanta autenticidade e espírito científico. Essa identidade científica para que tanto contribuiu deve ser cultivada no futuro sobretudo pelos jovens investigadores do CIDPCC.

Introduction

The subject "crimes against religion and the Rule of Law" can be analysed by addressing certain key questions, which can be roughly divided into the following three general issues:

The first and basic issue is what must be protected in order to defend freedom of religion in a state where religion and politics are separate. The second issue is the question of the hypothetical constitutional duty to use criminal law to protect freedom

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais. Coordenadora do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais. Ex-Membro da Comissão de Veneza por Portugal (2007-2015).

of religion as a fundamental right. The solution to this will depend on how we answer the first question above.

The third issue is what balance should be struck between freedom of religion and freedom of speech in a state governed by the Rule of Law.

Although these are not three isolated questions, we can attempt to answer them separately due to their logical autonomy.

I. The theory

1. The first question

A democratic and constitutional state is founded on the principle of the separation of law, public power and religion. The state is designed to guarantee freedom, self-satisfaction of interests as defined by each individual and preservation of a community of common interests.

Religion can only be legally protected as a matter of self-identification, of freedom of conscience and of self-development of the personality. Neither the concept of a religion nor the validity of each particular religion, nor the Enlightenment's idea that religion could be an instrument of social cohesion, can fall within the protective functions of the democratic state governed by the Rule of Law.

Freedom of religion is thus a value only by reason of individual self-fulfilment and a person's cultural freedom and is not an absolute value in itself. The state has the duty to guarantee a person's freedom to be religious and to express his religion to others.

Therefore, we can consider that restricting fundamental rights and freedoms through criminal sanctions is justified whenever someone wrongs or offends that religious freedom so defined. The fundamental value is the role of religion in the personality of citizens, since freedom of conscience, dignity of the human being and other values concerning the person are the reason behind, and the goal of, a democratic state governed by the Rule of Law.

One should note, for this purpose, that we are considering a common model embedded in the International Law of the Universal Declaration of Human Rights rather than a particular or historical context.

2. Based on the logic of the constitutional state, governed by the Rule of Law, the answer to the second question can be both general and abstract. Adopting this point of view, we can put forward the principle that the goal of protecting fundamental rights does not require every offence against freedom of religion to be criminalised, as it is important to determine whether criminal sanctions are appropriate and proportional to such attacks.

Only a retributive conception of criminal sanctions could justify such a duty to make every attack on the freedom of religion a crime.

As a matter of fact, freedom of religion might be regarded not only as a subjective right, but also as an objective good or interest of the state, and therefore in some, or even several, cases it might not be necessary to punish, but only to forbid and to

protect the freedom of religion by other social measures, for example by promoting certain policies.

However, when the core of a freedom is seriously jeopardised, the democratic legislator may legitimately choose to regulate such situations through the use of criminal sanctions.

Even if one considers the recommendation of the Venice Commission and of the Council of Europe on the need for criminal sanctions for serious attacks on religion[1], this does not lead us to necessarily conclude that a blanket imposition is required for all incidents and specific situations. We can thus assume that using criminal law to prevent such attacks is only a political decision in a cultural context of our historical experience at the present moment.

Further insights on how to best answer our question arise if we understand the features of the present moment that justify the imposition with regard to freedom of religion. If these features change, then we can change our understanding of the legitimacy of such an imposition.

If we look at such impositions in their historical context, we can see that the need to punish serious offences is always related to protecting minorities, preventing violence and political conflicts, and preventing serious violence against certain groups of the population.

However, it would not be correct to state that a profound development of the self has always been at the heart of political decisions regarding criminal punishment for serious attacks on religious freedom.

On the other hand, we can distinguish between the ultimate ratio justifying a duty to adopt criminal sanctions to guarantee freedom of religion – as a means to prevent violence and conflict – and a weaker justification applied when we are dealing with social activities and other freedoms – such as freedom of speech – where the problem is how to draw the boundaries between freedom of religion and other freedoms or social goals.

Where freedom of religion is offended in the exercise of other rights and while balancing other social goals, we may, in fact, question whether the intervention of criminal law is the best solution.

To conclude this first analysis, we can accept two ideas:

First, there is no abstract and absolute duty to use the law to apply criminal sanctions on attacks on the freedom of religion, as this will depend on the nature and social context of the attack.

[1] Venice Commission, CDL-AD (2008), *Report on the relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of regulation and prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred*. The Venice Commission stated that the Parliamentary Assembly – noting that, in the past, national law and practice concerning blasphemy and other religious offences often reflected the dominant position of particular religions in individual states – has considered that "in view of the greater diversity of religious beliefs in Europe and the democratic principle of the separation of state and religion, blasphemy laws should be reviewed by member states and parliaments" and that "blasphemy, as an insult to a religion, should not be deemed a criminal offence. A distinction should be made between matters relating to moral conscience and those relating to what is lawful, and between matters which belong to the public domain and those which belong to the private sphere."

Second, a criminal law solution is considered necessary where there is evidence of minorities being sacrificed, or of violence or a rupture in society.

3. The third question is related to the balance between freedom of religion and other freedoms or social values.

Can we, for instance, criminalise attacks made in the press or in speeches against the religion of others without restricting fundamental rights or acting against the Rule of Law in a democratic state?

By putting the question in these terms, we are compelled to recognize that the value of criticism and of freedom of expression cannot be suppressed to satisfy the rights of each religious person or group.

However, if we balance the two rights by attempting to harmonise them and simultaneously protect their core content, we can see some important distinctions.

First, no one has the right to impose ideas or to self-affirm through violence or by destroying the free and peaceful expression of others. Second, freedom of criticism cannot be classified as true violence. Third, both the cultural expression of a religion and the normal exercise of freedom of expression must be separated from the psychological effect they may produce in certain contexts – this means we cannot forbid the exercise of freedoms because they might produce negative effects, whenever this depends on the subjectivity of the receptors of these expressions[2].

To give some examples, one could say that neither criticism through pictures of Muhammad or the Pope nor, at the other extreme, the potential aggressive effect of minarets on some persons with the Christian faith are considerable attacks on fundamental rights.

4. The questions I have been discussing concern the logical conditions under the Rule of Law for criminalising offences against religion, but we must not forget the inverse question on the legitimacy of criminalising religious practices and objective expressions of freedom of conscience.

A case heard in the United States Supreme Court[3] concerning Native Americans that consumed drugs in a ritual – a practice that violated the ban on consuming drugs in US territory – is a good example for the purpose of our analysis. Sometimes, a certain conduct has different meanings and can be regarded as the exercise of a ritual, on the one hand, or as a crime, on the other.

Deciding whether such conduct is a religious ritual or simply a crime depends on the reason for the prohibition and criminalisation, but also on the proportionality of the response.

In my opinion, the Supreme Court judges who argued that religion should prevail over crime in this case were right to do so, because the harm to society from consumption

[2] There is an important difference between Dworkin, R. and Waldron, J. on this issue, WALDRON, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, The Oliver Wendell Holmes Lectures, Cambridge: Harvard University Press, 2012, pp. 173-203.

[3] Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

of the drug peyote was not as great as the consumption of drugs might be under other circumstances. Nonetheless, further discussion of this case, considering more circumstances and arguments, is certainly possible.

My intention in referring to this type of case is only to remind us that protecting freedom of religion through criminal law can be achieved by not classifying the expression of freedom of religion as a crime in certain circumstances.

II. Contribution of the Venice Commission to the Council of Europe on crimes against religion

1. The Venice Commission made an important contribution in finding answers to problems regarding offences against religion in democratic societies. Several reports were written on that subject, including one on the relationship between freedom of expression and freedom of religion – the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred – with a useful appendix of European national laws, published by the Council of Europe in September 2009[4].

The Venice Commission adopted several documents on these matters during its 76th Plenary Session in 2008 and, in the same year, in cooperation with the Hellenic League of Human Rights, organised an International Round Table on "Art and Religious Beliefs: from collision to co-existence", in Athens.

It is useful to recall the conclusions of the first document concerning criminal law. The Venice Commission stated that "incitement to hatred, including religious hatred, should be the object of criminal sanctions as is the case in almost all European States, with the only exceptions of Andorra and San Marino. The latter two States should criminalise incitement to hatred, including religious hatred" and, in the Commission's perspective, "it would be appropriate to introduce an explicit requirement of intention or recklessness, which only few States provide for".

The Commission explained that "it is neither necessary nor desirable to create an offence of religious insult (that is insult to religious feelings) simpliciter, without the element of incitement to hatred as an essential component".

Thus, for the Commission, in order for criminalisation to be necessary, two main requirements must be fulfilled: an objective element of incitement to religious hatred and a subjective element, an intention (or recklessness) to give that meaning to the conduct. On the other hand, it is quite clear to the Commission that mere insult to religious feelings without this religious hatred and sufficient intention should not be criminalised.

The Commission concludes that "the offence of blasphemy should be abolished (which is already the case in most European countries) and should not be reintroduced".

[4] Venice Commission, CDL-STD (2010)047, *The relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, Science and Technique of Democracy, No. 47.

2. Regarding the extension of powers of the criminal legislator, the Commission adopts what we can describe as the principle of necessity of criminal intervention, based on "public order" offences and on the prevention of incitement to hatred. In this case, the Commission accepted other means than criminal sanctions, affirming that "any legal system provides for other courses of action, which can be used in cases other than incitement to hatred". The general conclusion of this important text is that criminal sanctions are certainly necessary against crimes of incitement to religious hatred, but are not legitimate for other offences against religious feelings.

III. New questions. Conclusions

1. We can now reflect more deeply on whether anything is changing or should actually change with regard to these issues. And we can base this reflection on science, philosophy and the arguments already developed in reports and opinions of the Venice Commission and of the Council of Europe.

As a matter of fact, although traditional constitutional theory is based on the problems of minorities in an open society, today we can assume that new ideas on the place of freedom of religion can be considered in different contexts.

Part of the issue of religion and the Rule of Law is how we understand the personal dimension of religion in the construction of the self. The question is the value of our self-identification not only for ourselves, but also for the community as a whole. Thus, religion today is not only an issue between communities or groups, but also regarding the relationship between the individual and the group or community.

Therefore, what are sometimes seen as subjective feelings may, from other perspectives, be thought as the private sphere and self-development of the personality, which should be protected. In this sense, a community based on the self-fulfilment of persons is also a strengthened community, a community of respect rather than self-effacement.

The only limitation on this more individualistic perspective are the objective limits for the exercise of the rights and freedoms of others.

Attacks on religion must be seen as attacks on individual persons and therefore be included in possible crimes against freedom of the self.

This reflection leads us to differentiate between a problem of groups and a new problem regarding the conception of the person in an open society. We can also conclude that what is important to the sphere of the self cannot contravene the rights of others: we are not fully ourselves without respect for the other[5], without the values of a universal community of human beings. Therefore, crimes against religion can be extended to protect new spaces of intimacy, conscience and construction of the self[6].

[5] So LÉVINAS, Emmanuel, *Totalité et Infini*, La Haye: Martinus Nijhoff, 4.ª ed., 3.ª reimpr., 1980, and "Les Droits de L'Homme et les Droits de L'Autrui", in: *Hors Sujet*, Paris: Fata Morgana,1987, pp. 159-170.

[6] As a matter of fact, we are already discussing the issue of crimes against the mind as a new category. The mind can be thought of as something to be preserved in itself, i.e. as an autonomous dimension of the person. See BUBLITZ, C./MERKEL, R., "Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination", *Criminal Law and Philosophy* 8 (1), January 2014.

2. In addition, when we think about crimes established to protect religion, a different perspective from traditional views centres on the limits to criminalising the external expression of the religious. Nevertheless, it is not legitimate to criminalise blasphemy, a crime that was historically justified to protect the religion of the majority, as we have seen, for that would also be an attack on the freedom of religion insofar as it would forbid or criminalise peaceful ways of criticising the values of religion. That would be a limit that cannot be overstepped purely by arguing that the collective feelings of other groups and even the majority are harmed. Thus, the reason for not criminalising blasphemy – insufficient harm to a constitutional value – leads us to cast doubt on whether it is correct to criminalise certain expressions of religion where only the feelings of others and the feelings of a majority are at issue.

3. Another question, as mentioned above, is whether some manifestations of speech against certain religions do not entail a real hate speech or an incitement to discrimination. In that case, what is involved is a restriction of the acceptance and respect of the other as a subject, which engages the Hegelian idea that the identity of Law is "Be a person and recognize the other as a person"[7]. That would be the proper space of Law. However, it would not be a question of a space of ethics, but of an undeniable historical role of Law as a cognitive relational structure in market societies, post-slavery[8] and which would develop in complex capitalist societies.

The problem of the relationship of people as subjects presupposed only a formal subjectivity in the past, but the development of the thought that could be called critical theory of society in the Habermas model leads to establish, from authors like Axel Honneth[9] an understanding of the foundations of normativity from the possibility of a recognition of the other as subject/person. According to Seelmann[10], this possibility would be the condition for the recognition of the norms common to all, in line with Habermas' thought[11].

Thus, the protection of self-constitutive religious feelings against hate speech would become a requirement for maintaining the acceptability of common norms in multicultural societies.

[7] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §36: "*sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*".

[8] Thus, MARX, Karl, Capital, Vol. I, chapter II, in which it is the need to exchange goods that would justify a formal relationship between people, because the goods cannot go to the market alone. People would be the mere representatives of the goods.

[9] HONNETH, Axel, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt: Suhrkamp, 2003, p.27 e ss

[10] SEELMANN, Kurt, "Respekt als Rechtspflicht", in: AA.VV., *Recthsphilosophie im 21. Jahrhundert*, (ed. Brugger, Winfried/Neumann, Ulfrid/Kirste, Stephan), Frankfurt: Suhrkamp, 3ª ed., 2013, pp 418-439.

[11] HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, 2ª ed., 1992, p.138.

(DES)OBEDIÊNCIA CONVICTA E TOTALITARISMO SANITÁRIO

Miguel Prata Roque*

SUMÁRIO: Introdução; I. Conceito de liberdade negativa; II. Políticas públicas de promoção da saúde; III. Medidas de saúde individual; IV. Medidas de saúde pública; V. O totalitarismo sanitário como instrumento de ódio social; VI. O crime de desobediência; VII. A objeção de consciência; VIII. A exclusão de ilicitude por exercício do direito de resistência

Introdução

Conheci o Professor Doutor AUGUSTO SILVA DIAS antes de o conhecer. Precisamente, do modo como um académico deve ser conhecido e relembrado: através da sua obra. Corria o ano de 1996, quando li a sua monografia *"Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência"*[1]. E despertei para a importância da preservação de um reduto inatingível da nossa própria liberdade de pensamento e da liberdade de agirmos, sempre, de acordo com a nossa consciência e valores. Um ser humano que divulga e luta pela aceitação da unidade na diversidade merece que o recordemos. Foi, precisamente, com esse intuito que escrevi as seguintes linhas sobre um problema de sempre, mas, também, um problema dos nossos dias: a compatibilização entre um modelo ideal maioritário e o espaço de liberdade individual que cada um de nós merece, para poder ser pleno.

I. Conceito de liberdade negativa

Vivemos tempos estranhos.

Quem, outrora, combateu contra e impediu a coletivização dos meios de produção é, hoje, protagonista da maior coletivização das liberdades individuais cuja memória das últimas décadas nos permite, ainda, recordar. Preconiza-se, diariamente, o sacrifício individual (heteroimposto), em prol de um suposto "bem comum".

Não falo (apenas) de pandemias. Felizmente, transitórias e episódicas.

Refiro-me, antes, a políticas públicas toldadas por uma ideologia excludente que pretende fazer dos indivíduos seres virtuosos e perfeitos[2]. Em especial, as políticas

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associado-fundador e membro do Conselho Científico do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais.

[1] SILVA DIAS, Augusto, *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*¸ Almedina, 1988.

[2] Haveria, aqui, um deslumbramento e um desejo de regresso à ideia aristotélica de um "homem virtuoso", que – ao invés de ser inato – se constrói, ao longo das experiências que vivencia e das decisões que toma.

públicas de saúde[3] que pretendem aplicar uma visão monopolista e monopolizadora sobre um único modo adequado e aceitável de viver.

Nos últimos tempos, sucederam-se as políticas públicas (pseudo) promotoras da saúde[4], que pretendem – sob um manto de promoção do bem-estar – impor-nos uma visão paternalista sobre um modo único de viver. Desde a restrição do consumo de sal[5] e de alimentos açucarados (em especial, nas escolas)[6], passando pelo combate

Em suma, é o Estado que se autoerege, agora, como construtor desse "homem virtuoso", forçando a experienciar e a praticar a virtude; mesmo contra a sua vontade. Quanto mais o indivíduo praticar a (pretensa) virtude, mais virtuoso se tornará. Sobre o conceito de "homem virtuoso" e a necessidade de que o mesmo conduza a sua vida através da prática constante da virtude, ver ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Quetzal Editores, 2019, *passim* e, em especial, § I 103a-15.

[3] Sobre as políticas públicas de saúde, ver LUCCHESE, Patrícia *et al.*, *Políticas Públicas em Saúde Pública*, Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde, São Paulo, 2004; VIEIRA DA SILVA, Mariana, "Políticas públicas de saúde: tendências recentes", in: *Sociologia – Problemas e Práticas*, 69 (2012), pp. 121-128; CAMPOS FERNANDES, Adalberto, "A crise e as escolhas políticas em Saúde", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 1 (2013); IDEM, *Políticas Públicas e o papel do Estado no século XXI*, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, 2016; PITA BARROS (e outros), Pedro *et al.*, *Políticas Públicas em Saúde: 2011 – 2014 Avaliação do Impacto* (relatório elaborado a pedido do XIX Governo), Lisboa, 2015; CATARINO, Umberto *et al.*, "O papel do Estado nas políticas públicas de saúde: um panorama sobre o debate do conceito de Estado e o caso brasileiro", *Saúde Social*, 1 (2015), pp. 9-22.

[4] É importante ter sempre presente que o conceito de saúde não pode deixar de englobar a saúde psíquica. Ora, não raras vezes, a imposição de políticas públicas de promoção da saúde acaba por conduzir a uma notória degradação da saúde mental; seja pela ansiedade criada nos que não conseguem acompanhar essas práticas saudáveis (ex: compulsões alimentares; fumadores; falta de prática de exercício físico), seja pela imposição coerciva de práticas supostamente indutoras de saúde (ex: confinamentos obrigatórios; proibição de práticas individuais; vacinação obrigatória). Noto que, de acordo com os dados fornecido pela Sociedade Portuguesa de Psiquiatria e Saúde Mental: *i)* 12% das doenças, em todo o mundo, são do foro mental, subindo para 23% nos países mais desenvolvidos; *ii)* as perturbações por depressão são, hoje, a terceira causa de doença, no mundo, e a primeira, nos países mais desenvolvidos; *iii)* mais de um quinto dos portugueses (ou seja, 22,9%) dos portugueses sofre de uma perturbação psiquiátrica; *iv)* Portugal é o segundo país europeu com a mais elevada taxa de doenças psiquiátricas, apenas suplantado pela Irlanda do Norte, que atinge os 23,1% (dados disponíveis *in* https://www.sppsm.org/informemente/guia-essencial-para-jornalistas/perturbacao-mental-em-numeros/). Sobre o fenómeno contemporâneo de degradação da saúde mental, ver PALHA, João / PALHA, Filipa, "Perspetiva sobre a saúde mental em Portugal", in: *Gazeta Médica*, 2 (Abril-Junho 2016), pp. 6-12.

[5] Tais proibições têm sido impostas mediante recurso ao poder regulamentar governamental. Por exemplo, foi o que sucedeu com o Despacho n.º 7516-A/2016, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, que determinou a limitação de produtos alimentares com teor adicionado de sal e de açúcar, por serem prejudiciais à saúde, nas máquinas de venda automática, disponíveis nas instituições do Ministério da Saúde, e o Despacho n.º 11391/2017, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, que determina a limitação de produtos alimentares com teor adicionado de sal e de açúcar, por serem prejudiciais à saúde nos espaços destinados à exploração de bares, cafetarias e bufetes, pelas instituições do Ministério da Saúde.

[6] Recentemente, a Estratégia Integrada para a Promoção de uma Alimentação Saudável, tal como aprovada pelo Despacho Conjunto n.º 11418/2017, publicado no «Diário da República», IIª Série, n.º 249/2017, de 29 de dezembro de 2017. Ora, nos termos daquela Estratégia: a) incentiva-se o consumo de fruta, de hortícolas e de leite (cfr. Eixo 1, § 12); b) alarga-se as boas práticas nos refeitórios escolares (cfr. Eixo 1, § 16); c) promove-se o recurso à Dieta Mediterrânica (cfr. Eixo 3, § 2); d) divulgação e aumento do consumo de pescado nas ementas escolares (cfr. Eixo 4, § 1). Nesse sentido, as escolas limitam, hoje, o consumo de produtos açucarados, incluindo de chocolate e bebidas achocolatadas.

ao fumo de tabaco[7] e de outras substâncias equiparadas[8], continuando pela punição fiscal do consumo de bebidas açucaradas[9], pela fixação como obrigatória da avaliação do desempenho na disciplina de Educação Física por alunos que pretendem aceder ao Ensino Superior[10], até às máscaras filtradoras de partículas expelidas pela expiração respiratória[11], os legisladores europeus e nacionais não refreiam a sua ânsia sanitária. E já nem as entidades infraestaduais têm pejo em impor tais medidas – através do seu poder normativo, de tipo regulamentar[12] –, mesmo quando não dispõem de qualquer cobertura legal ou constitucional (!).

[7] Refiro-me, obviamente, à proibição de exposição de terceiros ao fumo de tabaco em espaços fechados e em alguns locais públicos ao ar livre, resultante do artigo 4.º da Lei contra a Exposição Involuntária ao Fumo do Tabaco (aprovada pela Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto, de acordo com a última redação, que lhe foi conferida pela Lei n.º 63/2017, de 3 de agosto).

[8] Apesar da sua descriminalização, ainda se proíbe o consumo de substâncias estupefacientes, com fins meramente recreativos, associando-lhe uma punição contraordenacional (*vide* artigos 2.º, 16.º,17.º e 18.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro). Recentemente, permitiu-se, porém, o consumo (incluindo, o fumo) de *"cannabis"*, desde que com fins terapêuticos ou paliativos (Lei n.º 33/2018, de 18 de julho).

[9] Pela primeira vez, a Lei do Orçamento para 2017 (aprovada pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro), criou um Imposto Especial sobre o Consumo de Bebidas Açucaradas e Adicionadas de Edulcorantes, com vista a diminuir o consumo de tais bebidas.

[10] Desde o ano letivo 2018/2019, a disciplina de Educação Física passou a contar para a média de acesso ao Ensino Superior, nos termos dos artigos 11.º, n.º 1, 14.º, n.º 1, e Anexo VI do Decreto-Lei n.º 55/2018, de 6 de julho. Tal decisão insere-se numa lógica de valorização do bem estar físico e da prática desportiva.

[11] No âmbito das medidas de prevenção e de combate à Covid-19, o artigo 13.º-B do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, impôs – ainda que (nas suas palavras) temporariamente – o uso de máscaras (e de viseiras) em estabelecimentos comerciais, em serviços e edifícios de atendimento ao público e em creches e estabelecimentos de ensino. Mais uma vez, regista-se a inconstitucionalidade orgânica dessa norma, na medida em que a imposição do uso de máscara consubstancia uma restrição à liberdade de livre desenvolvimento da pessoa (cfr. artigo 26.º da CRP) e da liberdade de expressão, mediante escolha do uso de vestuário que cada indivíduo entende envergar (cfr. artigo 37.º, n.º 1, da CRP), pelo que apenas poderia ter ocorrido por via de lei parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *b)*, da CRP]. Por sua vez, a Lei n.º 62-A/2020, de 27 de outubro, estabeleceu um dever jurídico de uso de máscara em espaços públicos, que foi prorrogado pela Lei n.º 75-D/2020, de 31 de dezembro e pela Lei n.º 13-A/2021, de 04 de maio. Devo notar que esse dever jurídico só é aplicável quando não seja possível cumprir a distância mínima de segurança fixada pelas autoridades de saúde, o que pode suscitar dúvidas quer quanto à exatidão da norma, por referência ao princípio da legalidade administrativa, quer quanto à eventual falta de consciência da ilicitude dos indivíduos, em virtude da ausência de norma regulamentar expressa aprovada pela Direção-Geral de Saúde. Acresce que, apesar de alegadamente transitório, este dever tem vindo a ser sucessivamente prorrogado, o que suscita dúvidas quanto ao seu respeito pelo princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

[12] Noto que é inaceitável que órgãos de entidades infraestaduais procurem impor regras de conduta restritivas de direitos fundamentais, mediante recurso (criativo, decerto) a comunicados, orientações e outras circulares, que apenas se subsumem a regulamentos administrativos. Ora, a restrição dos direitos fundamentais está sujeita à "reserva de lei" (cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP), pelo que jamais pode ser determinada por norma inovadora criada por entidades administrativas sem competência legislativa. Nesse sentido, é inconstitucional – a mero título de exemplo – o Despacho n.º 241/2020, de 21 de setembro de 2020, proferido pelo Reitor da Universidade de Lisboa (cfr. http://www.igot.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2020/09/Despacho-n%C2%BA-241-Proibic%CC%A7a%CC%83o-de-praxes-e-uso-de-ma%CC%81scaras-na-ULisboa.pdf), nos termos do qual se impõe o uso de máscara em espaços públicos que integrem o *"campus"* universitário, que, ainda por cima, comina como ilícito disciplinar o seu não uso. Assim como são inconstitucionais quaisquer determinações avulsas de circulação em espaços públicos, tais como praias, paredões, passeios

Todos saudáveis, todos insanos[13].

É fundamental, portanto, ponderar acerca dos limites das políticas públicas de saúde, na perspetiva da sua intrusão numa esfera muito ténue de liberdade individual. Constituindo a liberdade de agir – na sua dimensão de livre desenvolvimento da personalidade (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP)[14] – um direito fundamental especialmente ligado à ideia de dignidade da pessoa humana, importa ter presente de que modo pode o decisor político cercear tal liberdade; em especial, mediante criminalização ou punição sancionatória não penal[15], de condutas que sejam contrárias a tais políticas públicas.

Comecemos por estabelecer conceitos.

A noção de "liberdade negativa" foi definitivamente moldada por Isaiah Berlin[16]. Ela corresponde à permissão constitucional de ir em busca (ou *"right to pursue"*) de

ribeirinhos e marítimos que têm vindo a ser decretados por decisões camarárias, sem qualquer prévia habilitação em lei parlamentar restritiva. Evidentemente, essa flagrante inconstitucionalidade afigurar-se-á deveras relevante, para efeitos de exclusão da tipicidade do crime de desobediência pública (cfr. § VI do presente estudo) ou de exercício do direito de resistência (cfr. § VIII do presente estudo), sempre que os indivíduos não acatem ordem, presencial ou automatizada (por exemplo, vertida em cartaz informativo ou em placard eletrónico).

[13] Conforme demonstrou Augusto Silva Dias, é, precisamente, a tentativa de impor condutas (tidas como) normalizadas e padronizadas a cada indivíduo que é geradora de um fenómeno de subjugação e de humilhação, que nega a individualidade do outro e que, a final, o priva da saúde psíquica: *«Se "Ego" humilha, subjuga, ou menospreza "Alter", negando-lhe o reconhecimento que ele busca para se realizar como pessoa, provoca-lhe dessa forma lesões morais e sofrimento. Lesões e sofrimento que se traduzem no tipo de relações que nos interessa, na perda do auto-respeito e da auto-estima, na aquisição de uma imagem negativa de si, e que produzem na pessoa afectada patologias ou distúrbios psíquicos relacionais e comportamentais de vária ordem»* (SILVA DIAS, Augusto, *Crimes Culturamente Motivados – O Direito Penal ante a "Estranha Multiplicidade" das Sociedades Contemporâneas*, Almedina, 2018, p. 137).

[14] A propósito de uma conexão evidente entre a liberdade de agir (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e a busca da felicidade individual, ver PRATA ROQUE, Miguel, "O direito fundamental à felicidade", in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Volume I, Almedina, pp. 306-307.

[15] Sobre a multiplicidade de sanções não penais e a sua distinção face à metódica penal, ver PRATA ROQUE, Miguel, "O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional", in: *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 14-15 (abr.-set. 2013), pp. 105-173; FERREIRA LEITE, Inês, "A autonomização do direito sancionatório público, em especial, o direito contraordenacional", in: *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais* (ebook), CEJ, Lisboa, 2015, pp. 27-58.

[16] Obviamente a noção de *"liberdade positiva"* (ou *"status positivus"*), que a ele se contrapõe, já remontava à Antiguidade Clássica, enquanto pertença do indivíduo à respetiva comunidade e encerrando uma ideia de socialidade e de dever para com aquela. Por sua vez, o conceito de *"liberdade negativa"* (ou *"status negativus"*) também já se notava no pensamento de inúmeros filósofos liberais (por exemplo, Alexis de Tocqueville, Benjamin Constant, Montesquieu, John Lock, David Hume e John Stuart Mill). Porém, foi, de facto, através de Isaiah Berlin que estes conceitos antagónicos de liberdade se celebrizaram e difundiram. Na sua lição inaugural do ano letivo, na Universidade de Oxford, em 31 de outubro de 1958, Berlin dissertou sobre as diferenças destas duas modalidades de liberdade. A transcrição integral da lição pode ser consultada em "The Isaiah Berlin Virtual Library": BERLIN, Isaiah, *Two Concepts of Liberty – Original Dictation (A)*, disponível *in* http://berlin.wolf.ox.ac.uk/published_works/tcl/tcl-a.pdf. Mais tarde, o autor viria a publicar uma versão escrita da lição inaugural, que se tornou a versão mais difundida do seu pensamento (e que seguirei, de ora em diante): BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", in: *Four Essays on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1969.

um modo de vida permita ao indivíduo autorrealizar-se e atingir níveis mínimos de satisfação das suas necessidades quotidianas; sejam elas materiais, intelectuais ou espirituais. Também pressupõe um mandado de abstenção, dirigido ao Estado e a terceiros, de modo a que nada nem ninguém o perturbe ou impeça de buscar essa autorrealização. É isto que se designa por *"liberdade negativa"*[17].

Por conseguinte, a *"liberdade negativa"*, corresponde, invariavelmente, a uma *"liberdade contra"* (*"freedom from"*). No fundo, ela corresponde a uma verdadeira liberdade relacional ou a uma liberdade em relação, visto que é sempre exercida relativamente aos outros ou, até melhor, apesar dos outros. Ela não se confunde com um *"direito a estar só"* (ou *"right to be alone"*), pois a dimensão social do indivíduo implica um dever de solidariedade geral – refletido por exemplo na exigência de auxílio em caso de acidente ou catástrofe, cuja preterição origina a prática de crime de omissão de auxílio (cfr. artigo 200.º do Código Penal)[18]. Esta dimensão socializadora que impregna a esfera individual de uma exigência comunitária de solidariedade mínima será bastante relevante e útil, *infra*, quando forem abordados os limites dessa *"liberdade negativa"* e a necessidade de imposição de políticas públicas destinadas a garantir a saúde pública.

Por ora, resta dizer que a *"liberdade negativa"* encerra, em si, uma visão liberal e personalista, através da qual o indivíduo constrói um reduto inatingível – no fundo, um santuário[19] –, dentro do qual pode agir sem ser forçado e, portanto, livre de constrangimentos[20]. Conforme já demonstrei, noutra sede[21], essa garantia de não constrangimento – pelos poderes públicos e por terceiros – é essencial à efetiva concretização do próprio direito à (busca da) felicidade e é essencial à construção de um espaço

[17] É o próprio Isaiah Berlin que atribui a Antifonte, O Sofista – discípulo da escola cirenaica (e, portanto, familiarizado com o hedonismo) – e ao persa Otanes, a paternidade do conceito de *"liberdade negativa"*, que se oporia à conceção aristotélica de liberdade enquanto dever cívico, de intervenção na cidade-estado. Referindo-se a Otanes, o filósofo liberal atribui-lhe a temperança de não querer governar, nem ser governado, buscando antes a tranquilidade de uma vida feliz: *"Quanto a Otanes, ele nem desejou governar, nem ser governado – o exato oposto da noção aristotélica de verdadeira liberdade cívica. (...) [tal ideal] permanece circunscrito e, até Epicuro, subdesenvolvido, a noção ainda não tinha emergido explicitamente"* (cfr. BERLIN, Isaiah, "Five Essays on Liberty: An Introduction", in: Liberty, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 33-34).

[18] TAIPA DE CARVALHO, Américo, "Comentário ao Artigo 308.º (Omissão de Auxílio)", in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 1233-1255.

[19] Não será, decerto, por coincidência que os defensores deste reduto inatingível do indivíduo tenham sempre sido aqueles que mais têm combatido contra as várias formas de totalitarismo. Uma das mais notáveis vozes a reclamar, para cada indivíduo, esse espaço de recolhimento foi, precisamente, Hannah Arendt: *"E não só o coração humano é um lugar de escuridão que, com certeza, nenhum olhar humano consegue penetrar; as qualidades do coração precisam de escuridão e de proteção contra a luz do público, para que cresçam e que permaneçam aquilo para o qual foram pensadas: como as razões mais íntimas e profundas que não estão ao dispor do público"* (cfr. ARENDT, Hannah, *On Revolution*, Penguin Books, New York, 2006, p. 26).

[20] BERLIN, "Two Concepts of Liberty", cit., p. 122.

[21] Para uma análise exaustiva sobre a proteção constitucional conferida à busca dos indivíduos pela felicidade, ver PRATA ROQUE, "O direito fundamental à felicidade", cit., pp. 265-329.

reflexivo de individualidade e de intimidade[22]. Para que cada indivíduo possa formar a sua personalidade[23], de modo livre, é fundamental que o mesmo possa refletir, serenar, experimentar – e, sim, errar (!) –, sem que esse processo de significação emocional e intelectual possa ser conhecido pelos restantes membros da comunidade.

Em suma, mesmo quando haja um interesse geral a acautelar, nenhuma política pública pode ser de tal forma intrusiva e totalitária que esmague esse reduto inatingível de *"liberdade negativa"*.

II. Políticas públicas de promoção da saúde

O princípio da boa administração (cfr. artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo)[24] obriga a que os poderes públicos tomem as opções mais eficazes[25] – isto é, aptas a atingir um fim –, mais eficientes[26] – ou seja, capazes de usar os meios que melhor perseguem determinado objetivo – e mais economizadoras[27] – no sentido,

[22] Esta conceção da felicidade enquanto realização de um profundo desejo de que nos deixem em paz, encontra reflexo em algumas culturas, que valorizam e proteger a individualidade de cada qual. É, assim, que alguns qualificam um certo espírito bretão: *"No centro do espírito inglês está a felicidade, uma profunda fonte de contentamento com a vida, o que explica o desejo mais profundo do inglês, que o deixem em paz, e a sua disposição para deixar os outros em paz, desde que eles não perturbem o seu repouso"* (ROWSE, A. L., *The English Spirit: Essays in History and Literature*, Macmillan, London, 1945, p. 36, com tradução minha).

[23] A paternidade da ideia de autodeterminação tem sido atribuída ao filósofo estoico grego, Crísipo de Solos. Este, fervoroso defensor do estoicismo, defendia o uso da razão, enquanto instrumento de governo da vida, de modo a libertar o sábio das emoções fortes (como a ira e a paixão). De modo a dominar as emoções, o homem sábio deveria estar preparado, de antemão, para avaliar essas emoções e para lhes aplicar um método racionalizador, compreendendo o mal que aquelas geram e dirigindo a sua ação para o domínio das mesmas. Atribuindo-lhe essa paternidade, ver BERLIN, Isaiah, "Liberty", Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 171 e 260.

[24] Para um maior desenvolvimento sobre o princípio da boa administração, ver ASSIS RAIMUNDO, Miguel, "Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular", in: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 1ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2015, pp. 151-188; PRATA ROQUE, Miguel, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), Lisboa, 2020, §§ 40 a 48 (disponível *in* https://elearning.ulisboa.pt/pluginfile.php/494939/mod_resource/content/1/2020%2003%2029_Manual%20de%20Governa%C3%A7%C3%A3o%20Administrativa_MPR%20%28provis%C3%B3rio%29.pdf).

[25] A eficácia traduz-se no grau de alcance de determinado objetivo; ou seja, na capacidade de determinada medida ser bem sucedida. Usualmente, no discurso empresarial e de gestão, é usual afirmar-se que ser eficaz é concretizar as coisas certas, enquanto que ser eficiente é fazer certo as coisas. Em inglês, a distinção entre eficácia e eficiência traduz-se na diferença entre *"do the right thing"* e *"do things right"*. Nesse sentido, ver SUNDQVISTA, Erik/BACKLUNDA, Fredrik/CHRONÉER, Diana, *What is project efficiency and effectiveness?*, *in* «Procedia – Social and Behavioral Sciences» 119 (2014), p. 281; PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), cit., § 41.

[26] Por sua vez, a eficiência já é medida em função do sucesso na alocação de recursos públicos a uma certa atividade, de modo a que determinada tarefa seja prosseguida da melhor maneira possível; isto é, com o menor desperdício de recursos públicos. Assim, ver CARLOS LOUREIRO, João, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (algumas considerações)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 124; ALVES BATISTA JÚNIOR, Onofre, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, Belo Horizonte, 2004, pp. 213-214 PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa*, cit., § 42.

[27] Sobre o conceito de "economicidade", ver ALVES BATISTA JÚNIOR, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, cit., pp. 228-229; OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento Administrativo*,

em que devem atingir os fins do modo menos dispendioso –, em termos de promoção da saúde.

O bem jurídico "saúde" decorre não só de uma ideia de intervenção pública garantidora do acesso universal a meios de diagnóstico, de terapêutica, de educação e de prevenção face a doenças e outros sofrimentos físicos e psíquicos – que está patente na ideia de que existe um direito social à prestação de cuidados de saúde (cfr. artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa) –, mas também da exigência de um espaço de contenção dos poderes públicos face ao reduto mais pessoal do indivíduo[28] – não matarás (cfr. artigo 24.º da Constituição); não agredirás (cfr. artigo 25.º da Constituição).

De todo o modo, hoje, é certo, pelo menos entre a doutrina mais contemporânea e esclarecida[29], que nem os direitos sociais se cingem a uma dimensão positiva, nem tão pouco os direitos de liberdade se limitam a exigir uma conduta abstencionista dos poderes públicos. Ao exigir o respeito pelo direito à vida e o respeito pelo direito à integridade física e psíquica, a Lei Fundamental também impõe que o Estado adote e implemente políticas públicas efetivas que promovam essa vida com dignidade – por exemplo, através de políticas de promoção da parentalidade consciente ou de disponibilização de cuidados médicos reprodutivos (em especial, no domínio da reprodução medicamente assistida) –, e que sejam indutoras do bem-estar e da saúde individual – por exemplo, a concessão de benefícios fiscais que desonerem custos com o desporto, o lazer e o bem-estar, a promoção e apoio à prática desportiva; o acesso a cuidados médicos e técnicos em matéria de saúde mental).

Assim sendo, tornou-se contemporaneamente inegável que cabe aos poderes públicos (Estado e demais entidades públicas, incluindo as autarquias locais) adotar políticas públicas que promovam uma defesa omnicompreensiva da saúde comunitária e do bem-estar[30], que não se centre (ou reduza) à prestação de cuidados médicos curativos. Também aqui, a lógica preventiva se afigura um traço da governação moderna.

Volume I, Almedina, 2016, pp. 107-108; PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa*, cit., § 43.

[28] Destacando a circunstância de o direito à saúde compreender não só uma vertente positiva – mais próxima da natureza prestacional dos direitos sociais –, mas também uma dimensão negativa, que exige que os poderes públicos se abstenham de afetar a saúde de cada indivíduo, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 423/2008 (Ana Guerra Martins). Em sentido idêntico, ver SÉRVULO CORREIA, "Introdução ao Direito da Saúde", in: *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, p. 48; AMADO GOMES, Carla, *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual – Casos da vida de um médico de saúde pública*, ICJP, Lisboa, 1999, pp. 10-11; MORANA, Donatelle, *La Salute nella Costituzione Italiana – Profili Sistematici*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, em especial, pp. 36-61; PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, UCP, Lisboa, 2003, p. 40.

[29] Nesse sentido, demonstrando que coexiste uma dimensão negativa e positiva em todos os direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais, ver REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 141-144 e 310-317; PRATA ROQUE, "O direito fundamental à felicidade", cit., pp. 311-312.

[30] Relacionando a prestação de cuidados de saúde com o incremento do bem-estar e a maximização do direito à felicidade, ver PRATA ROQUE, "O direito fundamental à felicidade", cit., p. 312.

Não é de estranhar, portanto, que os poderes públicos (nacionais, estrangeiros e transnacionais) tenham vindo a adotar e implementar políticas públicas de promoção da saúde individual e coletiva. A mero título de exemplo, salientam-se:

- Inclusão da educação para a saúde e para a prática desportiva nos planos curriculares do ensino obrigatório;
- Generalização do desporto escolar e do apoio às associações desportivas amadoras;
- Disseminação do planeamento familiar e da educação sexual;
- Progressiva disponibilização de acompanhamento psicológico especializado (em especial, das vítimas de acidentes e de catástrofes);
- Políticas tributárias que incentivam práticas individuais promotoras de saúde e que penalizam as práticas contrárias;
- Promoção e favorecimento do transporte coletivo e do transporte individual ecológico, sem consumo de combustíveis fósseis;
- Redução da pegada ecológica, em matéria alimentar, com estímulo ao consumo de produtos locais e biológicos;
- Diversidade das ementas escolares e em ambiente hospitalar, com redução do consumo de carne, de produtos e bebidas açucaradas e de sal;
- Medidas de combate à exposição involuntária ao fumo do tabaco (e a outras fontes de emissão de fumo tóxico).

Evidentemente, tal como quaisquer outras políticas públicas implementadas num regime político pluralista, estas são sempre revisíveis, em função da salutar discussão e mudança democrática dos titulares de cargos políticos[31]. Porém, sempre que tais políticas públicas sejam implementadas, a sua regressão exige uma particular cautela e uma fundamentação político-legislativa acrescida, sob pena da sua inconstitucionalidade, por restrição desproporcionada de direitos, entretanto adquiridos.

Noto, porém, que a implementação de políticas públicas que favoreçam a saúde individual e coletiva não pode desconsiderar os direitos das minorias (por exemplo, os carnívoros, os fumadores, os obesos, os portadores de perturbações alimentares)[32] de manterem o seu modo de vida, ainda que autolesivo. Deve, aliás, notar-se que, frequentemente, se ouvem vozes (inclementes)[33] que advogam uma espécie de *"capitis*

[31] Sobre a questão da revisibilidade das medidas político-legislativas e a sua relação com o retrocesso de direitos fundamentais – em especial, em caso de ocorrência de crises económicas cíclicas e conjunturais –, ver PRATA ROQUE, Miguel, "Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais", in: AA.VV., *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Coimbra Editora, 2013, §§ 4 e 5.

[32] Sobre a conceção dos direitos fundamentais, enquanto trunfos das minorias, ver DWORKIN, Ronald, "Rights as trumps", in: *Theories of Rights* (edição de J. Waldron), Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 153-167; REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.

[33] Sustentando que os comportamentos de risco devem penalizar os respetivos autores, impedindo-os de beneficiar de serviços de saúde ou responsabilizando-os pelos respetivos custos (o que, atento o elevado valor dos custos de saúde, pode, afinal, impedi-los do acesso a tratamentos médicos), ver KNOWLES, John H., "The Responsibility of the Individual", *Daedalus*,106 (1977), pp. 57-80; VEATCH, Robert M.,

diminutio" daqueles que não se conformam com estas políticas públicas maioritárias[34]. Para aqueles, um viciado em gordura animal, em sal ou em açúcar não deveria poder beneficiar do Sistema Nacional de Saúde do mesmo modo que um cidadão desportista e nutricionalmente regrado. Daí até à defesa de que os saudáveis (e bem comportados) não devem pagar impostos que financiem os vícios dos que incumprem tais políticas públicas, vai um passo mínimo[35].

As políticas públicas devem funcionar como instrumento de mentalização e de influência dos comportamentos individuais. Mas não podem transformar-se naquilo que não são: um comando normativo concreto que afeta e restringe o contéudo essencial e nuclear das liberdades individuais.

III. Medidas de saúde individual

No plano das medidas governativas concretas a adotar, importa ter sempre presente que a intervenção do poder executivo visa, predominantemente, a prevenção de condutas lesivas de bens jurídicos e, assim contrárias, ao Direito. Nesse sentido, o Direito Administrativo distingue-se do Direito Penal por, na maioria das vezes, visar um efeito preventivo, ao contrário do efeito repressivo, que norteia o último daqueles ramos jurídicos[36]. Sucede, porém, que – conforme, aliás, já tive oportunidade de

"Voluntary Risks to Health: The Ethical Issues", *JAMA: Journal of American Medical Association*, 243 (1980), pp. 50-55; BUCHANAN, David R., "Should people with unhealthy lifestyles pay higher health insurance premiuns?", *Journal of Primmary Prevention*, 32 (2011), pp. 17-21.

[34] De certo modo – e num sentido muito lato –, assoma, aqui, a lógica das *"cultural offences"*, estudada por Augusto Silva Dias, a propósito dos crimes culturalmente motivados, como *"um facto praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante. Esse mesmo facto é, no entanto, dentro do grupo cultural do infractor, tolerado ou aceite como comportamento normal, aprovado ou mesmo promovido e incentivado na situação concreta"* (cfr. SILVA DIAS, *Crimes Culturamente Motivados*, cit., pp. 16-17. Sem prejuízo da especificidade dos crimes culturalmente motivados, certo é que o ambiente social e a vivência cultural em que se inserem certas categorias de indivíduos não deixam de influenciar as suas condutas, em matéria de práticas autolesivas da sua saúde (ex: cumprimento de períodos de jejum; preferências gastronómicas; impedimento de prática de atividade física e desportiva em público; etc.).

[35] De modo preocupante, já há mesmo quem expressamente advogue este direito à isenção de pagamento de impostos que sejam canalizados para suportar as despesas com tratamentos médicos de pessoas que adotam comportamentos de risco ou modos de vida pouco saudáveis. Entre tais defensores, ver ANDRE, Claire/VELASQUEZ, Manuel/MAZUR, Tim, "Voluntary health risks: who should pay", in: *Issues in Ethics*, 1 (1993); JAHUAR, Sandeep, "No matter what, we pay for other bad habbits", *New York Times*, March 29, 2010 (disponível in https://www.nytimes.com/2010/03/30/health/30risk.html); MIRALDO, Marisa (e outros), "Should I pay for your risky behaviours?: evidence from London", in: *LSE Online – London School of Economics and Political Science*, January 2015 (disponível *in* https://core.ac.uk/download/pdf/207430212.pdf); STARK, Roger, "Should the rest of us pay for other people´s bad lifestyle choices?", in: *Washington Policy Center*, July 15, 2020 (disponível *in* https://www.washingtonpolicy.org/publications/detail/should-the-rest-of-us-pay-for-other-peoples-bad-lifestyle-choices).

[36] Para maior desenvolvimento, ver FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir – Naissance de la Prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 111; CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 7ª reimpressão da 10.ª edição, Almedina, 2004, p. 1150; PRATA ROQUE, "O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo", cit., p. 108.

demonstrar, num outro estudo[37] – não só o moderno Direito Administrativo busca sancionar condutas contrárias à ordem jurídica que não justifiquem a punição penal, como o próprio Direito Penal assume, cada vez mais, uma natureza preventiva, de orientação de condutas.

Nesse sentido amplo, a adoção de medidas administrativa de promoção da saúde pode distinguir em:

– Medidas destinadas a promover a saúde individual – caso em que nos encontramos mais próximos de uma metodologia assente num *"fim de prevenção especial"*[38] de condutas dela lesivas;
– Medidas destinadas a promover a saúde pública (ou coletiva) – o que implica a adoção de medidas indiferenciadas e não especificamente dirigidas a nenhum indivíduo concreto, que aplicáveis ao e no espaço público, segundo uma lógica de *"fim de prevenção geral"*[39].

Quanto às medidas de saúde individual, elas correspondem a um grau mais intenso de intrusão do poder público na esfera jurídica, social e cultural de cada pessoa, pois implicam decisões individuais e concretas que pré-determinam, coagem e até sancionam o concreto indivíduo que não as cumpre. É o que sucede, por exemplo, com o dever jurídico de uso de cinto de segurança, imposto pelo Código da Estrada (cfr. artigo 82.º, n.º 1, daquele diploma legal, de acordo com a redação última que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 102-B/2020, de 9 de setembro). Ou com a proibição de realização de convívios, almoços ou jantares no domicílio de cada pessoa, como instrumento de combate à propagação de vírus pandémicos, ainda que apenas imposta por orientações técnicas[40] de um organismo público (por exemplo, pela Direção-Geral de Saúde).

A admissibilidade destas medidas é particularmente dilemática. Com efeito, a tentativa do Estado de impor saúde aos indivíduos, por via da coação, há de ter os seus limites. Sob pena de desconsideração absoluta pela sua *"liberdade negativa"*. Não existe um dever jurídico-constitucional de viver[41]. Nem de viver muito e até muito tarde. Nem tão pouco de viver de forma saudável.

---

[37] PRATA ROQUE, "O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo", cit., pp. 109-110.

[38] Sobre o conceito de prevenção especial, como fim da pena, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 50-53; Fernanda Palma, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo e no espaço e quanto às pessoas*, 3.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 59-63.

[39] Para uma visão crítica sobre a função de prevenção penal, ver FERREIRA LEITE, Inês, *Determinação da Medida da Pena e Constituição Penal* (ebook), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa 2020, pp. 37-48 (disponível *in* https://elearning.ulisboa.pt/pluginfile.php/440625/mod_resource/content/2/Li%C3%A7%C3%B5es%20-%20Determina%C3%A7%C3%A3o%20da%20Medida%20da%20Pena%20e%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20-%20vers%C3%A3o%20alunos%20PROTEGIDO.pdf).

[40] Para uma reflexão sobre a crescente importância da atividade técnico-científica da administração pública e sobre a dificuldade do seu controlo (incluindo jurisdicional), ver OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, 2013, pp. 450-464.

[41] Cada vez mais se reconhece quer o direito a viver com dignidade, quer a inexistência de um dever fundamental de viver, que pudesse ser reivindicado pela comunidade, contra o indivíduo. Rejeitando esse dever de viver, ver LOPES DE BRITO, António/SUBTIL, José Manuel, *Direito sobre a vida ou dever de*

Com efeito, é impossível – e inaceitável, num Estado que preserve a dignidade da pessoa humana – interpretar o artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa como estabelecendo um dever (suscetível de imposição ao indivíduo) de viver[42]. Bem ou mal. Isso corresponderia a uma instrumentalização do indivíduo a um projeto digno de um laboratório sociológico, em busca de uma sociedade perfeita, exclusivamente composta por cidadãos impolutos e inatingíveis.

Essa vedação constitucional é tanto mais significativa quando se conclua pela impossibilidade de imposição do gozo de direitos fundamentais pelos seus destinatários. Nesse sentido, a possibilidade de renúncia (esclarecida) a direitos fundamentais é uma condição impostergável de autonomia de cada indivíduo. Essa autonomia do sujeito é, assim, incompatível com um Estado paternalista que nos diz o que comer, o que vestir, como e quando fazer exercício físico e para quê viver. Sem prejuízo das inúmeras condições impostas a uma renúncia (esclarecida) aos direitos fundamentais[43] – que antes visa, apenas, garantir essa mesma autodeterminação do sujeito –, não pode ser uma visão maioritária a impor ao indivíduo uma conceção teológica, moralista ou até mesmo sanitária de quais são os direitos fundamentais de que aquele nunca pode renunciar.

Entender que a saúde individual – e, no limite, a vida – é um desses direitos irrenunciáveis significa regressar à ditadura coletivista, em que o indivíduo volta a ser infantilizado e destituído da liberdade de agir. Aliás, devo notar que, nos tempos mais recentes, o poder público tem usado e abusado de discursos retóricos infantilizadores,

---

viver? – Estudo jurídico da eutanásia em Portugal, Almedina, 2000; FIGUEIRA, André/JANUÁRIO, Rui, *O Crime de Homicídio a Pedido – Eutanásia: Direito a Morrer ou Dever de Viver*, Quid Iuris, Lisboa, 2009. Em sentido completamente oposto, sustentando que a comunidade pode impor ao indivíduo o dever de viver – e, em especial, o dever de viver, suportando o seu sofrimento –, Eva Dias Costa e Diogo Leite de Campos não hesitam em afirmar que: *«Uma morte adiada pode de facto ser cruel, mas a ética não pode estar baseada apenas na compaixão e o Direito não pode legislar em função de casos individuais esquecendo as consequências para a comunidade: uma má morte é um preço que tem de ser pago em face dos riscos sistémicos que comporta a permissão da morte a pedido*» (cfr. DIAS COSTA, Eva/LEITE DE CAMPOS, Diogo, "O direito à vida implica o direito a morrer? Pessoa e Eutanásia", *Revista da Ordem dos Advogados*, 78 (Jul/Dez 2018), pp. 699-700.

[42] Bem impressivo é, alias, o recente entendimento do Tribunal Constitucional que, quando confrontado, em sede de fiscalização preventiva, com a eventual inconstitucionalidade de norma que amplia e descriminaliza determinadas situações de morte assistida, afirmou, de modo categórico: *«De acordo com tal conceção, o "direito a viver" não pode transfigurar-se num dever de viver em quaisquer circunstâncias. O contrário seria incompatível com a noção de homem-pessoa, dotado de uma dignidade própria, que é um sujeito auto-consciente e livre, autodeterminado e auto-responsável, em que se funda a ordem constitucional portuguesa*» [cfr. Acórdão n.º 123/2021 (Pedro Machete), do Tribunal Constitucional, disponível in: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html].

[43] Para maior desenvolvimento, sobre os limites à renúncia dos direitos fundamentais, REIS NOVAIS, Jorge, "Renúncia a direitos fundamentais", in: *Perspectivas Constitucionais: nos 20 Anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, 1996-1998, pp. 263-335; HARSANYI, David, *Nanny State: How Food Fascists, Teetotaling Do-Gooders, Priggish Moralists, and other Boneheaded Bureaucrats are Turning America into a Nation of Children*, Broadway, 2007; SINGER, Reinhard, "A renúncia aos direitos fundamentais à luz do direito privado alemão e a proteção da pessoa contra si mesma", *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 50 (2009), pp.41-60; ver MAC CRORIE, Benedita, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, 2013.

que pretendem afirmar um (pretenso) direito do Estado de escolher por nós, de entre as práticas quotidianas mais elementares (por exemplo, lavar as mãos, conviver com amigos, passear ao ar livre, estar junto ao mar em dias de temporal, etc.), quais as condutas que são mais aceitáveis, no plano da promoção e preservação da saúde individual.

Ora, as medidas administrativas de promoção da saúde não podem, nunca, invocar como seu móbil a proteção do bem jurídico "saúde individual". Num Estado de Direito aberto e pluralista, cabe a cada um dos indivíduos avaliar se pretende viver uma vida em saúde ou uma vida em doença (ou mesmo uma vida em sofrimento)[44]. Os graus de bem-estar não se medem apenas de acordo com padrões médicos ou de ciências exatas. A satisfação psicológica, psíquica e mesmo social e cultural não se mede, apenas, por índices quantitativos medidos por análises clínicas. O bem-estar humano não pode ser apenas isso. Rompe, aliás, com esses parâmetros e fronteiras impostas pela mediania.

Como tal, não cabe ao Estado, através dos seus serviços de proteção civil, enviar mensagens eletrónicas aos cidadãos (em especial, aos mais velhos e aos mais doentes), aterrorizando-os com uma vaga de frio ou com a aproximação de uma tempestade, para garantir que os mesmos ficam, enclausurados e prisioneiros, em casa, enquanto o Inverno passa.

Dito de outro modo, as medidas de promoção da saúde individual não podem deixar de ficar condicionadas à prévia solicitação do indivíduo; seja mediante a ida a uma consulta pública (ainda que de mero diagnóstico ou de prevenção), seja mediante a solicitação da prestação de um serviço concreto (por exemplo, o acesso à prática desportiva; o acesso a intervenções médico-cirúrgicas; o acesso a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico). Salvo, claro está, quando tais medidas de promoção da saúde individual assumam a natureza de *"medidas de segurança"* (cfr. artigos 91.º a 98.º do Código Penal)[45]. Mas, nesses casos, o bem jurídico protegido é, primordialmente, a garantia da segurança de terceiros e da paz pública[46] e não, especificamente, a proteção do indivíduo contra si próprio.

IV. Medidas de saúde pública

Posto isto, importa, então, verificar de que modo podem os poderes públicos impor medidas administrativas de saúde pública (ou coletiva). O grande argumento

[44] Na verdade, não pode constranger-se alguém a ser saudável, ativo ou, muito menos, feliz. Sobre esse direito a ser preguiçoso ou pouco saudável, ver SHUMAN, S. "The right to be unhealthy", *Wayne Law Review*, 22 (1975), pp. 61-85; HALASZ, Jacek, "The right to be ill", *Medical Health Care Philosophy*, 21 (2018), pp. 113-123; UNGER, David, *Public Health Ethics and the «Nanny State» – Do we have the right to be lazy, unhealthy and reckless* (videoconference), in: https://mediasite.phsa.ca/Mediasite/Play/232e069a55e34004b23ad9ac1293d1df1d.

[45] Para uma distinção entre pena e medida de segurança, ver ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Resultado de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, 2002, *passim*; Idem, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2013, pp. 97-100; FERREIRA LEITE, *Determinação da Medida da Pena e Constituição Penal*, cit., § 22, pp. 20-21.

[46] FERREIRA LEITE, *Determinação da Medida da Pena e Constituição Penal*, cit., § 22, p. 20.

a favor do aumento crescente destas medidas governativas assenta na ideia de que a falta de saúde individual contribui para o decréscimo da saúde pública e, portanto, conduz à incapacidade – por assoberbamento – dos serviços públicos para prestarem cuidados de saúde aos demais cidadãos.

Cada um de nós, ao recusarmos preservar a nossa saúde individual, estaríamos, então, a impedir e a retirar saúde aos nossos concidadãos. Quer porque poderíamos contaminar ou influenciar outros indivíduos, quer porque a nossa falta de saúde exigiria do sistema de saúde a mobilização de recursos públicos que, de outra forma, não seriam necessários. Poderia ainda acrescentar-se outro fundamento de natureza económica – isto é, relacionado com a *"public choice"*[47] ou teoria dos jogos[48] –: por que razão deveria um não fumador suportar os impostos necessários ao tratamento de fumadores portadores de cancro no pulmão ou laringectomizados? Ou por que razão deveriam pessoas estéreis ver os seus impostos canalizados para políticas de planeamento familiar? Ou, ainda, por que razão deveria um desportista e vegetariano aceitar que os respetivos impostos fossem utilizados para colocar bandas gástricas em indivíduos que não controlam a sua compulsão alimentar?

Evidentemente, esse tipo de argumentação é absolutamente disruptiva de qualquer possibilidade de uma sociedade solidária, coesa e agregada[49]. Os poderes públicos não podem limitar-se a consignar as contribuições financeiras das maiorias às políticas por elas sufragadas. Ainda para mais quando essa (inaceitável) vinculação implicasse um juízo punitivo sobre aqueles que divergem de um modelo tido como o único aceitável, à luz de um critério de irrepreensibilidade social ou moral.

Bem pelo contrário, a defesa da saúde pública deve antes servir para concretizar o direito social à prestação de cuidados de saúde. Noto que "saúde" não pode ser, aqui, entendida como a mera prestação de cuidados profiláticos ou curativos. É por demais sabido que o bem jurídico "saúde" tanto exige cuidados de saúde posteriores à deteção da doença (seja ela física ou psíquica), como não pode deixar de incluir o favorecimento e estímulo de condutas indutoras de saúde – por exemplo, promoção do exercício físico, divulgação das vantagens de uma alimentação equilibrada, garantia do lazer e do acesso à cultura – ou ainda cuidados paliativos, de reabilitação física e psíquica e de minoração da dor e do sofrimento.

Nesse sentido, as medidas de saúde pública não podem deixar de se interligar com a dimensão da saúde enquanto um direito social, que exige uma margem ampla

[47] A escola da *"public choice"* busca analisar a atividade política como um mercado de trocas recíprocas entre os vários agentes políticos (partidos, burocratas, grupos de interesses, indivíduos), em que impera um objetivo egoísta e individualista de maximização das vantagens extraídas desse processo negocial. Sobre o tema, ver MCLEAN, Iain, *Public Choice: An Introduction*, Wiley-Blackwell, 1987; TRIGO PEREIRA, Paulo, "A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?", *Análise Social*, 141 (1997), pp. 419-442; ORCHARD, Lionel/STRETTON, Hugh, "Public Choice", Cambridge Journal of Economics, 3 (1997), pp. 409–430.

[48] Por todos, ver MORGENSTERN, Oskar/VON NEUMANN, John, Theory Of Games And Economic Behavior (60th Anniversary Commemorative Edition), Princeton University Press, 2007.

[49] Ainda assim, conforme já notei *supra* (cfr. nota de rodapé n.º 33, bem como a bibliografia ali citada), crescem os defensores – incluindo, académicos – desta total ausência de solidariedade social dos mais afortunados, mediante punição daqueles que não adotam condutas responsáveis ou saudáveis.

de decisão pelo legislador sobre se o Estado dispõe, em cada momento histórico, das condições económicas, humanas, infraestruturais e sociais para o realizar[50], de modo tão ótimo quanto possível. Porém, sempre que o legislador entenda, através da adoção de leis que realizem e concretizem aqueles direitos fundamentais, que já dispõe de condições para os executar, gera-se, então, um dever de omissão de ato que regrida nessa intensidade. Em suma, logo que realizado o direito social, gera-se um direito de proteção do mesmo, que exige uma abstenção por parte do Estado[51]. Salvo, claro está, em casos excecionais – por exemplo, de crise conjuntural – que justifiquem uma regressão temporária[52].

Por fim, não pode esquecer-se que o conceito de "saúde pública" também pode ser interpretado como uma causa de justificação da restrição dos direitos fundamentais, à semelhança do que sucede com a "ordem pública". Nesse sentido, "saúde pública" surge como sucedânea do interesse público em manter uma saúde geral (ou generalizada), dentro de determinada comunidade.

Mais uma vez, esta noção de "saúde pública" não pode bastar-se com uma mera perceção acerca do sentimento geral de ausência ou de verificação de uma saúde exclusivamente aferida em função de um dos parâmetros da doença. Não bastará aferir-se, por exemplo, a inexistência de novos casos de cancro na pele – em virtude de uma menor exposição ao sol, favorecida por políticas de enclausuramento – para se concluir que essa saúde coletiva se encontra garantida. Evidentemente, a privação da exposição aos elementos naturais (incluindo ao sol) transporta severos problemas do ponto de vista da assimilação de vitaminas pelo corpo, provoca hipersensibilidade ocular, contribui para uma menor capacidade cardiorrespiratória e provoca depressão e outros problemas psíquicos, como a ansiedade e a agorofobia.

IV. O totalitarismo sanitário como instrumento de ódio social

Há que ter particular cautela com políticas públicas de propaganda acerca de (pretensos) modos saudáveis de viver e de condicionamento social de comportamentos contrários ao padrão estabelecido pelo poder público. O facto de caber aos políticos públicos informar e até incentivar a adoção de condutas que, afinal, poderiam ser in-

[50] REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, cit., *passim* e, em especial, pp. 91-100 e 151-154.

[51] Em sentido próximo, ver GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 131; AFONSO VAZ, Manuel, *Lei e Reserva de Lei – A Causa de Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1992, p. 384; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 397; IDEM, *Pensões no Sector Bancário e Direito à Segurança Social (Parecer)*, *in* «Jurisprudência Constitucional», n.º 7, Julho-Setembro, 2005, p. 14; QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, 2002, pp. 47-49; REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, cit., pp. 378-379 e 400-401.

[52] Para maior desenvolvimento, sobre as situações de regressão temporária admissível na proteção (e implementação) de direitos fundamentais, ver, por todos, PRATA ROQUE, "Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais", cit., pp. 870-889.

crementadoras do bem-estar de cada indivíduo não pode significar um totalitarismo sanitário que escarnece, ofende, oprime ou até aterroriza[53] os destinatários dessas políticas públicas[54]. A mero título de exemplo, é inaceitável que os poderes públicos utilizem um discurso culpabilizador de indivíduos concretos pela ocorrência de doenças ou de sofrimentos que decorrem usualmente ou fruto de causas naturais (mesmo quando aquele poderia ter sido evitado, caso o lesado tivesse adotado conduta distinta)[55].

Face a esta tentativa totalitária de impor ao vicioso que seja saudável, não pode deixar de invocar-se o direito à liberdade de consciência[56] – e, em alguns casos, até mesmo à objeção de consciência[57] –, visto que esse direito fundamental não se cinge

[53] Bem alertava Augusto Silva Dias para o imperativo de reconhecimento recíproco e de inclusão do outro, que implicava uma proibição de humilhação e de negação do que é diferente ou até marginal. Nas suas palavras: *«Numa relação de dominação nenhum dos interlocutores se salva, porque não há espaço nem para a exortação recíproca a uma auto-realização livre. "Ego" e "Alter" necessitam de se reconhecer reciprocamente como sujeitos livres e iguais, para que, em conjunto ou em comunidade, cada qual possa realizar-se individualmente. (...) Fora de uma tal relação surge o risco de dominação e opressão do "outro", de formação de identidades negativas e de outras patologias pessoais e colectivas»* (SILVA DIAS, *Crimes Culturamente Motivados*, cit., pp. 137-138).

[54] Precisamente por isso, Mafalda Carmona recusa a pretensão estatizante de que o indivíduo deva ser protegido de si próprio e afirma mesmo que essas tentativas de pressão pública (e de estigmatização) dos destinatários dessas políticas (e ações) públicas corresponderiam a uma verdadeira estratégia de *"bullying"* estatal. Assim, ver CARMONA, Mafalda, *O tabaco, a liberdade e as mulheres como alvo fácil*, 15 de outubro de 2016, disponível *in https://www.capazes.pt/cronicas/o-tabaco-a-liberdade-e-as-mulheres-como-alvo-facil/*.

[55] A propósito da recente crise sanitária, foram criadas campanhas de propaganda absolutamente inaceitáveis e violadoras das liberdades individuais, precisamente, porque as mesmas pretenderam associar uma culpa pessoal dos afetados pelo vírus em circulação. Por exemplo, é inaceitável – no plano das políticas públicas – a campanha «Não deixes o vírus entrar», promovida pelo Governo e pelo SNS24 – Centro de Contacto do Serviço Nacional de Saúde. Em cartazes espalhados pelo país e em pequenos vídeos difundidos nas televisões, exibem-se, respetivamente, uma senhora de meia idade, um adulto e um jovem, internados numa unidade de cuidados intensivos, despidos, entubados e envoltos em máquinas cardiorrespiratórias, enquando se lançam sobre os destinatários daquelas imagens chocantes os seguintes anátemas *"Uma janela aberta podia ter ajudado a evitar tudo isto"* (cfr. https://www.youtube.com/watch?v=B0Wr0X4Bhcw), *"2 metros de distância podiam ter ajudado a evitar tudo isto"* (cfr. https://www.youtube.com/watch?v=wUFAUckzYAI) e *"Uma simples máscara podia ter ajudado a evitar tudo isto"* (cfr. https://www.youtube.com/watch?v=vwQdsPskgvE). Como é evidente, a ciência demonstra que não basta nem o arejamento de espaços fechados, nem a manutenção de distância, nem tão pouco o uso de máscara evita a contaminação pelo vírus Covid-19; apenas diminuem a probabilidade desse contágio. Acresce que é moral e retoricamente inaceitável que se insinue que as pessoas que foram infetadas pelo Covid-19 foram, afinal, responsáveis pela doença que contraíram. Esse abuso emocional sobre as vítimas de um desastre natural (e sobre os potenciais afetados pelo vírus) – ainda por cima, perpetrado por poderes públicos – corre, aliás, o risco de ser qualificado como tratamento degradante (quer porque explora, ainda que simuladamente, o sofrimento de infetados, quer porque gera uma ansiedade psíquica e um sentimento de culpa interiorizada pelos demais cidadãos) e, como tal, é proibido pelo artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

[56] Evidentemente, tal liberdade consciência, pressupõe, *ipso facto*, a potencialidade da consciência individual colocar em crise a autoridade do Direito (e do Estado) por lhe ser insuportável tolerar a obediência à vontade maioritária. Assim, ver GALVÃO TELES, Miguel, "Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*", in: *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos*, Almedina, 2007, pp. 921 e 922.

[57] Para uma análise global e exaustiva sobre a objeção de consciência, ver DAMASCENO CORREIA, António, *O Direito à Objecção de Consciência*, Vega, Lisboa, 1993; BACELAR GOUVEIA, Jorge,

à convicção religiosa, mas abrange todos os demais vetores da vida humana em sociedade, que concorrem para a formação da personalidade do indivíduo[58]: gostos gastronómicos, literários, culturais, filosóficos, éticos, desportivos; em suma, todas as opções que o indivíduo faça, na livre condução da sua vida.

A adoção de políticas públicas de promoção da saúde não pode, assim, invadir todos os espaços da vida em sociedade – o espaço escolar, o espaço hospitalar e clínico, o espaço público, o espaço familiar e, até (!), o espaço íntimo –, esgotando, assim, a possibilidade de o indivíduo experimentar e descobrir as atividades e modos de vida que melhor o autorrealizam, em toda a sua unicidade e particularidade. Esse verdadeiro totalitarismo sanitário acaba por legitimar – por muito que os seus carrascos o neguem – que os demais membros de uma comunidade (em regra, aqueles que revelam maior tolerância e obediência aos excessos totalitários[59]) apontem e denunciem todo e qualquer comportamento que se afigure como desviante[60]. Face ao padrão vigente, claro está.

Dito de outro modo, gera-se um fenómeno de ostracização social do (alegado) desviado ou inconformado, pois tais políticas públicas de promoção de saúde acabam por apenas reconhecer como válida a conduta dos cidadãos obedientes à lei (seguindo outra retórica, deveras preocupante, os *"cidadãos de bem"* ou, na versão inglesa, os *"abiding citizens"*). Daqui até ao ódio social, resta apenas um passo.

"Objecção de Consciência (direito fundamental à)", in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1994, pp. 165-194; MUÑOZ CONDE, Francisco, "A objecção de consciência em direito penal", in: *Revista do Ministério Público*, 69 (1997), pp. 101-118; PEREIRA COUTINHO, Francisco, "Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objecção de Consciência", in: «Themis», 11 (2005), pp. 245-285; SANTOS BOTELHO, Catarina, "O direito fundamental à objeção de consciência na «sociedade de risco»: abrir a caixa de Pandora?", in: *Garantia de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, pp. 389-418.

[58] GALVÃO TELES, "Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*", cit., pp. 922-923.

[59] Impõe-se, sempre, recordar a surpreendente (e perturbadora) investigação levada a cabo por Stanley Milgram, que, sem prévia informação sobre a respetiva natureza experimental, pediu aos seus alunos universitários que fossem infligindo intensidades crescentes de choques elétricos (e de dor) a outros voluntários humanos. Sucede que os mesmos responderam com a aplicação de graus letais de sofrimento, que poderiam ter conduzido à morte das cobaias (caso a experiência tivesse sido real), apenas porque tal lhes havia sido solicitado pelo respetivo educador e avaliador. Para maiores detalhes, ver MILGRAM, Stanley, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Harper & Ross, 1974.

[60] Em sentido idêntico, ver FIGUEIREDO, Susana, "A suspensão do direito de resistência", in: *Estado de emergência – COVID 19 – Implicações na Justiça*, CEJ, Lisboa, 2020, p. 454 (disponível *in* http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf). Conforme bem nota alguma doutrina, torna-se até mais fácil impor medidas materialmente totalitárias, em plena democracia, do que através de imposição ditadorial, visto que os membros dessa comunidade creem (erradamente) que o mero cumprimento das formalidades intrínsecas ao processo democrático justifica a imposição totalitária de restrições muito intensas às liberdades individuais, que estariam automaticamente legitimadas, por ter haviado uma prévia eleição dos titulares do poder para as impor. Nesse sentido, alerta Christian Bay: *"Os ditadores têm que confiar na polícia secreta e no terror recorrente, de modo a prevenirem revoluções e golpes de Estado. Os homens de Estado democráticos têm até certo ponto mais sorte, como vimos, porque normalmente podem confiar num amplo consenso que afirma não só a fé na democracia como ideal, mas também a crença de que esta se encontra já realizada e de que tudo o que é decretado democraticamente, nas condições actuais, deve ser obedecido, (...) na medida em que as pessoas pensam que a democracia é um facto consumado neste país, tendem a mostrar-se mais facilmente "manobradas"»* (cfr. BAY, Christian/WALKER, Charles C., *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, Sementeira, Lisboa, 1986, pp. 13-14).

Passamos, então, a ter o Direito Sancionatório Público – por vezes, até o Direito Penal – ao serviço dessa moralidade pública maioritária, em completo desrespeito pelas liberdades individuais e, em especial, pela liberdade de consciência. O móbil é claro: pune-se o desobediente – não porque ele coloque em causa a saúde pública[61] –, mas porque ele se recusa a manter-se saudável (de acordo com os padrões dominantes). Mais uma vez, é tudo apenas "para o seu bem" (ou *"for your own good"*).

O Direito Penal surge, então, como um braço armado do pensamento e da moralidade dominantes[62], procurando vergar o indivíduo à força de quem dita as regras[63]. Prevalece, então, um fim da pena maioritariamente assente na ideia de *"prevenção geral"*[64]. Pune-se para que os outros vejam o que acontece a quem desobedece[65]. A quem recusa a visão maioritária do que deve ser uma vida saudável e digna de ser vivida.

Evidentemente, tal visão totalitária é absolutamente destituída de qualquer cobertura constitucional, pois não só corresponde a uma restrição intolerável à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), como coloca em crise a principal trave-mestra dos sistemas constitucionais de todos os Estados ocidentais, de matriz democrata-liberal: o princípio da dignidade da pessoa humana (cfr. artigo 2.º da Constituição).

---

[61] De algum modo, faz sentido recordar aqui a lógica tripartida de Roxin, de acordo com a qual a atuação penal se divide em: (a) fase da ameaça – em que imperam fins de prevenção geral; (b) fase da determinação da responsabilidade e da pena – durante a qual impera um juízo sobre a culpabilidade do agente; (c) fase da execução da pena – em que prevaleceriam fins de prevenção especial. Assim, ver PÉREZ MANZANO, Mercedes, "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de las penas", in: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, ed. Jesús-María Silva Sánchez, JMB Editor, Barcelona, 1997, p. 75.

[62] Ilustrando esta crítica de acordo com a qual os fins de prevenção geral visam apenas instrumentalizar a condenação (ou até a mera perseguição) penal de um indivíduo, com vista a garantir uma obediência generalizada ao Direito vigente, ver HÖRNLE, Tatjana/VON HIRSCH, Andrew, "Tadel und Generalpäven-tion", *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, 142 (1995), pp. 261-282; SCHÜNEMANN, Bernd, "Sobre la crítica a la teoria de la prevención general positiva", in: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, ed. Jesús-María Silva Sánchez, JMB Editor, Barcelona, 1997, pp. 91-93.

[63] Conforme nota Christian Bay, essa tentativa de subjugação dos indivíduos ao poder político acaba, invariavelmente por abrir caminho para o totalitarismo, pelo que há que ser combatida: *"(...) a ordem política tende a tornar-se cada vez mais tirânica à medida que os cidadãos se tornam mais submissos"* (cfr. BAY/WALKER, *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, cit., p. 9).

[64] Sobre o conceito de prevenção geral e sua distinção face à prevenção especial, ver, por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, cit., pp. 50-53; PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo e no espaço e quanto às pessoas*, cit., pp. 59-63.

[65] Não é de estranhar, portanto, que "a doutrina juspenalista manifeste uma histórica resistência (social, político-legislativa e jurisprudencial) em reconhecer a exigência do conhecimento da iliticitude (potencial) e a prever a sua ausência como causa de afastamento da responsabilidade criminal, visto que ela fragiliza este objetivo de imposição generalizada de modelos de conduta destinados à proteção de bens jurídicos maioritariamente reconhecidos como valiosos. Assim, ver RUDOLPHI, Hans Joachim, "A consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre «culpa» e «prevenção»" (traduzido por Maria Fernanda Palma), *Direito e Justiça*, 3 (1987-1988), p. 87.

VI. O crime de desobediência

O tipo de ilícito criminal de desobediência (cfr. artigo 348.º do Código Penal) traduz, como nenhum outro, esta ideia autoritária e paternalista de um Direito que é heteroimposto ao indivíduo. Apenas porque sim.

Repare-se que não se exige sequer uma desobediência ativa, que empregue força, violência ou sequer resistência passiva. Basta que o indivíduo recuse vergar-se a *"ordem ou mandado legítimos"* (sic). A obediência é devida apenas porque a autoridade assim o determina[66]. E, note-se, até é devida mesmo que não haja uma norma legal que comine expressamente o não acatamento da ordem como crime [cfr. artigo 348.º, n.º 1, alínea *a)*, do Código Penal]. Basta que a própria autoridade ou o funcionário disso encarregue informe o indivíduo que o incumprimento da ordem gera responsabilidade criminal [cfr. artigo 348.º, n.º 1, alínea *b)*, do Código Penal][67].

Tal como se encontra previsto, este tipo de ilícito é absolutamente anacrónico, pois o princípio da colaboração e o princípio da transparência administrativa[68] exigem que o indivíduo deixe de ser um mero objeto da atividade da administração pública (incluindo quando a mesma é representada pelas forças de segurança) e passe a ser um sujeito ativo da atuação administrativa[69]. Coloco, aliás, em causa a constitucionalidade da norma incriminadora, por manifesta e excessiva restrição do direito de resistência (cfr. artigo 21.º da Constituição), da liberdade de agir (cfr. artigo 26.º da Constituição)

---

[66] Notando a excessiva amplitude desta norma incriminadora, ver LÍBANO MONTEIRO, Cristina, "Comentário ao Artigo 348.º (Desobediência)", in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 349.

[67] Uma parte significativa da doutrina juspenalista tem vindo a opor-se a esta conceção maximalista – que permite uma discricionariedade preocupante aos funcionários públicos ou aos agentes das forças de segurança – e a defender, ao invés, uma visão restritiva que ficasse circunscrita aos casos de desobediência decorrente de norma que expressamente detalhe e fixe os termos dessa incriminação. Entre muitos outros, ver CORREIA, Eduardo, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal: Parte Especial*, 1979, p. 441; SOUSA E BRITO, José de, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal*, 1993, p. 409. Em sentido contrário, alegando que só os funcionários ou os agentes de segurança que, concretamente e *"no terreno"* (?!?), contactem com o (alegado) desobediente ilícito é que estariam em condições de, caso a caso, determinar se se justifica a incriminação, mediante uma cominação discrionária, ver LAMAS LEITE, André, "'Desobediência em tempos de cólera'": a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", *Revista do Ministério Público*, Número Especial COVID-19 (2020), pp. 171-173 e 179-180. Sem qualquer razão, porém, na medida em que a aplicação de sanção – ainda por cima de natureza penal – a um caso concreto não pode dispensar a prévia determinação dos elementos típicos essenciais da conduta. Não cabe ao próprio agente de poderes de autoridade avaliar, decidir e punir o (pretenso) desrespeito por essa "autoridade". Nem tão pouco o mero "respeito pela autoridade" se pode afigurar como um bem jurídico constitucionalmente protegido, que justifique uma restrição das liberdades individuais, o que redunda numa flagrante violação do princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e, em especial, do princípio da necessidade da pena. Tendo em conta que a Constituição Administrativa consagra o princípio da participação dos cidadãos no processo de decisão administrativa (cfr. artigo 267.º, n.º 1, da CRP) e o direito à informação e à transparência administrativa (cfr. artigo 268.º, n.os 1 e 2, da CRP), não pode a discordância dos mesmos ser enfrentada com uma acusação por desobediência ilícita, pois isso desmentiria o propósito de estabelecimento de uma administração pública colaborativa e dialogante.

[68] Sobre a exigência contemporânea de uma administração pública colaborativa, ver PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa*, cit., § 58.

[69] PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa*, cit., idem.

e do direito de petição e de impugnação de decisões perante a própria administração pública (cfr. artigo 52.º da Constituição).

Não admira, portanto, que inúmeros países tenham vindo a descriminalizar estas condutas[70], mantendo apenas a criminalização da desobediência ativa e especialmente desvaliosa; designadamente, aquela que envolva o uso de violência ou a lesão de outros bens jurídicos (tais como propriedade privada alheia, propriedade pública ou a integridade física de terceiros, incluindo as forças de segurança ou funcionários encarregues da execução de decisão administrativa)[71].

Pode (e deve) discutir-se, aliás, se – mesmo ao admitir esta perspetiva mais restritiva – não se estaria a esvaziar de conteúdo a incriminação da desobediência ativa e violenta, por força das regras de concurso entre normas penais; o que sempre conduziria à sua dispensabilidade. Com efeito, invariavelmente, as normas que punem o crime de ofensa à integridade física (cfr. artigo 143.º do Código Penal), o crime de dano (cfr. artigo 212.º do Código Penal) ou o crime de resistência e coação de funcionário (cfr. artigo 347.º do Código Penal) acabariam sempre por consumir o crime de desobediência[72], na medida em que o elemento típico "desobediência através de violência" se esgotaria na punição daqueles primeiros crimes. Por força da consunção restaria, apenas, como bem jurídico a própria pretensão de autoridade pública e de respeito pela decisão administrativa[73]. Ora, nesse caso, manter-se-iam as objeções constitucionais à aceitação de que o mero exercício de autoridade coerciva pública justificaria a punição de quem não a aceita.

Um dos argumentos que tem sido invocado para justificar a não descriminalização do crime de desobediência reside na proliferação, em legislação extravagante[74], de

[70] LOPES DA MOTA, José Luís, "Crimes contra a autoridade pública", in: *Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal*, Volume II, 1998, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, p. 426-428.

[71] Nesse sentido, apenas excluindo do direito à objeção de consciência os atos de violência contra a ordem jurídica – e, portanto, admitindo a incriminação da desobediência por meio de violência –, ver MUÑOZ CONDE, "A objecção de consciência em direito penal", cit., p. 104.

[72] Sobre o efeito consuntivo das normas incriminadores prevalecentes, enquanto mecanismo de solução de situações de concurso entre crimes, ver FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, cit., pp. 1011-1013; FERREIRA LEITE, Inês, *Ne (Idem) Bis in Idem– Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Volume II, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, §130, pp. 354-356.

[73] Ainda que demasiado complacente com esta visão autoritária de exercício do poder administrativo, é assim que a doutrina juspenalista maioritária identifica o bem jurídico tutelado pela incriminação (a saber, uma pretensa "autonomia intencional do Estado"). Entre outros, ver LÍBANO MONTEIRO, "Comentário ao Artigo 348.º (Desobediência)", cit., p. 350; LAMAS LEITE, "Desobediência em tempos de cólera": a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", cit., pp. 177-178. Há até quem vá mais longe e sustente que tal incriminação até protegeria a "autonomia intencional do funcionário público", o que revela – previsamente – um preconceito inaceitável que pressupõe que o exercício da função administrativa depende do uso da força coerciva e da coação física e moral dos seus agentes sobre os destinatários da sua ação. Assim, ver PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 825. Em suma, a defesa do "respeitinho" pelas forças de autoridade (sejam eles funcionários públicos ou membros das forças de segurança). Essa conceção autoritária do exercício da função administrativa é, hoje, completamente inaceitável, à luz dos princípios mais elementares do Estado de Direito democrático e da lógica – hoje dominante – de uma administração paritária. Sobre este último conceito, ver, por todos, MACHETE, Pedro, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, 2007.

[74] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal*, 1993, p. 408.

sucessivas incriminações legais da desobediência (alegadamente) devida a uma ordem de autoridade pública. Isto é, cada vez que o legislador prevê determinado regime jurídico, fá-lo acompanhar da previsão e sanção penal, sempre que o indivíduo ouse desrespeitar o ditame legislativo. Ao invés de investir no convencimento do destinatário, pela força do argumento e da persuasão, o legislador desiste. E reage, despoticamente, ameaçando o insubmisso com o cárcere.

De modo deveras preocupante, a legislação da crise pandémica veio acentuar esta situação (já de si inaceitável). À medida que o cansaço pandémico e que o somatório temporal de medidas restritivas aumentou – o que, aliás, arrisca conduzir a um excesso (cfr. Acórdão n.º 352/2012, do Tribunal Constitucional)[75] –, passaram a proliferar incriminações de atos de desobediência a ordens dirigidas pelas autoridades públicas em sedes legais de duvidosa constitucionalidade. Numa fase inicial da pandemia, as próprias forças de segurança (e demais funcionários públicos) evitaram a aplicação de sanções à infração de regras de conduta destinadas a prevenir e combater a disseminação do vírus Covid-19, tendo antes optado por uma postura mais pedagógica – "fase de contenção".

Já numa segunda fase, passámos a assistir ao intensificar da perseguição às infrações relacionadas com a legislação da crise pandémica, com os primeiros casos de abertura de autos de inquérito por crime de desobediência. Porém, essa incriminação não decorria de norma legal que cominasse, de forma expressa, esse tipo de crime

[75] Durante a jurisprudência da crise (económico-financeira), o Tribunal Constitucional fixou os parâmetros da admissibilidade de um somatório de medidas restritivas de direitos fundamentais (*in casu*, o direito ao salário e o direito à pensão), considerando que a adoção sucessiva de medidas restritivas, que perduram no tempo, constitui um excesso restritivo que contraria o princípio da proporcionalidade (e, naquele caso, o princípio da igualdade). Dessa feita, o Acórdão n.º 353/2012 (Cura Mariano) foi inequívoco ao determinar a inconstitucionalidade de normas orçamentais que, pelo segundo ano consecutivo, aplicavam reduções salariais e nas pensões de reforma. Logo no ano seguinte, o Tribunal Constitucional voltou a robustecer esta orientação jurisprudencial, através do Acórdão n.º 187/2013 (Carlos Fernandes Cadilha), que renovou o juízo de inconstitucionalidade sobre novas normas restritivas dos direitos ao salário e à pensão: *«Na última dessas decisões, o Tribunal considerou, porém, que os efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios impostos às pessoas com remunerações do setor público, sem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, corresponde a uma diferença de tratamento que não encontra já fundamento bastante no objetivo da redução do défice público. E implica por isso uma violação do princípio da igualdade proporcional, assente na ideia de que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade e não pode revelar-se excessiva. Não há motivo agora para alterar este juízo. (...) O agravamento fiscal teve ainda um efeito de maior onerosidade para essa categoria de pessoas relativamente à situação que resultava das medidas precedentemente previstas na Lei do Orçamento de Estado para 2012. E, por outro lado, a redução salarial tem vindo a ser acompanhada, entre outras, de medidas adicionais de congelamento de progressão na carreira e de valorização remuneratória, que, objetivamente, representam também uma alteração significativa da posição jurídica dos trabalhadores da Administração Pública (artigos 24.º, n.os 1 e 9, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, 20º, n.º 5, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e 35º, n.os 1 e 12, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro)»*. Como é evidente, o somatório de restrições às liberdades individuais, decorrentes de medidas destinadas a combater a crise sanitária não pode deixar de obedecer às mesmas limitações que a jurisprudência constitucional já estabeleceu para a crise económico-financeira. Sobre a natureza necessariamente provisória de juízos que tolerem a inconstitucionalidade decorrente de uma restrição desproporcionada de direitos fundamentais, ver PRATA ROQUE, "Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais", cit., § 5.

[cfr. alínea *a)* do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal][76], mas apenas de cominação feita pela própria autoridade ou funcionário [cfr. alínea *b)* do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal][77] – "fase de perseguição sem habilitação constitucional".

Finalmente, constatando as dúvidas sobre a constitucionalidade[78] da aplicação de normas incriminadoras da desobediência à legislação da crise pandémica que não se fundavam em lei parlamentar, o Presidente da República, procedendo à 7.ª renovação do estado de emergência, proferiu o Decreto n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro, que, pela primeira vez, incluiu uma previsão expressa desse crime de desobediência[79]. Com efeito, apesar de a Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (aprovada pela Lei

[76] Na verdade, procurando criar base legal suficiente que habilitasse a abertura de processos-crime e a posterior punição penal de atos de desobediência às normas (e meras orientações técnicas) emitidas por si e por outros órgãos administrativos (com a Direção-Geral de Saúde à cabeça), o Governo começou por prever o crime de desobediência nos artigos 3.º, n.º 2 (relativo ao confinamento obrigatório), 7.º (relativo à proibição de funcionamento de estabelecimentos) e 32.º, n.º 1, alínea *b* (relativo aos poderes das forças de segurança), todos do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março. Sucede, porém, que o referido decreto de execução do decreto presidencial que decretou o primeiro estado de emergência nem detém natureza de ato legislativo (cfr. artigo 112.º, n.º 1, da CRP), nem goza de autorização legislativa parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *b)*, e n.º 2, da CRP), pelo que aquela incriminação se apresentou, desde a sua génese, como inconstitucional. Esta opção normativa manteve-se, quer com o Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril, quer com os subsequentes decretos de execução do(s) estado(s) de emergência. Sobre este regime jurídico, ver BRITO NEVES, António, "Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência", in: *Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*, CIDPCC, Lisboa (disponível *in https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/29/crimes-desobedientes-analise-da-base-legal-para-as-detencoes-por-desobediencia/*).

[77] Com efeito, os sucessivos decretos governamentais de execução do estado de emergência apenas fixaram um dever geral de confinamento (cfr. artigo 5.º do já citado Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março) para aqueles que não estejam sujeitos a confinamento obrigatório (por exemplo, os que se encontrem infetados pelo vírus), cuja violação apenas pode ser punida em caso de expressa cominação, pessoal e direta, por membro das forças de segurança. Porém, também neste caso, se exigiria sempre que essa previsão constasse de diploma com natureza legislativa, visto que o princípio da legalidade exige que a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal não funcione como uma porta escancarada para que o governo (ou mesmo outras entidades administrativas) adotem, sob a forma regulamentar, normas que permitam às forças de segurança interpelar os cidadão e, assim, cominar as suas condutas (alegadamente) infratoras como crimes de desobediência. Na doutrina, em sentido idêntico, ver BRITO NEVES, "Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência", cit.

[78] A tentativa presidencial de operar uma espécie de ratificação retroativa do originário Decreto n.º 2-A/2020, do Conselho de Ministros, através da novação de normas anteriores inconstitucionais (e até de atos administrativos praticados pelas forças de segurança) não encontra qualquer arrimo constitucional ou sequer legal e arrisca até a ser interpretado como uma tentativa de condicionamento dos tribunais que vieram a decidir no sentido da inconstitucionalidade da incriminação por desobediência indevida, em flagrante violação do princípio da separação de poderes (cfr. artigo 111.º, n.º 1, da CRP), seja em relação aos tribunais, seja em relação ao próprio parlamento. Em sentido igualmente crítico, ver REIS NOVAIS, Jorge, *Estado de emergência – quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial*, Observatório Almedina, 19/3/2020, (disponível *in* https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/); AU-YONG OLIVEIRA, Alexandre, "O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação – breves notas", in: *Estado de emergência – COVID 19 – Implicações na Justiça*, CEJ, Lisboa, 2020, pp. 442-444 (disponível *in* http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf).

[79] Com efeito, nos termos do artigo 6.º do Decreto n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro, esclareceu-se que: *«A violação do disposto na declaração do estado de emergência, incluindo na sua execução, faz incorrer os respetivos autores em crime de desobediência, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, na sua redação atual»*.

n.º 44/86, de 30 de setembro) prever, de modo demasiado genérico, que a violação das regras fixadas pelo decreto do estado de emergência ou pelo respetivo decreto de execução implica a prática de um crime de desobediência[80], certo é que não fixa os seus elementos típicos, com a necessária concretude e precisão, já que aparenta permitir que qualquer violação à referida lei ou àqueles decretos excecionais constitua a prática de crime[81].

Ao adotar as medidas de execução daquele decreto do estado de emergência, o Governo aprovou o respetivo decreto de execução (cfr. Decreto n.º 11-A/2020, de 21 de dezembro de 2020, proferido pelo Conselho de Ministros) que definiu, de modo taxativo, quais seriam as regras cuja violação implicaria a prática de crime de desobediência; a saber:

- Violação de confinamento obrigatório (artigo 3.º);
- Desrespeito pelo dever de encerramento de estabelecimentos (artigo 11.º);
- Proibição de circulação na via pública durante a noite, em concelhos de risco elevado e de risco muito elevado ou extremo (artigos 34.º e 39.º);
- Proibição de circulação na via pública aos sábados e domingos (artigo 40.º);
- Restrições às atividades de comércio e de prestação de serviços aos sábados e domingos, nos concelhos de risco muito elevado e extremo (cfr. artigo 43.º);
- Restrições relativas aos períodos do Natal e do Ano Novo (cfr. artigos 45.º a 52.º)[82].

Ainda assim, de modo surpreendente, o referido decreto governamental vem esclarecer (ou, quiçá, lançar ainda mais dúvidas) que cabe às forças de segurança e às polícias

[80] Nota-se aliás que, nos termos do artigo 7.º da sua versão originária, aprovada pela Lei n.º 44/86, de 30 de setembro: *«A violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei, nomeadamente quanto à execução daquela, faz incorrer os respectivos autores em crime de responsabilidade»*. Ora, a expressão "crime de responsabilidade" não podia deixar ser aplicada de modo congruente com o sistema de Direito vigente, devendo, portanto, ser interpretada como um dos crimes de catálogo previstos no Regime dos Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos (aprovado pela Lei n.º 34/86, de 16 de julho, na redação última que lhe foi conferida pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril). Porém, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio, essa questão ficou resolvida. Ainda que tenha permanecido irresolvida a questão da delimitação concreta dos elementos típicos do crime de desobediência e sua compatibilização com atos normativos de natureza não legislativa, como são os decretos presidenciais e governamentais. Sobre o tema, ver LAMAS LEITE, "Desobediência em tempos de cólera": a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", cit., pp.169-170.

[81] Na tentativa (vã) de justificar a reiterada ausência de autorização normativa para incriminação, como desobediência, de atos de incumprimento da legislação da crise pandémica, o Presidente da República ainda procurou emendar a mão, incluindo a seguinte justificação, no preâmbulo do Decreto n.º 66-A/2020: *«Finalmente, recorda-se que o crime de desobediência está já previsto na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, pelo que a referência no presente diploma não constitui, nem podia constituir, nenhuma novidade, nem alargamento de âmbito»*. Sem qualquer razão, porém. Não só o artigo 7.º apenas emprega a enigmática expressão *"crime de responsabilidade"* (que não encontra qualquer paralelo, na história da legislação penal portuguesa, com o crime de desobediência), como não fixa, em momento algum, nenhum dos elementos típicos daquele (pretenso) crime ou, sequer, dita a respetiva moldura penal.

[82] Obviamente, tratava-se de norma temporária ou provisória, que cessou vigência, *"ope legis"*, em 5 de janeiro de 2021. Por conseguinte, o seguinte decreto de regulamentação do (novo) estado de emergência, viria a eliminar estes artigos, deixando a sua violação de constituir crime de desobediência (cfr. artigo 2.º do Decreto n.º 2-A/2021, de 7 de janeiro, que alterou o artigo 58.º do anterior Decreto n.º 11/2020, de 6 de dezembro, na redação que já lhe havia sido conferida pelo Decreto n.º 11-A/2020, de 21 de dezembro).

municipais decidir sobre a cominação do crime de desobediência[83]; o que significa que o Governo admite que o seu próprio decreto (e o decreto presidencial do estado de emergência) não são instrumento normativo bastante para criar, por via legislativa, um novo crime de desobediência. Tudo aponta no sentido de o Governo estar ciente de que a competência legislativa para criação de crimes cabe, exclusivamente, à Assembleia da República, salvo autorização ao Governo [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *a)*, e n.º 2, da Constituição]. Ora, uma vez que o decreto de regulamentação do estado de emergência não assume natureza legislativa, terá entendido o Governo – e, a meu ver, bem – que aquela não era sede própria e suficiente para cuminar, por via de *"disposição legal"*, a punição de atos de desobediência [conforme determina a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal].

Deve notar-se, aliás, que os tribunais portugueses[84] notaram bem esta evidente inconstitucionalidade orgânica e isentaram de responsabilidade criminal os indivíduos

[83] Para melhor compreensão, transcreve-se o teor do artigo 58.º do Decreto n.º 11-A/2020, de 21 de dezembro de 2020, proferido pelo Conselho de Ministros: *«1 – Compete às forças e serviços de segurança e às polícias municipais fiscalizar o cumprimento do disposto no presente decreto, mediante: (...) d) A cominação e a participação por crime de desobediência, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, bem como do artigo 7.º da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, por violação do disposto nos artigos 11.º, 34.º, 39.º, 40.º, 43.º e 45.º a 52.º do presente decreto, bem como do confinamento obrigatório por quem a ele esteja sujeito nos termos do artigo 3.º».* Posteriormente, o Conselho de Ministros procederia a uma ressistematização destas regras de conduta, através do Decreto n.º 3-A/2021, de 14 de janeiro. A previsão do crime de desobediência, nos mesmos e exatos termos, passaria a ficar consagrada no artigo 41.º daquele decreto governamental: *«1 – Compete às forças e serviços de segurança e às polícias municipais fiscalizar o cumprimento do disposto no presente decreto, mediante: (...) d) A cominação e a participação por crime de desobediência, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, bem como do artigo 7.º da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, por violação do disposto nos artigos 4.º, 5.º, 14.º e 15.º do presente decreto, bem como do confinamento obrigatório por quem a ele esteja sujeito nos termos do artigo 3.º».*

[84] Bem sintomático deste entendimento (também seguido pelos tribunais de primeira instância), é o Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, em 09 de novembro de 2020, Proc. n.º 119/20.1PBCHV.G, nos termos do qual se fixou o seguinte entendimento: *«O Governo antes de a invocar teve o cuidado de em jeito de preâmbulo referir que a "situação excecional que se vive e a proliferação de casos registados de contágio de Covid-19 exige a aplicação de medidas extraordinárias e de caráter urgente de restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita com direitos de circulação e às liberdades económicas, em articulação com as autoridades europeias, com vista a prevenir a transmissão do vírus. (...) urge adotar as medidas que são essenciais para propositadamente, restringir determinados direitos para salvar o bem maior que é a saúde pública e a vida de todos os portugueses.*
(...) Estas medidas devem ser tomadas com respeito pelos limites constitucionais e legais, o que significa que devem, por um lado, limitar-se ao estritamente necessário e, por outro, que os seus efeitos devem cessar assim que retomada a normalidade". Se as considerações expostas ajudam a perceber a preocupação em conter a propagação do vírus, não podem fazer esquecer o respeito devido pelos fundamentos democráticos da sociedade, porque "a democracia não poderá ser suspensa", o certo é que a criação de um novo tipo de crime vai, obviamente, muito para além da competência administrativa invocada para a regulamentação do estado de emergência, pelo que não há dúvida de que o Decreto 20-A/2020 ao definir um novo tipo de crime, invade a competência legislativa que lhe não compete e que só competiria se tivesse sido prevista por uma lei de autorização legislativa. É também nisto que consiste o princípio do Estado do direito democrático estabelecido no artigo 2º da CRP. Acresce que olhando o teor da Resolução da Assembleia da República 15-A/2020 de 18/03 que autorizou o Presidente da República a declarar o estado de emergência, não se retira dela que contenha uma autorização para que o Governo pudesse criar um novo tipo de crime. Não basta estatuir que ficam parcialmente suspensos alguns direitos, nomeadamente o direito de deslocação, para daí retirar sem mais a aceitação de que a suspensão de direitos implica automaticamente a criminalização das condutas» (cfr. http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4bf68cafb74dfa0280258639005815e9?OpenDocument).

que incumpriram normas relativas à execução do estado de emergência ou a ordens destinadas à sua implementação, até à entrada em vigor do Decreto n.º 11-A/2020, do Conselho de Ministros, que regulamentou e executou o novo regime presidencial do estado de emergência. Com efeito, em completo atropelo à reserva de competência legislativa parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *a)*, da Constituição], o Conselho de Ministros havia aprovado uma norma, que incluiu em ato que nem sequer dispunha de natureza legislativa – isto é, no Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, que regulamentou e executou a declaração presidencial do estado de emergência (cfr. Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março) –, nos termos da qual se incriminava como desobediência ilícita o incumprimento de confinamento obrigatório decretado pela Direção-Geral de Saúde[85]. Evidentemente, não só o decreto governamental em causa não assume natreuza legislativa (cfr. artigo 112.º, n.º 1, da Constituição), como a aplicação de tal norma implicaria que um instrumento de natureza regulamentar interpretasse e inovasse na ordem jurídica portuguesa, prevendo um crime que não gozava de cobertura legal prévia (cfr. artigo 112.º, n.º 5, da Constituição)[86].

[85] Na verdade, o artigo 3.º do referido Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, determinava o seguinte: *«1 – Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde ou no respetivo domicílio: a) Os doentes com COVID-19 e os infetados com SARS-Cov2; b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa. 2 – A violação da obrigação de confinamento, nos casos previstos no número anterior, constitui crime de desobediência»*.

[86] Em sentido idêntico, ver BRITO NEVES, "Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência", cit.; AU-YONG OLIVEIRA, "O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência...", cit., p. 433.

Em sentido contrário, REIS NOVAIS (*Estado de emergência – quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial*, cit.), apesar de não negligenciar o artigo 19.º, n.º 7, da Constituição, giza uma tese segundo a qual a suspensão dos direitos, liberdades e garantias operada pelo decreto presidencial de emergência torná-los-ia inexistentes (ou, pelo menos, desprovidos de eficácia), pelo que a reserva relativa de competência legislativa não se lhes aplicaria, ficando o Governo livre para adotar normas por mero ato normativo não legislativo. Não vislumbro qualquer fundamento para a suspensão da repartição usual de competência entre os órgãos de soberania, visto que o artigo 19.º da Constituição não determina, em momento algum, a suspensão de tais regras constitucionais. Bem pelo contrário, reafirma-las (cfr. n.º 7 do artigo 19.º da CRP). Tal como impede a dissolução da Assembleia da República durante a vigência de estado de emergência (cfr. Artigo 172.º, n.º 1, da CRP), de modo a garantir o controlo político dos atos de emergência, bem como a manutenção do exercício de poder legislativo pelo órgão parlamentar. Assim sendo, só poderá haver regulação normativa da extensão e modo da suspensão de direitos fundamentais por via de ato legislativo. Em sentido idêntico, ver FILIPE MAGALHÃES, Vânia, "Reflexões sobre o crime de desobediência em estado de emergência", *Julgar* (online), Março de 2020 (disponível *in* http://julgar.pt/reflexoes-sobre-o-crime-de-desobediencia-em-estado-de-emergencia/), pp. 2-3. Por sua vez, André Lamas Leite aparenta entender que a mera previsão do crime de desobediência pelo artigo 7.º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, que inclui a violação de qualquer norma contida nos decretos presidenciais e governamentais de emergência, seria suficiente para sanar qualquer inconstitucionalidade orgânica da norma incriminadora (assim, ver LAMAS LEITE, "'Desobediência em tempos de cólera': a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", cit., p. 172). Sem qualquer razão, porém. Em primeiro lugar, porque o princípio da legalidade penal exige não só lei prévia, mas também lei certa. Ora, a manifesta ausência de densidade normativa do referido artigo 7.º permitiria, assim, uma flagrante fraude constitucional, podendo o Presidente da República e o Governo incriminar condutas por meros despachos não legislativos. Em segundo lugar, não existe apenas uma reserva de competência parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *c)*, da CRP], em matéria de criação de novos tipos penais. A ela acresce a "reserva de lei" (cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP), de âmbito material,

Em suma, os poderes públicos aparentam ter entendido que, em tempo de pandemia, valia tudo. Inclusive fazer vista grossa a comandos constitucionais essenciais à garantia da separação de poderes e do Estado de Direito democrático[87]. Sucede, porém, que – conforme já demonstrei, noutro estudo[88] –, a crise (seja ela financeira ou, agora, sanitária) não legitima, por si só, uma violação persistente, estrutural e prolongada no tempo dos comandos constitucionais. Se é aceitável – em teoria – que o Tribunal Constitucional (e os demais tribunais) tolerem uma inconstitucionalidade temporária e transitória, em reação a uma situação de emergência devidamente justificada[89], certo é que tais juízos precários de constitucionalidade não se podem consolidar, transformando o que é excecional na regra.

Também aqui se verifica um preocupante (e perigoso) totalitarismo sanitário. Que aparenta autojustificar-se, atropelando a Constituição e a Lei, em prol da já citada máxima "é só para o teu bem" (ou *"it´s just for your own good"*).

VII. A objeção de consciência

A renitência (e até mesmo a resistência) de cada indivíduo em aceitar esta crescente banalização do mau-estar[90] – perpetrada pelos poderes públicos que insistem em simular um ambiente totalitário e asséptico de falsa segurança sanitária – confronta-nos com o tema dos infratores por convicção[91]. Face ao somatório de restrições às mais elementares liberdades fundamentais, resistir torna-se, novamente, numa exigência elementar de cidadania. Esta distinção entre ser-se cidadão consciente e esclarecido – na plenitude do seu sentido – e mero súbdito, é bem ilustrado pelo célebre apelo de Henry David Thoreau[92] contra um governo injusto ou ineficaz: *«Julgo que devemos*

que impede que qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias possa ocorrer por ato jurídico-público infralegislativo (como é o caso).

[87] Aliás, deve notar-se que, a coberto e através do subterfúgio de um estado de (permanente) emergência, que dura há mais de um ano, operou-se a uma hiperpresidencialização do regime e a uma governamentalização do procedimento normativo, excluindo-se o parlamento – ou melhor, tendo-se este autoexcluído – das principais decisões político-legislativas adotadas para reação à crise sanitária. Em idêntico sentido, realçando esta transmutação informal do equilíbrio de poderes no sistema de governo português, ver LAMAS LEITE, "'Desobediência em tempos de cólera': a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", cit., p. 168.

[88] PRATA ROQUE, "Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais", cit., pp. 886-896.

[89] PRATA ROQUE, "Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais", cit., idem.

[90] Assim tomando de empréstimo a expressão a ARENDT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963), Ítaca, 2017.

[91] Sobre o tema, ver, por todos, SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., *passim* e, em especial, pp. 31-64; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Dos factos de convicção aos factos de consciência: uma consideração jurídico-penal", in: *Ab Vno Ad Omne: 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pp. 663-705;

[92] Este pensador nortemaericano fez uma das mais fervorosas e cabais defesas da liberdade de consciência do indivíduo face ao poder político e do direito à desobediência civil, sempre que o cumprimento das imposições e ordens públicas se revele injusto, ineficaz ou excessivamente compressor das liberdades

ser homens primeiro e súbditos depois. Não é desejável cultivar um respeito pela lei, quanto mais pelo Direito. A única obrigação que temos direito a assumir é fazer, a cada momento, aquilo que achamos correto (...). É reconhecido a todo o homem o direito à revolução; ou seja, o direito de recusar aliar-se, e de resistir, ao governo, quando a sua tirania ou a sua ineficiência são grandes e intoleráveis»[93].

O modelo imposto pelos excessos totalitários do poder público – recordo e saliento as flagrantes inconstitucionalidades orgânicas e formais; a restrição desproporcionada da liberdade de agir, por reporte à efetiva lesividade e letalidade do vírus ou de outras doenças; a pressa irrefletida (e até a leviandade) em adotar medidas erráticas; e a tentativa de imposição de um modelo único de pensamento e de viver – cria em alguns destinatários das medidas de saúde pública um evidente antagonismo interno, filosófico e ideológico[94].

Esta atitude insubmissa fica, aliás, lapidarmente expressa pela célebre invectiva de Benjamin Franklin, pai-fundador da federação norteamericana, segundo o qual *"Aqueles que desistem da Liberdade essencial, em troca de uma pequena e temporária Segurança, não merecem nem Liberdade, nem segurança"*[95]. Nesse sentido, a objeção

individuais. Thoreau procura demonstrar que os fenómenos coletivos de adesão acrítica às regras de conduta heteroimpostas não decorrem de um discurso racional, mas antes da mera acomodação dos indivíduos, constrangidos pela pressão do fenómeno grupal: *«A Lei nunca fez ninguém um pouco mais justo, que fosse; e, por causa do seu respeito, até os bem intencionados se transformam, diariamente, em agentes da injustica. Um natural e comum resultado do respeito indevido pela lei é que podemos ver uma bateria de soldados, coronel, capitão, batedores, auxiliares e encarregados de artilharia, todos a marchar, com um rigor e ordem admiráveis, pelos vales e montes, até à guerra, contra a sua vontade e contra o seu senso comum e as suas consciências, o que a transforma numa marcha bem íngreme e nos faz palpitar o coração. Nenhum deles tem dúvidas de que aquela é uma ação danosa em que estão envolvidos; todos se encontram inclinados para a paz. Então, o que são eles? São sequer homens? Ou apenas peças amovíveis, ao serviço de algum poderoso sem escrúpulos?»* [cfr. THOREAU, Henry David, *Civil Desobedience* (1849), Libertas Institute, Utah, 2014, pp. 3 e 4, disponível *in https://libertas.org/books/civildisobedience.pdf*].

[93] THOREAU, *Civil Desobedience*, cit., pp. 3 e 5.

[94] SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., p. 15.

[95] Esta célebre expressão de Benjamin Franklin foi proferida na Assembleia Colonial da Pennsylvania, em 11 de novembro de 1775, em Philadelphoa, como resposta ao pedido do Governador Morris que pretendia uma autorização daquela assembleia para criação de uma milícia e para obtenção de fundos que servissem para perseguir e assassinar os índios nativos de Penn´s Creek e de outras localidade do Susquehanna Valley. O Governador inglês enfrentou grande resistência por parte dos parlamentares da Pennsylvania que resistiram ao pedido que lhes foi dirigido e antes propuseram que se encetassem negociações de paz com os índios nativos. Colérico, o Governador Morris ridicularizou a Assembleia Colonial, enviando-lhe uma mensagem, em 5 de novembro de 1775, nos termos da qual manifestou espanto por os parlamentares tomarem o partido de índios selvagens que massacravam as populações de colonos e informou que iria pegar numa mílicia armada e persegui-los até aos limites das fronteiras da Pennsylvannia, já que não haveria nada que se aproveitasse em permanecer em Philadephia com este tipo de membros da Assembleia Colonial. É nesse momento, em resposta a esta tirada despótica, que Benjamin Franklyn profere um discurso emotivo, mas profundamente racional, em que recusa o lançamento pela Coroa de mais um tributo sobre os colonos, para financiar atividades de segurança interna (isto é, de perseguição aos índios nativos), e em que demonstra que uma segurança permanente não se constroi através de iniciativas repressivas isoladas, nem mediante a perda de liberdade de decisão por parte de quem a reclama. Para uma leitura do texto integral, ver o arquivo oficial da Assembleia de Representantes do Estado da Pennsylvania, in: *Votes and Proceeding of the House of Representatives*, 1755-1756 (Philadephia 1756), pp. 19-21 (disponível *in* https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-06-02-0107).

a normas de conteúdo pró-sanitário que constrangem as liberdades individuais corresponde a um mecanismo perfeitamente lícito (e até recomendável) de combate a excessos totalitários dos poderes públicos. A convicção dos objetores e insubmissos não pode, assim, deixar de ser ponderada como causa de exclusão da ilicitude (ou, pelo menos, da culpa) desses mesmos indivídiduos.

A Lei Fundamental consagra, aliás, este direito fundamental do desobediente por convicção – ou, numa outra terminologia, o "direito à indignação". Fá-lo, desde logo, quando protege a liberdade de pensamento e de consciência (cfr. artigo 41.º, n.º 1, da Constituição) e, em especial, o direito fundamental à objeção de consciência (cfr. n.º 6 do mesmo preceito constitucional). Fá-lo também quando associa a essa liberdade individual de escolha, através do pensamento, dos valores filosóficos, éticos e sociais a prosseguir à liberdade de os expressar (cfr. artigo 37.º, n.º 1, da Constituição) e de agir em conformidade com os mesmos (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição). Fá-lo ainda – conforme melhor demonstrarei, adiante[96] – através da garantia da possibilidade de resistir face ao arbítrio, excesso e abuso de autoridade pública (cfr. artigo 21.º da Constituição).

Importa, porém, relembrar que o direito à objeção de consciência depende da verificação de uma insuportabilidade interna[97], para o desobediente convicto, decorrente do hipotético cumprimento do comando normativo ou de ordem emitida por autoridade pública. Ou seja, não basta que o desobediente convicto discorde da decisão tomada pelos poderes públicos; nesse caso, bastar-lhe-ia exercer o seu direito de oposição democrática (cfr. artigo 114.º, n.º 2, da Constituição), perfilando-se, assim, como minoria digna de proteção, através do instituto da desobediência civil[98]. Forçoso será que o cumprimento da norma ou da ordem constranja, de tal modo intenso, a sua consciência interna que o mesmo não seja tolerável, pela própria ordem jurídica[99]. A mero título

[96] Cfr. o § VIII do presente estudo.

[97] Salientando esta natureza de último recurso, exigido pela insuportabilidade da ação contra a qual se objeta, ver, por todos, SINGER, Peter, *Democracy and Disobedience*, Oxford University Press, 1973, p. 103; NAVARRO-VALLS, Rafael, "La objeción de conciencia al aborto: Derecho Comparado Y Derecho español", in: *Anuario de Derecho Eclesiastico del Estado*, 2 (1986), p. 261; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, "Sobre el concepto de objeción de conciencia", in: *Dereito*, 2 (1994), pp. 178-179; BACELAR GOUVEIA, "Objecção de Consciência (direito fundamental à)", cit., p. 17.

[98] Com efeito, não deve confundir-se objeção de consciência com o instituto da desobediência civil, visto que este último pressupõe uma pretensão, por parte de quem a exerce, de influência e de agregação de outros ao seu projeto contestatário. Em suma, a objeção de consciência radica numa insuportabilidade pessoal de acatamento de uma regra de conduta heteroimposta, enquanto a desobediência civil já encerra, em si, uma dimensão coletiva, de busca de agregação de terceiros, em torno de uma causa política, social ou cultural. Sobre este confronto entre a dimensão individual da objeção de consciência e a dimensão coletivista da desobediência civil, ver MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "Las objeciones de conciencia y los interesses generales del ordenamento", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidade Complutense*, 79 (1991-92), pp. 200-201; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, "Sobre el concepto de objeción de conciencia", cit., pp. 166-177.

[99] Reportando-se ao pensamento de Gustav Radbruch, Augusto Silva Dias é categórico e veemente, na defesa dessa insuportabilidade interna: *«O autor por convicção, ao invés, não está em contradição consigo próprio. Ele age de acordo com uma visão do mundo que rejeita o comando jurídico e que não é superior nem inferior, mas oposta. A pena não pode enfrentá-lo com superioridade ética e portanto deve ser vista*

de exemplo – porque o teor e extensão deste estudo não se compadece com maior desenvolvimento –, seria o caso de um vegetariano que fosse obrigado, por lei, a consumir proteínas animais, com o fundamento de que esses nutrientes seriam indispensáveis à sua saúde individual. Ou o caso de um fumador inveterado que fosse obrigado a receber injeções de um substituto da nicotina, assim sendo privado do prazer e bem-estar emocional que retira do ritual cénico do ato de fumar.

Importa ainda esclarecer que este direito fundamental à objeção de consciência não depende (não pode depender) de lei especial. A circunstância de a norma que a consagra (cfr. artigo 41.º, n.º 6, da Constituição) assumir a natureza de uma "norma não exequível por si mesma"[100] não significa que a mesma não disponha de força vinculativa[101]. Bem pelo contrário, há um dever de omissão imediato, pelos poderes públicos, de agirem em sentido que viole a consciência individual do desobediente convicto.

Desde logo, porque, tratando-se do exercício de um direito fundamental, a atuação do desobediente convicto exclui a ilicitude do ato de incumprimento de norma ou de ordem [cfr. artigo 31.º, n.º 1, alínea *b)*, do Código Penal)[102]. Por outro lado, mesmo que se admitisse que a ausência de lei expressa sobre o objetor de consciência a medidas restritivas de promoção da saúde pública o impediria do exercício lícito de tal direito, certo é que, pelo menos, essa reta convicção justificaria sempre a ponderação da exclusão da culpa[103], seja por falta de consciência da ilicitude[104]

---

como instrumento de defesa da ordem estatal contra o inimigo interno, uma espécie de prisão de guerra cumprindo um fim de segurança» (cfr. SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., p. 15).

[100] Assinalando esta caraterística, mas criticando a solução constitucional encontrada, por esta restringir excessivamente a operatividade prática do direito à objeção de consciência que apenas seria invocável quando o próprio sistema de normas jurídicas admitisse a sua inobservância pontual, ver LAMEGO, José, *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência – O Direito Fundamental da Liberdade de Consciência*, AAFDL Editora, Lisboa, 1985, pp. 106-107; BACELAR GOUVEIA, "Objecção de Consciência (direito fundamental à)", cit., p. 179.

[101] Disso é bem ilustrativa a evolução do pensamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira que, nas últimas edições do seu comentário constitucional já admitem que o direito à objeção de consciência não carece, forçosamente, de prévia previsão legal, visto que, como qualquer outro direito fundamental vincula o legislador, o aplicador e o intérprete, pelo que deve apenas obedecer à metódica própria do conflito entre direitos e bens jurídicos constitucionais. Assim, ver GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 616.

[102] Qualificando o exercício do direito à objeção de consciência como uma causa de exclusão da ilicitude, ver BACELAR GOUVEIA, "Objecção de Consciência (direito fundamental à)", cit., pp. 182-183; PEREIRA COUTINHO, "Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objecção de Consciência", cit., pp. 260-261. Em sentido contrário, recusando que o exercício desse direito consubstancia uma causa justificativa de conduta tipicamente criminosa, ver MUÑOZ CONDE, "A objecção de consciência em direito penal", cit., p. 109. De modo até mais amplo, admitindo que, mesmo quando não haja objeção de consciência (em sentido técnico), haverá sempre proteção do desobediente por convicção, por via desta causa de exclusão da ilicitude, ver SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., p. 114.

[103] Nesse mesmo sentido, Augusto Silva Dias demonstra precisamente que: *«O direito de liberdade de consciência não está sujeito a qualquer reserva de lei ordinária e o facto de o art. 41.º n.º 6 da Constituição garantir o direito à objecção de consciência nos termos da lei, não impede que autênticas decisões de consciência tenham lugar fora do contexto da regulação legal: uma coisa é na verdade a existência ou*

(cfr. artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal), seja por força de uma causa não tipicamente prevista[105].

Desejavelmente, a legislação que fixe restrições às liberdades individuais com vista à promoção da saúde pública deve prever cláusulas de objeção de consciência, que exonerem determinados destinatários das normas do seu cumprimento. Enquanto não o fizer, persiste sempre a liberdade de consciência (cfr. artigo 41.º, n.º 1, da CRP) e a liberdade de agir de acordo com essa mesma consciência (cfr. artigo 26.º da CRP), devendo os tribunais[106] proceder a uma ponderação dos valores conflituantes em presença[107], de modo a que nenhum dos interesses seja integralmente despojado de sentido prático. Seria o que sucederia caso se aplicasse, sempre e invariavelmente, uma pena (ainda que não privativa da liberdade) ao desobediente convicto, decorrente da mera inobservância de norma ou de ordem emitida por autoridade pública[108].

---

não de uma objecção de consciência, outra é o problema da amplitude do seu reconhecimento legal. Este reconduz-se a valorações discricionárias dos órgãos políticos do Estado e é condicionado pelas mais variadas razões de oportunidade» (cfr. SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., pp. 107-108).

[104] Qualificando a objeção de consciência como uma situação de conflito de deveres entre o cumprimento do Direito instituído e a consciência individual, ver GALVÃO TELES, "Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*", cit., p. 932.

[105] Há quem apenas admita que a objeção de consciência afasta a culpa e, portanto, a censurabilidade do ato praticado. É o caso, por exemplo, de MUÑOZ CONDE, "A objecção de consciência em direito penal", cit., pp. 110-111. Admitindo que, para além da exclusão da ilicitude, o desobediente convicto pode beneficiar também da exclusão ou da diminuição da culpa, quer por via do artigo 17.º, n.º 1, quer por via da ponderação da culpa para efeitos de fixação da medida concreta da pena (cfr. artigo 73.º, n.º 2, alínea *b)*, ver SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., respetivamente, pp. 142-147 e pp. 159-161.

[106] Em tom de crítica, por a excessiva amplitude da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal exigir que sejam os tribunais a avaliar se a comunicação *"ad hoc"*, por parte de funcionário público ou membro de forças de segurança, corresponde a uma ordem legítima, quer por ser formal e competencialmente lícita, quer por ser materialmente conforme à Constituição, ver LAMAS LEITE, "'Desobediência em tempos de cólera': a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", cit., p. 180.

[107] Desde logo, devem os próprios magistrados do Ministério Público ponderar se a desobediência (em especial, a passiva ou pacífica) constitui causa de exclusão da ilicitude ou, até, se exclui o preenchimento dos elementos típicos do crime de desobediência. Aliás, os próprios magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de quaisquer diretivas, ordens ou instruções que sejam flagrantemente inconstitucionais, por restrição excessiva das liberdades individuais, ou que atentem contra a sua consciência jurídica, incluindo quando essas normas provenham dos respetivos superiores hierárquicos. Sobre o tema, ver MEIRIM, José Manuel, "Recusa do cumprimento de directivas, ordens e instruções com fundamento em grave violação da consciência jurídica", *Revista do Ministério Público*, 51 (Jul-Set 1992), pp. 51-61.

[108] Nesse sentido, mesmo que não houvesse causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, pelo menos, sempre se verificaria uma manifesta desnecessidade da pena, visto que a mesma não seria passível de mobilizar e de reconduzir o desobediente convicto às pautas de valores do Direito vigente, conforme bem notou e ensinou Claus Roxin. O facto de a pena não ser capaz de enfrentar o desobediente convicto com um grau mínimo de superioridade ética – visto que a visão (contraposta) daquele é igualmente valiosa, no plano de uma sociedade aberta à plurrisignificância de valores – impede a sua punição. Sobre o tema, ver ROXIN, Claus, "Die Gewissenstat als Strafbefreigungsgrund", in: *Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70*, 1988, Vittorio Klostermann, p. 397; IDEM, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, C.H. Beck, 1992, München, pp. 536-538.

De onde regressamos, inevitavelmente, ao problema da inconstitucionalidade do crime de desobediência (e do artigo 348.º do Código Penal). A sua aplicação acrítica e automática – em especial, quando a autoridade pública se depare perante um desobediente convicto, cuja ação não é caraterizada pelo uso de violência e antes se pauta por uma resistência passiva – implica uma restrição manifestamente desproporcionada – porque desnecessária, excessiva e desrazoável – da liberdade de consciência e da liberdade de agir. Num Estado de Direito democrático em que o indivíduo é encarado como um sujeito ativo da decisão pública e em que se garante uma administração colaborativa, não é aceitável que haja uma punição meramente assente numa pretensão de respeito (ou não será antes de submissão?) ao exercício gratuito de autoridade[109]. Mesmo quando ela é flagrantemente ofensiva de liberdades fundamentais. Até porque, tendo o indivíduo a faculdade de impugnar a decisão administrativa, não pode ser refém do preconceito decorrente do insidioso brocardo *"dura lex sed lex"*. Ao invés, deve antes assegurar-se que *"iusta lex ergo lex"*[110].

VIII. A exclusão de ilicitude por exercício do direito de resistência

Na sequência do que acabei de notar, a ofensa a direitos, liberdades e garantias não pode deixar de justificar uma reação por parte do desobediente convicto. Ora, sempre que uma norma ou uma ordem destinada a promover a saúde pública restrinja, de modo excessivo, essas liberdades individuais, o desobediente convicto passa a ter credencial constitucional para reagir contra qualquer tentativa de imposição desse mal (cfr. artigo 21.º da CRP)[111].

---

[109] Com efeito, é usual referir-se o "paradoxo da consciência", que traduz a constatação de que a observância da liberdade de consciência individual conduziria, a final, à anarquia, por via da incapacidade da ordem jurídica em fazer observar o seu respeito *"erga omnes"*. Sobre o tema, ver LAMEGO, *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência*, cit., pp. 31-32; MUÑOZ CONDE, "A objecção de consciência em direito penal", cit., p. 109.

[110] Precisamente por isso, Henry David Thoreau clamava pela superioridade ética e moral de um indivíduo que prefere sujeitar-se à prisão do que viver aprisionado por ordens e imposições injustas e arbitrárias: *«Sob um governo que aprisiona qualquer um, injustamente, o único verdadeiro lugar para um homem justo é a também a prisão. Hoje, o único lugar próprio, o único lugar que Massachusetts providenciou para os espíritos mais livres e menos acomodados é nas suas prisões, ser-se afastado e fechado pelo Estado, devido aos seus próprios atos, porque aqueles já se colocaram de fora dessa sociedade, por força dos seus princípios. (...) Se alguém pensa que a sua influência ali se perderia, e que as suas vozes deixariam de afligir os ouvidos do Estado, que eles não seriam tão inimigos dentro dos seus muros, é porque não sabe quão mais forte é a verdade do que o erro, nem quão mais eloquente e efetivamente pode, assim, combater a injustiça que sofreu na sua pessoa. (...) Uma minoria será sempre impotente, enquanto se conformar com a maioria; nem sequer é uma minoria, então; mas ela é irresistível quando se agiganta com todo o seu peso. Se a alternativa é manter todos os homens justos na prisão ou desistir da guerra e da escravidão, o Estado não hesitará nessa escolha. Se milhares de homens não pagassem os seus impostos, este ano, essa não seria uma medida violenta e sangrenta, ao contrário do que seria se os pagassem e, assim, permitissem que o Estado cometesse violência e derramasse sangue inocente. Esta é, de facto, a definição de uma revolução pacífica, se é que alguma é possível. (...) Quando o súbdito tiver recusado a sua conivência e o oficial público se tiver demitido do seu posto, então a revolução terá sido cumprida»* (cfr. THOREAU, *Civil desobedience*, cit., p. 15).

[111] Começo por notar que não me refiro, especificamente, ao exercício do direito de resistência, em caso de decretação de estado de sítio ou de estado de emergência, mas às situações usuais em que são adotadas

E nem se diga que esse direito à resistência (e à indignação) apenas pode ser exercido, de modo excessivamente parcimonioso, quando esteja em causa uma situação de inconstitucionalidade orgânica ou formal. Nem tão pouco se procure diminuir o sentido e a extensão daquela credencial constitucional aos casos de flagrante e manifesta inconstitucionalidade material. Outrora, houve quem sustentasse a presunção de constitucionalidade das normas jurídicas[112] e de legalidade dos atos administrativos[113].

políticas públicas de restrição de direitos fundamentais, com vista à promoção da saúde pública. Aproveito para salientar que, no âmbito do combate à crise sanitária decorrente da pandemia da Covid-19, foi decidido, primeiro, suspender o direito de resistência [cfr. artigo 4.º, alínea *g)*, do Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março, proferido pelo Presidente da República] e, logo a seguir, eliminar-se tal suspensão, mas para logo se acrescentar que «*fica impedido todo e qualquer ato de resistência ativa ou passiva exclusivamente dirigido às ordens legítimas emanadas pelas autoridades públicas competentes em execução do presente estado de emergência, podendo incorrer os seus autores, nos termos da lei, em crime de desobediência*» (cfr. artigo 5.º do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril). Desde logo, noto que o direito de resistência não é passível, sequer, de suspensão, sempre que o mesmo se revista de um substrato material de autotela da própria liberdade de consciência, que jamais pode ser suspensa, nos termos do n.º 6 do artigo 19.º da Constituição. Por conseguinte, a própria norma que determinou a suspensão [cfr. artigo 4.º, alínea *g)*, do Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março] era inconstitucional; razão pela qual, eventualmente, o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, veio corrigir tal situação. Porém, mesmo quanto a esta solução, não pode deixar de notar-se que a teleologia própria do instituto do direito de resistência radica, precisamente, numa garantia inorgânica de defesa contra a inconstitucionalidade, por parte de cada indivíduo. Ora, não podem os poderes públicos – *in casu*, o próprio Presidente da República, que gerou cumprir e fazer cumprir a Constituição – tentar furtar-se a esse controlo da inconstitucionalidade; ainda para mais, perante uma circunstância histórica em que os direitos fundamentais se encontram ainda mais debilitados e sob ataque. Realço, aliás, que a duvidosa justificação da manutenção de um estado de emergência constitucional – que tanto vigorou quando havia poucas centenas de casos, como quando atingimos a casa das dezenas de milhares – não pode deixar de ser interpretada como um subterfúgio e uma fraude constitucional, que visa, na verdade, impedir o próprio controlo do excesso da própria decretação do estado de emergência e das medidas restritivas por ele trazidas. É precisamente nas situações de excecionalidade, que o direito de resistência mais se justifica. Em sentido próximo, ver Miranda, Jorge/Lobo Moutinho, José, "Comentário ao Artigo 21.º", in: *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda/Rui Medeiros), Volume I, Coimbra Editora, 2017, p. 339; FIGUEIREDO, "A suspensão do direito de resistência", cit., pp. 453 e 467-468.

[112] Em defesa da existência de uma presunção da constitucionalidade das normas jurídicas, ver Victor Ferreres Comella, em *Justicia Constitucional y Democracia*, cap. iv a vi, da 2.ª ed., do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional atravessou uma fase durante a qual também sustentava esse entendimento; a título de exemplo, ver Acórdãos n.º 25/84 (Costa Aroso) e n.º 402/2008 (Sousa Ribeiro). Porém, mais recentemente, o Tribunal Constitucional tem vindo a inverter essa orientação, considerando que, uma vez que qualquer tribunal pode desaplicar normas jurídicas vigentes (cfr. artigo 204.º da CRP), o que existe é um ónus de demonstração dessa inconstitucionalidade, que recai sobre quem a suscita; assim, ver o Acórdão n.º 102/2016 (João Caupers). No mesmo sentido se pronunciam Jorge Miranda e Rui Medeiros, que expressamente afirmam: «É duvidoso que se deva admitir uma utilização acrítica e indiferenciada de uma pretensa presunção geral e inderrogável de constitucionalidade perante qualquer situação de dúvida de inconstitucionalidade (...) Em qualquer caso, como princípio indicativo, pode admitir-se que impenda sobre quem pretenda arguir a violação de princípios fundamentais de um Estado de direito material o ónus da respetiva demonstração» (cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2017, p. 529.

[113] Notando que, numa fase histórica inicial de autonomização do Direito Administrativo, se sustentou essa presunção de legalidade dos atos administrativos – que ainda hoje, perdura, em grande parte, por força da própria anulabilidade dos mesmos e da sua possibilidade de convalidação, quer por decurso do tempo, quer por decisão jurisdicional convalidante (cfr. artigo 163.º, n.º 5, do CPA) –, ver, por todos, MACHETE, Rui, "Algumas notas sobre a chamada presunção de legalidade dos actos administrativos", in: *Estudos em*

Sucede, porém, que não deve confundir-se a manutenção provisória da eficácia de normas inconstitucionais e de atos administrativos ilegais com uma presunção substantiva de adequação paramétrica dos mesmos.

Explico. O facto de uma norma inconstitucional vigorar enquanto não for desaplicada por um tribunal (cfr. artigo 204.º, da CRP) não lhe pode conferir uma presunção de constitucionalidade, sob pena de esvaziamento das garantias de impugnação de que os particulares gozam e até sob pena de ofensa ao princípio da constitucionalidade e da legalidade. A tolerância – sempre temporária – da ordem jurídica face a uma norma inconstitucional (ou a um ato de autoridade ilegal) não significa que haja uma presunção de que o poder público está sempre certo. Aliás, aquilo que a história e o saber empírico demonstram é que, não raras vezes, os titulares de órgãos públicos erram. E até (quando assisados) reconhecem os seus erros, corrigindo-os.

O direito à indignação contra políticas públicas de saúde totalitárias – que se extrai da liberdade de agir (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP), da liberdade de expressão (cfr. artigo 37.º, n.º 1, da CRP), do direito de intervenção e participação política (cfr. artigo 48.º, n.º 1, da CRP) e do direito (genérico[114]) de oposição (cfr. artigo 114.º, n.º 2, da CRP) – traduz-se, depois, no direito de resistência face à tentativa de imposição coerciva dessas medidas restritivas (e excessivas) pelas autoridades públicas. Note-se que essa resistência tanto pode ser[115]:

(a) Passiva – quando o titular do direito fundamental se limite a omitir uma conduta que lhe seria exigida pela autoridade pública, mas que não lhe é, verdadeiramente, exigível, por ser contrária à Constituição (por exemplo, quando o indivíduo se recusa a ingerir um alimento ou resiste à tomada de um medicamento)[116];

(b) Ativa – quando esse titular pratica uma ação destinada a suster uma agressão ou a remover ou inutilizar um obstáculo que lhe é colocado pela autoridade pública (por exemplo, quando o indivíduo remove uma barreira de metal que o impede de aceder a uma praia pública deserta ou quando resiste à tentativa de imobilização corporal por parte de um agente de autoridade).

Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, Volume I, Coimbra Editora, *passim* e, em especial, pp. 724-725; OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, 3ª reimpressão, Almedina, 2017, pp. 280, 977-978 e 1023-1026.

[114] Para uma distinção clara entre o direito específico de oposição (cfr. artigo 114.º, n.º 3, da Constituição), do qual apenas são titulares os partidos políticos com representação parlamentar, e o direito geral de oposição (cfr. artigo 114.º, n.º 2, da Constituição), do qual beneficiam quaisquer sujeitos, incluindo cada um dos indivíduos que integram determinada comunidade política, ver PRATA ROQUE, Miguel, *Sociedade Aberta e Dissenso* – Contributo para a compreensão contemporânea do princípio do pluralismo político, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, pp. 382-384.

[115] Procedendo a esta distinção, ver, por todos, BAY/WALKER, *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, cit., p. 3; FIGUEIREDO, "A suspensão do direito de resistência", cit., pp. 459-460.

[116] Sustentando a sua distinção face à objeção de consciência, pois o direito de resistência pode não ter ínsita uma insuportabilidade do cumprimento de certa conduta, antes se limitando a uma resistência passiva, com fundamento na inconstitucionalidade da medida que se pretende impor (ainda que desligada de questões relativas à consciência de certo indivíduo), ver DAMASCENO CORREIA, *O Direito à Objecção de Consciência*, cit., pp. 23-26.

Evidentemente, a resistência passiva encerra problemas muito menos intensos do que a resistência ativa[117]. Ainda assim, pode implicar a adoção de medidas compulsórias, por parte das autoridades públicas, tais como a ameaça (ou mesmo a decretação) da perda de direitos de acesso a serviços e prestações públicas – entre as quais, a proibição de uso de serviços médicos e infraestruturas hospitalares, a perda do direito a beneficiar de subsídios públicos, o impedimento à apresentação a concursos públicos, etc. Nestes casos, importa sempre verificar se existe habilitação legal para imposição de tal restrição (cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP) e se a medida restritiva acautela o respeito pelo princípio da proibição do excesso (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP). Evidentemente, tais medidas compulsórias assumem natureza sancionatória[118] e, portanto, seguem todo o regime garantístico aplicável às sanções não penais[119] (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da CRP). Interessa, aliás, realçar que tais medidas não podem assumir um cunho automático, visto que a prática de crime de desobediência não pode implicar a perda forçosa, *"ope legis"*, de quaisquer outros direitos civis, políticos ou profissionais (cfr. artigo 30.º, n.º 4, da CRP).

Quanto ao exercício de resistência ativa, ela pode – quando se prove não ser legítima – implicar o cometimento de crime de resistência e/ou de coação sobre funcionário ou membro das forças armadas ou das forças de segurança, punível com pena de prisão de um a cinco anos (cfr. artigo 347.º, n.º 1, do Código Penal). Acresce que também comete tal crime quem resiste ativamente, mediante desobediência a *"sinal de paragem"*, de modo a *"dirigir contra funcionário ou membros das Forças Armadas, militarizadas ou de segurança, veículo, com ou sem motor, que conduza em via pública"* (cfr. artigo 347.º, n.º 2, do Código Penal). De onde resulta que um adolescente de dezasseis anos que, durante um período de confinamento, passe por um polícia municipal, que o ordene parar, fazendo-se transportar por um *"skate"*, uma trotinete elétrica ou uma bicicleta a pedais, numa rua deserta, estará a cometer o crime de resistência a funcionário. Evidentemente, tal interpretação da norma incriminadora será sempre inconstitucional, por manifesta violação do princípio da proibição do excesso (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP), quer porque inexiste "necessidade"[120] da restrição – já que sempre subsistiriam alternativas viáveis menos lesivas, tais como

[117] Aliás, a resistência ativa pode mesmo degenerar em atos de violência contra a ordem jurídica, contra o Estado e contra terceiros, que, quando excessivos, já não se encontram cobertos pelo direito à objeção de consciência e pelo direito de resistência. É o caso da prática de atos terroristas. Assim, ver MUÑOZ CONDE, "A objecção de consciência em direito penal", cit., p. 104.

[118] Note-se que não são só as sanções penais e as sanções contraordenacionais que assumem essa natureza punitiva. Também as *supra* aludidas restrições e constrições podem assumir essa mesma natureza, já que, conforme demonstra Inês Ferreira Leite, o critério que nos permite determinar a necessidade de convocar o arsenal metodológico e dogmático da teoria geral das sanções é, precisamente, a natureza punitiva da restrição imposta ao indivíduo. Assim, ver FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem– Proibição de Dupla Punição e de Duplo* Julgamento, cit., Vol. II, §54, pp. 405 e ss.

[119] Para maior desenvolvimento sobre o tema, ver PRATA ROQUE, "O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional", cit., pp. 105-173.

[120] Sobre o conceito de "necessidade", ver REIS NOVAIS, Jorge, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Almedina, 2019, pp. 110-116.

a interceção do adolescente e a explicação pedagógica do motivo de proibição de circulação –, quer porque não se trata da justa medida[121] exigida à restrição – pois, encontrando-se a rua deserta, a circulação não afeta a saúde de qualquer concidadã/ão.

Mais delicado ainda será a modalidade de crime de resistência e coação sobre funcionário previsto no n.º 2 do artigo 347.º do Código Penal. Com efeito, importa discernir se o *"sinal de paragem"* deve corresponder a uma sinalização presencial e síncrona ou se também pode corresponder a uma sinalização física, mecânica ou eletrónica, que dispense o elemento humano sinalizador. Isto é, suscitam particulares dúvidas os casos em que as autoridades públicas colocam sinais físicos (mais ou menos compreensíveis) em locais públicos, com vista à sua vedação. Penso em barreiras metálicas, fitas sinalizadoras, cartazes e outros sinais (quer físicos, quer eletrónicos). Imagine-se que as autoridades públicas se limitam a colocar fitas sinalizadoras e cordões de segurança, com vista a vedar um espaço público onde se suspeita ter ocorrido um surto de *"legionnela"*. Preencherá o tipo incriminador a conduta de um transeunte que ignore esses sinais, circulando pelo local assinalado?

Mais uma vez, julgo que a resposta dependerá da conformidade constitucional da ordem de proibição de entrada ou de utilização de um espaço público. Evidentemente, a mera sinalização assíncrona (isto é, sem presença física do funcionário ou agente de autoridade no local) é suscetível de configurar, do ponto de vista típico, como um sinal de paragem. Desde que, claro está, seja percetível – de acordo com os padrões da/o destinatária/o média/o – de que a ordem provém de entidade legítima. Note-se que será sempre forçoso que se verifique:

– Autoevidência – não basta a colocação de cordas ou fitas isoladoras, sem qualquer referência expressa à proibição de uso ou de passagem[122] e sem

[121] O críterio da justa medida ou da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe uma valoração positiva face à relação que se estabelece entre o bem que se pretende proteger e, no outro prato da balança, do direito ou bem jurídico que se pretende afetar, mediante imposição de uma restrição. Assim, ver REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, cit., pp. 116-117.

[122] Há muito que se discute se o uso de sinais e de outros materiais indicativos físicos se traduzem num "ato geral" – isto é, uma decisão individual e concreta que se aplica a um universo inorgânico de indivíduos que, ainda que indeterminados, podem ser determinados, no local em que aquela decisão se visa cumprir – ou se se trataria de um "ato genérico" e, portanto, de um verdadeiro "regulamento administrativo", por se dirigirem a um universo futuro e potencial de destinatários. Sobre o tema, ver FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª edição, Almedina, 2011, pp. 257-259. Atualmente, a questão torna-se ainda mais delicada, por via do uso de meios tecnológicos pela administração pública e por via da automatização (em especial, a possibilidade de acesso à imagem de determinado local, mediante emprego de meios de videovigilância, de localização celular ou apenas através de consulta de dados de geolocalização posterior à ocorrência de determinados factos). Com efeito, tendo em conta que, atualmente, a administração pública dispõe de uma paleta de meios automatizados para informação do cidadão acerca das proibições que lhe dirige (ex: *"placards"* eletrónicos; *"robots"* e autómatos; aplicações eletrónicas, etc.), não se afigura aceitável que sejam colocados meros sinais físicos (ex: cordas, fitas, pinturas a tinta) que indiciem a vedação ou proibição de acesso em determinado espaço, salvo se estas forem acompanhadas de elementos integradores que explicitem o sentido da proibição. Para um maior desenvolvimento, sobre as especificidades do uso de meios automatizados – não só eletrónicos, mas também informáticos e até mecânicos –, ver PRATA ROQUE, Miguel, "Administração eletrónica e automatização: contributos para uma reformulação da teoria geral das atuações administrativas", in: *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015, pp. 755-795.

que as mesmas sejam acompanhadas de uma fundamentação escrita sumária (incluindo a identificação das normas legais que determinam a restrição)[123];
- Competência emissora – não é qualquer autoridade pública que dispõe de competência para restringir direitos dos indivíduos ou, sequer, para determinar a sua imposição coerciva. Forçoso é que o sinal proibitivo permita identificar órgão com competência para o efeito;
- Clareza exauriente – por fim, não é suficiente que determinado espaço público esteja vedado ou circunscrito numa das suas parcelas, permitindo, ao mesmo tempo, que o indivíduo lhe aceda por outra entrada ou parcela.

Mas, desde que verificadas estas condições, poderia aceitar-se a incriminação (e punição) do desobediente ativo. Subsiste, porém, a verificação sobre se o *"ato relativo ao exercício das suas funções"* é um ato legítimo, sendo-lhe, assim, devida obediência. Ora, sempre que uma medida restritiva destinada a promover a saúde pública seja inconstitucional – ou porque foi adotada por órgão incompetente ou por implicar uma restrição excessiva de um direito ou liberdade individual –, não pode afirmar-se que o ato de autoridade que se pretende impor ao indivíduo seja válido e, portanto, eficaz. Com efeito, a prática de ato administrativo – incluindo quando praticado por força de segurança – que ofenda o conteúdo essencial de um direito fundamental é nulo [cfr. artigo 161.º, n.º 2, alínea *d)*, do CPA][124], pelo que é desprovido de qualquer eficácia. Não só não existe qualquer dever de obediência pelo próprio funcionário público ou membro de força de segurança que foi ilicitamente encarregue de o executar, como o próprio destinatário do ato pode recusar-se a obedecer-lhe. Desde que o comunique, fundamentadamente, ao funcionário público ou membro de força de segurança que o pretende impor.

Face a esta resistência ativa, o funcionário público ou o membro de força de segurança fica desprovido de qualquer poder de detenção imediata do cidadão, podendo apenas identificá-lo, para efeitos de futura abertura de auto de inquérito penal ou contraordenacional e para futura submissão da controvérsia a decisão jurisdicional.

Assim, o direito de resistência do indivíduo face a medidas destinadas à promoção da saúde pública emerge como um instrumento privilegiado de uma sociedade aberta e plural, em que as liberdades individuais não cedem, submissa e autoritariamente, à visão maioritária dos titulares conjunturais do poder público[125]. Seguindo a lógica de

[123] Recordo que a fundamentação incompleta ou insuficiente também equivale a falta de fundamentação, o que constitui causa invalidante do ato administrativo (ainda que oralmente) praticado. Sobre o direito fundamental à fundamentação completa, ver PRATA ROQUE, Miguel, "Acto nulo ou acto anulável?: a jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação", *Cadernos de Justiça Administrativa*, 78 (Nov-Dez 2009), pp.17-32.

[124] Sobre o tema, incluindo as várias interpretações possíveis quanto ao conceito de "direito fundamental" que sustenta o desvalor da nulidade, ver PRATA ROQUE, "Acto nulo ou acto anulável?...", cit., idem.

[125] Demonstrando que o Direito vigente se reconduz, no fundo, ao triunfo das posições dos grupos maioritários e dominantes, pelo que a sua colocação em causa, por via da desobediência civil, constitui uma condição inalienável de qualquer sociedade pluralista e democrática, ver BAY/WALKER, *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, cit., p. 2.

que a hermenêutica constitucional está sujeita a uma sociedade livre de intérpretes[126], em que cada um dos membros de uma comunidade é tão digno quanto aos demais para interpretar o texto constitucional[127], impõe-se garantir que o totalitarismo sanitário não esmaga as minorias que não se conformam a uma obediência acrítica.

A multividência plural que é própria de uma sociedade aberta e democrática não pode tolerar tentativas totalitárias de impor ao indivíduo medidas intrusivas "para o seu próprio bem" (ou *"for your own good"*). Mesmo quando ele – de modo autónomo e esclarecido – as rejeita.

A conclusão é tão simples quanto isto: não cabe ao Estado assegurar que cada um de nós *"come a sopa toda"*!

[126] Neste sentido, ver HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución*, Editorial Tecnos, 2002; IDEM, *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*, Sergio Antonio Fabris (edição), 1997.

[127] Em sentido contrário, apontando os riscos de dissolução da normatividade e de descaracterização da Constituição, com a promoção da dúvida constante acerca do seu real sentido normativo, ver BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 79-81; SERRASQUEIRO, Mafalda, *A interpretação constitucional como uma questão de poder*, ICJP, Lisboa, p. 14 (*in https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_interpretacao_constitucional_como_uma_questao_de_poder_versao_artigo_capa_0.pdf*).

DOIS DEDOS DE PROSA ACADÊMICA COM O PROFESSOR SILVA DIAS: REFLEXÕES ESPARSAS SOBRE O BEM JURÍDICO E O MULTICULTURALISMO

Orlando Faccini Neto[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. Discutindo o bem jurídico: uma aula com Silva Dias; 1. O difícil caso dos maus tratos a animais; 2. Expressão sexual realista de crianças e adolescentes; 3. Novamente, a violência contra animais; II. Um *hard case* multicultural; 1. O espaço dogmático da *Cultural Defense*; 2. O exemplo do Tribunal de Colônia; 3. Retorno ao caso dos índios; Conclusão.

Introdução

As dificuldades concernentes à teoria do bem jurídico e as relações entre o multiculturalismo e o Direito Penal, entre outros, foram temas muito caros à rica trajetória acadêmica do Professor Silva Dias; em momentos distintos, sempre na honrosa posição de seu aluno, travamos saudável debate acerca de cada um destes assuntos, e referi-los expressa a singela homenagem que, de terras brasileiras, devemos dedicar a nosso Professor.

I. Discutindo o bem jurídico: uma aula com Silva Dias

Um dos grandes desafios do Direito Penal contemporâneo assenta raízes na temática do bem jurídico. Indagarmo-nos se a incriminação de condutas está na dependência da proteção de algo, ou se responde a mero critério do legislador, é pergunta que não se faz debalde, mormente no continente europeu, em que a doutrina ainda se afigura isenta de partidarismos e, como corolário, dedica-se às questões fundamentais, e não à formulação de panfletos.

No âmbito da criminalidade econômica, do enriquecimento ilícito, da violação de preceitos concernentes ao mercado de capitais, não está imune a críticas a asserção de que alguma dificuldade há para o encontro do interesse realmente tutelado. Passa-se o mesmo ao falarmos do caso de porte de drogas para consumo, incesto, como tal

[*] Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS; Professor do Curso de Mestrado do IDP-Brasília e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

[**] O autor optou por não usar o Novo Acordo Ortográfico.

incriminado na Alemanha, violação a sentimentos religiosos, tudo a demonstrar a relevância da discussão.

Deu-me a honra, o Professor Silva Dias, de prefaciar livro em que tratei do tema do bem jurídico, sob a perspectiva sempre controvertida da interrupção da gravidez[1]. Em seus Seminários, ao tempo em que realizei o Doutoramento em Portugal, Silva Dias abordou diversas vezes o tema do bem jurídico, e, em uma de suas aulas, nossa divergência alcançou um ponto tão extremado, no bom sentido da divergência ao modo como sucede em Portugal – isto é, com respeito recíproco e invocação de argumentos de diversos níveis –, que, em sua memória, a efeméride merece ser contada.

Sirva este texto, pois, para relembrar o episódio desta aula – e de uma ulterior, em que tratamos do multiculturalismo –, e sirva o texto, ademais, para louvar este grandioso Professor. Seu passamento precoce tornou-nos, aos seus alunos, órfãos de uma referência fundamental. Com o Professor Silva Dias vivenciamos momentos acadêmicos da maior grandeza, pautados, sempre, pela fidalguia, a gentileza no trato e a seriedade intelectual. Silva Dias era daqueles que pedia licença para tirar o paletó em aula; tratava-nos como Mestres e dava ao ambiente da Universidade de Lisboa todo o peso de sua tradição. Por isso que Silva Dias era, além de Professor, Augusto.

1. O difícil caso dos maus tratos a animais

Antes dos detalhes sobre o tema dessa primeira aula com Silva Dias, cabe traçar premissas. Vamos falar sobre a dificuldade de atender-se ao critério do bem jurídico, diante de certas incriminações.

Na formulação de um caráter meramente limitador para a influência constitucional sobre o Direito Penal reside o problema de, em se situando o intérprete no plano ordinário, remanescer um grupo de tipos penais sobre os quais não se possa falar, sem dificuldade, da verificação de um bem jurídico.

Para que do próprio conceito de bem jurídico não se abra mão, apontam-se, então, exceções, isto é, incriminações que se legitimariam não obstante a ausência de bem jurídico. Escancaram-se, destarte, as portas ao puro normativismo[2], dado o receio de reconhecer na axiologia constitucional a imposição de serem tipificadas determinadas condutas.

GRECO aponta um exemplo, quiçá uma das situações mais expressivas, ao dizer que não consegue duvidar do caráter criminoso da conduta de quem pega seu cachorro e o tortura, para depois abandoná-lo mutilado, apesar de registrar

[1] FACCINI NETO, Orlando; AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[2] Veja-se opouco significado dado aos aspectos conteudísticos da norma penal por JAKOBS: "*Es gibt keinen genuinen Inhalt der strafrechtlichen Normen, sondern die möglichen Inhalt richten sich nach dem gegebenen Regelungszusammenhang*". JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 35.

que não vislumbra em tal hipótese "qualquer bem jurídico", e isto porque "causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum qualquer esfera individual" e tampouco se pode dizer que "esse comportamento lesione bens jurídicos da coletividade"[3].

Essa visão, contudo, resulta em que, na tentativa de dissociar qualquer elemento moral, ou qualquer argumento axiológico, para efeito de constatação do bem jurídico, abandone-se o conceito, em benefício da mera manutenção da parêmia de que, por si só, é inidôneo tutelar, por meio do Direito Penal, aspectos concernentes a algum tipo de moralidade.

Certo que, no Brasil pelo menos, um tal tipo de comportamento se revelaria enquadrável no artigo 32 da Lei 9605/98, que tipifica os crimes ambientais, de maneira que os maus tratos a animais, assim, estariam aparentemente resolvidos. E é de se notar, o que não faz GRECO, calcado numa visão pela qual a Constituição assume feição meramente limitativa[4], que dela mesma já se originaria um argumento favorável à incriminação, se, com olhos de ver, fosse observado o inciso VII, do artigo 225, que, ao dizer incumbir ao Poder Público a proteção do meio ambiente, fá-lo determinando sejam "vedadas, na forma da lei" as práticas que "provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade".

De forma diferente, há quem propugne por uma ampliação da ideia de dignidade, para contemplá-la para além da vida humana, de modo que incida também "em face dos animais não-humanos, bem como de todas as formas de vida de um modo geral"[5].

A comparação, todavia, entre a dignidade dos humanos, e a que eventualmente se possa cogitar para os demais animais, segundo pensamos, ao revés de estatuir, para os últimos, qualquer parâmetro de proteção jurídica, acaba por reduzir os primeiros a um ponto em que já não se estará a falar, realmente, de *dignidade humana*, o que, ademais, torna inexplicáveis os casos, absolutamente aceitáveis, em que os animais são mortos em benefício da alimentação ou do uso de certos produtos, indispensáveis para a vida cotidiana.

No âmbito da legislação italiana, por sua vez, e diante da Legge nº 189/2004, autores há para sustentar que a circunstância das mudanças introduzidas no artigo 544 do Código Penal daquele país aludirem ao "*sentimento per gli animali*", vindo, demais disso, na sequência dos crimes contra a moralidade pública, indicaria a propensão de tutelar "*il sentimento di pietà e di compassione per la sofferenza degli*

---

[3] GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de perigo Abstrato (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90.

[4] Noutro texto GRECO conclui que o tipo de crueldade contra os animais protege os próprios animais, detentores que são de uma, embora restrita, capacidade de autodeterminação, o que os faria suscetíveis a uma heterodeterminação, cuja minimização se encontraria "entre as tarefas primordiais do Estado liberal". Assim, Cf. GRECO, Luís. "Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais". *Revista Liberdades*, n. 03. Janeiro-Abril. São Paulo: IBCCrim, 2010, p. 57-59.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito *Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2012, p. 44.

animali", os quais não seriam protegidos em si, mas somente quando "*l´uccisione degli stessi avvenga con modalità crudeli o in assenza di motivi adeguati*"[6].

Não se pode olvidar, porém, que há, na espécie de conduta assim evidenciada, de torturar e matar animais como um cachorro, uma projeção de *crueldade*[7], crueldade que rebaixa a própria condição de quem a executa, de modo a afetar, assim mesmo, a imagem que temos de nós mesmos enquanto pessoas.

2. Expressão sexual realista de crianças e adolescentes

Para explicar melhor este aspecto, precisamos entrar na sala de aula do Professor Silva Dias.

No acirrado debate travado num de nossos Seminários, em Portugal, o tema era o artigo 176 do Código Penal Português, particularmente sua alínea "c", que, em suma, diz ser crime a utilização de menor em fotografias, filmes ou gravações de cunho pornográfico, sendo igualmente punido quem distribuir, exibir ou ceder, a qualquer título, este tipo de material.

No Brasil, em que a problemática dar-se-ia de maneira similar, a matéria vem regulada em mais de um dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, a Lei 8069/90, cujo artigo 240 preconiza ser crime: "produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente". Na sequência, descreve-se também a conduta de "vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente", bem como, no artigo 241-A, a de: "oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente". Ainda, no artigo 241-B, tipi-

[6] COCCO, Giovanni; AMBROSETI, Enrico Mario. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. I reati contro le persone*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 647. De notar-se que, em Portugal, por meio da Lei 69/2014, alterou-se o Código Penal para fins de punição seja dos maus tratos, seja do abandono, de "animais de companhia", como tais compreendidos aqueles detidos ou destinados a serem detidos por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia, excluídos, entretanto, os casos de utilização de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial, não se aplicando, ainda, a lei, aos fatos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos.

[7] Deste modo se manifestou o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1856/RJ: "Devo observar que o art. 32 da Lei n° 9.605/98 qualifica-se como preceito incriminador que incide nos casos de inobservância ou de transgressão à regra constitucional (CF, art. 225, § 1º, inciso VII), promulgada com o objetivo de proteger a fauna, vedando práticas que, além de colocarem em risco a sua função ecológica ou ensejarem a própria extinção das espécies, também submetam ´os animais à crueldade´". O Relator do caso, Ministro Celso de Mello, disse, por sua vez: "é importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular *conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico*, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal cuja integridade restaria comprometida por *práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais*".

fica-se outro delito, qual seja o de: "adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente".

Suposto fosse o interesse singular da criança, quanto ao seu adequado desenvolvimento sexual e psíquico, aquilo a ser convocado como o bem jurídico em questão para cada uma das situações típicas aludidas, pouca dificuldade haveria com a afirmação da legitimidade de tais incriminações, o que, aliás, na discussão saudosa a que nos reportamos, parecia ser consenso. Ou seja, cuidar-se-ia, no limite, da tutela de um interesse individual.

Ocorre que, se é mesmo o interesse da criança, vilipendiado pela má concupiscência, o bem jurídico de que se está a cogitar, ficará por dizer de que modo o número 3 do mesmo artigo 176, do Código Penal de Portugal manter-se-ia em pé.

Com efeito, em tal normativa se pune quem praticar atos similares aos descritos anteriormente, ou seja, de produção, exibição, divulgação ou cedência, relacionados, entretanto, com material pornográfico "*com representação realista de menor*", o que, portanto, dispensaria a existência de um menor em si, sendo certo que, nesta linha, sem qualquer criança em causa com a qual se pudesse relacionar uma violação de interesse, ficaria difícil afirmar-se configurado um bem jurídico.

Não exatamente parecido, mas tendente a gerar a mesma problemática, é o disposto no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, em que se aduz ser crime: "simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou *qualquer outra forma de representação visual*".

Explicando melhor: o dispositivo referido pelo Código Penal português pune criminalmente quem faz circular ou produz material de cunho pornográfico com *representação realista de menor*, o que equivale a dizer tratar-se de um desenho, uma pintura, uma charge ou caricatura em que, no nível da pornografia, insira-se uma criança ou menor, inexistentes no mundo da vida, mas graficamente representados ou desenhados, com as tintas da sexualização.

Logo, exsurge a pergunta: será mesmo que é do interesse de um menor em concreto que se está a tratar no quadro geral do artigo 176 do Código Penal de Portugal?

Em nossa sala de aula, expus que deveríamos deixar de lado o número 3 do artigo 176, do Código Penal de Portugal – que trata das representações realistas –, e fixarmo-nos nas outras condutas, em que existe mesmo uma criança aviltada. Para estes casos, defendemos, à guisa de argumentação, que o próprio menor, violado em sua infância pela gravação de imagens ou pela tomada de fotos pornográficas, poderia, ele sim, vir a ser, no futuro, também autor do crime.

Certo: parece estranha a hipótese, por isso vale esclarecer melhor.

Imaginemos que, atingida que fosse sua maioridade, na posse das fotografias pornográficas ou do filme espúrio, o anteriormente menor os divulgasse, exibisse ou cedesse, a qualquer título ou por qualquer meio, nos exatos termos em que se faz expressar a lei. Ora, no exemplo banal, o infante do passado, em cujas mãos caísse o material que a ele mesmo diz respeito, se resolvesse com ele comerciar, não estaria a cometer o crime?

Se a nossa resposta for positiva, já aí veremos que nem a ele mesmo é dado consentir, mesmo depois de atingida a maioridade, com a circulação das fotos ou vídeos em que se está a conspurcar a sua *imagem infantil*.

Porque este é o bem jurídico em questão: uma certa imagem da infância, uma projeção do que diz respeito ao universo infantil, aliada ao conceito de menoridade, e que não pode ser degradada em benefício das coisas do sexo[8].

Isto, a ponto de uma foto ou um filme, feitos em tempos remotos, e com o próprio adulto agora em questão, não poderem ser tidos, por ele mesmo, como suscetíveis de venda, exibição ou qualquer tipo de circulação. Ou seja, não se trata aqui de um interesse concreto e específico daquela pessoa violada, em ordem a que se pudesse, num futuro improvável, cogitar-se de algum tipo de consentimento. O bem jurídico, neste caso, está longe de atender ao gosto dos que sustentam a necessidade de uma recondução ao indivíduo, como justificativa para a tipificação.

Retomando o curso de nossa discussão, então, com mais clareza podemos tratar do número 3 do artigo 176 do Código Penal Português, em que a tal "*representação realista de menor*" nada mais é do que o direcionamento em favor da proteção daquilo que deveras está em causa como bem jurídico, ou seja, a imagem de crianças e adolescentes, que se não pode conspurcar pornograficamente, ainda que pela via da representação.

Que isso alcance algum argumento situado no plano moral já não receamos, se, no fim das contas, o que se está a buscar, e é preciso reconhecê-lo sem confrangimento, é exatamente a evitação, a interdição, de qualquer desenvolvimento de desejo sexual relacionado com uma imagem, ou, como se queira, uma representação da inocência infantil[9].

Como escreveu SILVA DIAS, não seria essa uma hipótese em que, quiçá sem a recondução a vítimas concretas, ainda assim estaríamos diante de uma legítima ordem de incriminação? Lembremos a sua asserção de que a validade jurídico-penal contemporânea está internamente relacionada, e deve ser reconstruída, com base numa

[8] Daí o equívoco da argumentação de BORJA JIMÉNEZ, que vislumbra, no quadro próprio, porém similar, da legislação espanhola, ter uma tal incriminação como razão o castigo da "*depravación moral del sujeto que satisface su morbo sexual con el visionado de pornografía infantil*", de modo que sustenta o autor ser injustificada a incriminação de tal conduta, que, a seu ver, não poderia convocar o Direito Penal. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 155. No âmbito da lei italiana, cujo artigo 600-ter do Código Penal incrimina a pornografia com menores e o artigo 600-quater, a detenção de material pornográfico, igualmente se estabelece, no artigo 600-quater.1, que os dispositivos anteriores também se aplicam quando o material pornográfico concerne a uma representação virtual de menor de idade; contrariamente ao que pensamos, e, a nosso ver, incidindo no erro apontado, sustenta DONINI ser o último dispositivo inconstitucional, porquanto representaria meramente uma tentativa de "educare alla moralità attraverso il diritto penale". Cf. DONINI, Massimo. "´Danno´ e ´offesa´ nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell `offense´ di Joel Feinberg". *Laicità, Valori e Diritto Penale: The Moral Limits of the Criminal Law*. A cura di Alberto Cadoppi. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, p. 83.

[9] Creio seja despiciendo ingressar numa discussão acerca da liberdade de expressão, máxime em obras de arte, em confronto com o tema aqui desenvolvido. Parece clara a distinção entre arte e pornografia, tanto quanto se pode distinguir entre música e barulho, de modo que supomos estar o nosso objeto bem delineado, para tangenciar essa outra temática.

"experiência social de valores e da sua negação"[10], pois o Direito Penal não se afasta de uma posição de "rectaguarda no processo de formação da consciência", uma vez que o significado simbólico associado à intervenção penal, seja pela "cominação penal de tipos delitivos", seja pela aplicação judicial de penas, contribui decisivamente para o "reforço da relevância ético-social daqueles valores aos quais dispensa a sua tutela característica"[11].

Certo que, na ocasião descrita, em sala de aula, nosso Professor resistiu à linha de argumentação aqui desenvolvida, por lhe parecer inconstitucional, à mingua de bem jurídico, a incriminação alusiva à mera representação gráfica de crianças ou adolescentes com caráter sexual. Não é, contudo, no convencimento em si que reside a beleza do Direito; sobressalta-lhe a discussão, e essa muita vez é infinda.

3. Novamente, a violência contra animais

Assim, cumpre dar um passo adiante. Fiquemos ainda com o exemplo já enunciado de mutilação e abandono ulterior de um cão.

Num tal caso, em que realmente é difícil aludir-se a direitos titularizados pelo bicho, há, contudo, uma inequívoca degradação da condição de quem age, e que conspurca a imagem que temos de nós mesmos, tendo-se em conta o aproveitamento de um estado de pura fragilidade e submissão do animal para o efeito de lhe impingir sofrimento. E isto acaba por espelhar o "caráter decaído da nossa humanidade", servindo de pretexto à "humilhação reflexiva da nossa condição de espécie – no que ela comporta de não-natural, de alienado, de capaz de, na sua própria *perfectibilidade*, insinuar as raízes da sua *desnaturação* e da sua *incompletude*"[12]. A desumanização revelada pela crueldade afeta a imagem que temos de nós mesmos.

Não reconduzíveis diretamente a uma ou outra pessoa, estes interesses situam-se no âmbito coletivo, como a dizerem que a todos há de importar, e muito importar, que as pessoas se comportem como tais, refreando o que, repetimos, vai qualificado como *crueldade*, no caso cometida contra um tipo de ser vivo que não tem qualquer condição de se defender[13].

Não é, pois, de um sentimento de revolta que se trata, como apontado por GRECO, e a partir do qual o autor desenvolve o frágil argumento de que sob a mesma

[10] SILVA DIAS, Augusto. *«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, p. 584.

[11] Cf., SILVA DIAS, *«Delicta in Se»*..., cit., p. 585.

[12] ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18-9.

[13] Malgrado tenha cogitado, em conclusão, a perspectiva conforme a qual seriam os interesses dos próprios animais o ponto de destaque neste tipo de discussão, intuiu STRECK, após narrar um episódio em que determinada pessoa lançou, de seu apartamento, dois cães, que vieram a morrer em consequência da queda, que numa tal situação o que se produz pode sintetizar-se numa frase, por ele assim dita: "senti vergonha da condição de *homo sapiens*"; a este respeito, embora com uma discussão mais ampla, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Quem são esses cães e gatos que nos olham nus?* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus. Acesso em 04 de janeiro de 2020.

fundamentação poder-se-ia aludir a uma criminalização da homossexualidade – que, naturalmente, afasta, afinal, em suas palavras, está "claro que o homossexualismo revolta os antigos e a ida ao bordel os novos moralistas"[14]. Porque, neste caso, da homossexualidade, não é de uma defraudação de expectativas que estamos a cuidar, senão mesmo do seu exato oposto, visto que se "revoltar" contra o modo por que alguém desenvolve o seu afeto, em casos assim, alude a um defeito de perspectiva do revoltado. As práticas homossexuais não convocam nenhuma ideia de crueldade, e, portanto, não desfiguram um tipo de representação que reclama, para a condição humana, abdicar da escolha do *mal*.

A escolha do mal "diminui o valor da existência"[15]. E a homossexualidade não é um mal, pois, situada num modo de desenvolvimento dos afetos, é simplesmente um dos modos variados por que se desenvolve e expressa o *amor*, e o *amor* é o oposto do *mal*.

Temos, ao contrário, aqui, um sinal de evolução do Direito Penal, sendo certo que o ponto em que nos encontramos não deixa de ser eloquente. Sabidamente as críticas à nem tão remota incriminação alemã quanto às práticas homossexuais moveram, em larga medida, o modo como se desenvolveu a teoria do bem jurídico, e não deixa de ser menos sabido que, hoje em dia, um tipo de crime como a crueldade contra os animais coloca essa mesma teoria em xeque. Estamos em que a afirmação da idoneidade de incriminação dessa última prática, calcada numa ideia de bem jurídico que não dispense um argumento moral, em nenhuma medida torna cogitável a suposição de que a primeira possa ser incriminada, a não ser que atuemos com os olhos voltados ao passado infame[16].

Bem vistas as coisas, se é a preservação da imagem que temos de nós mesmos, de nossa própria condição humana, porque apenas assim sentimo-nos como seres dotados de dignidade, o que haverá de determinar sejam repelidas condutas cruéis com os bichos, o que, igualmente, haverá de determinar não se possa induzir ou acoroçoar o desejo sexual em projeções do universo infantil, e se isso tudo se pode extrair de uma ordem constitucional axiológica e vinculante, será essa mesma ordem

[14] GRECO, *Proteção de bens jurídicos*..., cit., pp. 50-1.

[15] PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 105.

[16] Não deixa de ser relevante registrar o alvitre manifestado pelo Procurador-Geral da República, no Parecer 4414/2014, relacionado ao Mandado de Injunção 4733/DF, deixando de lado as questões importantes sobre o princípio da legalidade, suscitadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, mas em atenção às considerações de fundo ali exaradas. Em síntese, aduziu o Procurador-Geral que o parlamento brasileiro há mais de treze anos tem sob sua apreciação Projeto de Lei tendente à incriminação de condutas praticadas contra homossexuais, agravando, ademais, as penas do delito de injúria, quando essa se relacionar com a orientação sexual do indivíduo, e que a sua inércia, neste ponto, estaria em revelar violação à proibição de insuficiência. É que, em suas palavras: "a discriminação e o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da *igualdade*", sendo certo que a "necessária criminalização da homofobia e da transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da *punição* de qualquer discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais". Com razão, a nosso ver, referiu-se o Procurador-Geral ao fato de que "os crimes de ódio são socialmente mais graves do que crimes praticados sem motivação de ódio, por conta do alto grau de intolerância", situação, aliás, convergente com documentos internacionais referidos no Parecer.

constitucional o impeditivo a que se possa sequer cogitar de uma tipificação em desfavor de um específico modo de manifestação do afeto, do amor e da sexualidade adulta.

Portanto, há um âmbito do interno que, se exteriorizado, pode ingressar na zona de proibição e, como tal, legitimar tanto incriminações como agravações da culpabilidade, inclusive determinando elevações abstratas de pena.

II. Um *hard case* multicultural

Alguns anos se passaram daquela aula, anteriormente referida, e, como Silva Dias sempre foi daqueles Professores que dialogavam com os seus alunos, remeti-lhe uma decisão de minha lavra, na condição de Juiz de Direito, que versava sobre o fato que, em resumo, vai a seguir descrito: em determinado dia, num Acampamento Indígena no estado do Rio Grande do Sul, Brasil, acusados submeteram determinada mulher a sofrimento físico e mental, como forma de aplicar-lhe castigo pessoal e medida de caráter preventivo. Um dos acusados, cacique do grupo, após discussão com a ofendida, uma índia sob seu poder e autoridade, levou-a a um campo, onde a acorrentou em um tronco, situação em que permaneceu por cerca de quatro horas.

Dos diálogos travados por intermédio de e-mails, honrou-me o Professor, numa das viagens que fiz a Lisboa, com a designação de uma data específica para, com seus alunos daquele ano, discutirmos a sentença que eu próprio havia proferido.

A decisão, cumpre dizer, foi absolutória, e importa aduzir as razões.

1. O espaço dogmático da *Cultural Defense*

É inequívoco que a vítima foi amarrada a um tronco de árvore, e ali ficou por algumas horas, o que lhe ocasionou lesões de natureza leve nos membros superiores, seguramente pela tensão das amarras. Teria a vítima, segundo apurado no processo, "desacatado" o cacique e as lideranças da tribo, e vale por dizer que a comunidade indígena aprovou essa engrenagem punitiva, que deveras é parte histórica da organização social *Kaingang*. Daí que o merecimento da pena a que certamente foi submetida a ofendida na oportunidade, o seu erro ou acerto, e os ferimentos que sofreu, precisariam ser avaliados consoante os parâmetros de reprovação do Direito Penal.

Se sob o fundamento da *cultural defense*, isto é, o argumento de seguir as regras de sua própria cultura, cogitar-se de uma ausência de ilicitude, no fim das contas serão estabelecidos padrões diferentes de atuação estatal, conforme a origem e filiação das vítimas. Em outras palavras, a proteção jurídica que beneficiaria alguns, não alcançaria membros de outra comunidade, de maneira a afrontar-se o princípio da igualdade. Portanto, o fato como tal descrito se me afigurava contrário ao Direito.

Já, contudo, no plano da culpa ou culpabilidade, a situação se desenvolve de outra maneira. É de se destacar o que diz SILVA DIAS, no sentido de que a falta de compreensão do "significado e o alcance da proibição do facto", isto é, quando o agente carece da "orientação normativa necessária para aceder à ilicitude caracteristicamente penal", isto vem a implicar no afastamento da culpabilidade do agente.

Destarte, não pode ser afirmada, sem mais, a culpa jurídico-penal, pois "quem segue a regra costumeira, isto é, quem está habituado a valorar o facto ou interiorizou o seu sentido à luz dessa regra (...) terá dificuldade em apreender (...) o seu significado desvalioso ao nível penal"[17].

Demais disso, o argumento da *cultural defense*, no caso dos índios brasileiros, tem fundamento reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, sendo proibida, ainda, a pena de morte.

Consoante SILVA DIAS, é certo que a vigência das normas penais, pela "relevância dos valores que tutelam", não pode depender das idiossincrasias dos destinatários; outrossim, é inequívoco que punir com fundamento tão só na preservação de vigência das normas, sem "atender ou cuidar da sua ligação com o mundo da vida dos destinatários, representa afinal um enfeudamento do Direito Penal a uma lógica funcionalista, autopoiética, alheia à vivência normativa dos indivíduos, e por isso avessa a considerações de justiça"[18]. Se é, deveras, alheio ao nosso modo de atuar, a conduta realizada pelos índios, no caso que foi analisado, a verdade, contudo, é que a punição exercida contra a vítima é afeta àquela cultura indígena desde sempre[19].

2. O exemplo do Tribunal de Colônia

A conhecida decisão do Tribunal de Colônia, na Alemanha, proferida em maio de 2012, pode servir de base para algumas considerações.

Ali, embora afastando-se a punição, deu-se como ilícito o comportamento de médico que realizou circuncisão num menino de quatro anos de idade[20], o que levou PALMA a, numa comparação em tudo plausível, acentuar que a excisão praticada em mulheres por razões "culturais" não está excluída do espaço das ofensas corporais – antes, representam uma "diminuição da mulher", sendo certo, contudo, que, no caso

[17] SILVA DIAS, Augusto. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. Disponível em: http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/DiasAugusto1.pdf. Acesso em 04 de março de 2020, p. 32.

[18] SILVA DIAS, *Faz sentido punir*..., cit., p. 5.

[19] Colhe-se do sítio eletrônico "Povos Indígenas do Brasil" que: "As punições aplicadas aos infratores considerados culpados variam. No passado os Kaingang se notabilizaram por aplicar castigos extremos aos infratores. O mais conhecido destes castigos era o 'tronco' no qual o infrator ficava com os pés amarrados. Com o passar do tempo, os 'troncos' foram em grande parte substituídos por prisões. Ainda hoje, porém, existem 'troncos' em algumas terras indígenas. Há casos em que os infratores acusados de delitos graves são ou amarrados em uma árvore (geralmente o tempo suficiente para 'curar a bebedeira'), ou ficam presos sem direito à banho e alimentação – recebem apenas água – ou ainda, nos casos mais graves, são transferidos para outra Terra Indígena. As punições, em média, não ultrapassam os três dias. Nos casos de menos importância, os infratores são convocados a prestar serviços para a comunidade (como limpar os caminhos e acessos à escola ou ao posto de saúde)". Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang/288>> Acessado em 13 de agosto de 2020.

[20] Com detalhes, a este respeito, Cf. BEULKE, Werner; DIEßER, Annika. *«(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit». Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt*. In: ZIS 07/2012. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_7_685.pdf. Acesso em 14 de abril de 2020.

da circuncisão, ter-se-ia um *significado* diferente, e essa diferença residiria, exatamente, nos efeitos ao nível da integridade do corpo, das repercussões para as funções orgânicas e para o âmbito da dignidade da pessoa[21].

Na Alemanha, cumpre dizer, após as diversas polêmicas advindas da decisão antes aludida[22], o parlamento respectivo houve de alterar o *Bügerliches Gesetzbuch* (BGB), em ordem a suplantar a possibilidade de ver-se, na circuncisão, algum tipo de lesão corporal. E cremos que o fez com acerto.

No *sentido*, no significado último a que se remetem a circuncisão e a excisão clitoriana rituais é que reside a diferença que há de nortear a compreensão penal de um e outro.

Para mais das consequências, portanto, que na circuncisão, ainda que controvertidamente, revestem alguns aspectos positivos, ao nível da higiene e da parcial dificultação de contaminação por doenças transmissíveis sexualmente, nada havendo de semelhante na excisão; para mais da referência inequivocamente religiosa na circuncisão, o que não se apresenta necessariamente na excisão; para mais disso, é mesmo o alicerçar-se sob uma perspectiva de subalternidade da mulher, que faz a excisão reprovável, não se extraindo um tipo de valoração similar para o caso da remoção do prepúcio[23].

3. Retorno ao caso dos índios

No caso dos indígenas aqui tratado, o instrumento que lesou e restringiu a liberdade da vítima era o meio ao alcance dos acusados no processo, representantes legítimos daquele grupo, de corrigir o comportamento do membro, para eles, infrator. Infrator num contexto de generalidade, porque o direcionamento da normativa indígena, no caso, não reunia particularidades concernentes à condição feminina da vítima, razão por que propendia a atingir todos aqueles que o violassem. Ou seja, nada houve a revelar que a condição de mulher da vítima tenha implicado no modo como se desenrolou a valoração dos fatos lhe atribuídos, e nem à sua punição. De maneira que a questão de gênero, na espécie em exame, não se colocou.

Forma rude de punir, como componentes de outras culturas poderão afirmar rude o trancarem-se crianças em quartos, para o efeito de repreensão, ou mesmo o desferir-lhes, com alguma parcimônia, é certo, golpes físicos que nalguns casos se poderiam qualificar de lesões corporais. Induvidoso, contudo, é que tudo está a indicar que não

---

[21] PALMA, Maria Fernanda. *Circuncisão*. Texto publicado no Jornal Correio da Manhã. Disponível em http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniao/fernanda-palma/circuncisao. Acesso em 07 de março de 2014.

[22] Inclusive quanto às questões médicas relativas ao procedimento. Enfatizando estes aspectos, Cf. PEKÁREK, Hendrik. *Ein evidenzbasierter Blick auf die Beschneidungsdebatte*. In: ZIS 12/2013. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2013_12_786.pdf. Acesso em 17 de abril de 2020.

[23] Do mesmo modo, NUSSBAUM, que rejeita designar a excisão como "*femalecircumcision*", afirmando falaciosa a analogia, justamente porque na circuncisão não estaria subjacente uma ideia de subordinação. NUSSBAUM, Martha. *Judging other cultures. The case of genital mutilation*. In: Sex and Social Justice. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 119.

haveria outra forma de assegurar o caráter de prevenção negativa e de afirmação da vigência das normas internas da tribo, exceto do modo como a medida adotada representou. Lê-se: o castigo, neste caso, não partiu de uma demonstração pura e simples da autoridade do cacique, senão de um processo que se poderia aduzir como "democrático", com a finalidade primeira de reeducar aqueles índios problemáticos.

Como diz PALMA, a atribuição de relevância, para a responsabilidade penal, do reconhecimento que o agente não foi capaz de atingir, das "valorações mais abstractas, objectivas e impessoais do Direito, por força de um quadro ético-afectivo muito forte, que ele não teve condições de modificar", mormente nos casos de pessoas oriundas de "meios culturais bastante diversos daquele que determina os valores do sistema jurídico"[24], tem efeitos jurídicos no campo da culpabilidade do agente, com força de tornar impositiva a absolvição, por falta de compreensão da ilicitude penal, quando intransponíveis as barreiras dos valores culturais que direcionam e engessam a compreensão do ser, como não deixava de ser o caso retratado no processo que apresentei na saudosa aula de Silva Dias.

Não compreender isso é supor que nosso modo de vida é melhor que outros, o que, no limite, somente é afastável quando em causa uma afronta à dignidade, como no caso da excisão, e não verificável no modo como realizada a, bem ou mal adotemos a linguagem dos arguidos no exemplo em causa, punição da vítima.

Conclusão

Entre os episódios acima relatados, entre a temática do bem jurídico e o multiculturalismo em Direito Penal, a rigor são poucos os pontos de contato, situando-se cada um dos assuntos em zonas específicas da dogmática. Donde se intensifica a falta que faz Silva Dias, pois transitava por estes, e ainda outros temas, com a mesma desenvoltura, com a mesma profundidade e com a mesma capacidade de transmitir conhecimentos. Um verdadeiro Professor.

[24] PALMA, *O princípio da desculpa*.., cit., p. 208.

OS SEM... OU O QUE DELES RESTA ENTRE A ATIMIA E A AFANTASIA

Pedro Garcia Marques[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. A atimia como existência; II. A afantasia como necessidade; Conclusão.

"[Sócrates] – (...) ou não sabes que castigam com a atimia, com multas e com a morte aquele que não se deixou convencer?"
PLATÃO, *A República,* VI, 492 d.

Introdução

Sem nome, sem identidade, sem existência. Em momento anterior assim classifiquei os *sem*. Sem qualquer rigor ou interesse particular, enquanto proposta de critério ou sistematização, antes apenas como forma de colocar em evidência o que a esses sem é comum: a ausência de voz, de presença num espaço que, menos que os não ter em conta, se pauta por uma forma particular de irrelevância. Uma de que o observador se não apercebe.

De que falámos, então[1]? Em resumo, a *traço grosso*, e como forma de dar o passo que nos interessa nesta sede.

Falámos dos *sem nome*.

E, para o efeito, partimos de Fumiko Kimura, em termos próximos do relato de que, entre nós, dá conta, de modo atento e cuidado, SILVA DIAS[2]. Do acto, em que esta, japonesa de 32 anos, radicada na Califórnia, se dirige a uma praia de Santa Mónica e se lança, com os seus dois filhos de quatro anos e seis meses, respectivamente, nas águas do Pacífico, provocando a morte imediata destes, sobrevivendo ela própria, devido à intervenção dos serviços de emergência.

Falámos, como bem nota SILVA DIAS[3], do cometimento de *oyako-shinju*, um "suicídio de pais e filhos", em tradução livre, espoletado pelo conhecimento por

[*] Professor Auxiliar da Faculdade de Direito – Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

[**] Por opção do Autor, não foi usado o Novo Acordo Ortográfico.

[1] MARQUES (2020), 2473-2486.

[2] Sobre este caso, nesta sede, tomamos em particular atenção, SILVA DIAS (2013), pp. 57-80. Sobre os crimes culturalmente motivados, de entre a relevante produção científica do Autor, cfr., em especial, por todos, impressionante, *Crimes Culturalmente Motivados – o Direito Penal ante a "Estranha Multiplicidade" das Sociedades Contemporâneas*, Coimbra: Almedina, 2016, *passim.*

[3] SILVA DIAS (2013), pp. 57-58.

Fumiko, uma semana antes do acto trágico, do envolvimento do seu marido numa relação extra-conjugal que mantinha há cerca de três anos.

Comportamento ancestral em espaços culturais localizados em algumas regiões do Japão, fortemente enraizado em comunidades marcadas por um código cultural diverso do ocidente, em causa se encontra a expressão, por quem o comete, de uma vergonha perante si próprio e perante os outros que, desta forma trágica, se procura ver redimida[4].

Na verdade e partindo do caso, tomada por profunda vergonha e humilhação, Fumiko, no contexto cultural em que se encontrava inserida e que replicava, noutro espaço geográfico, o *ethos* da sua comunidade de origem oriental, tomara "a seus olhos" a infidelidade do marido como expressão da sua incapacidade – de Fumiko – "de o conquistar e de proporcionar aos filhos um ambiente verdadeiramente familiar"[5]. Pelo que, tomado o seu acto no contexto cultural em que ocorreu e que lhe permite dar sentido, inscrever-se-ia ele no significado que, naquele espaço de referência cultural, se associa ao *oyako-shinju*, enquanto procedimento que "visa assumir e redimir a vergonha, salvar a face perante os outros e demonstrar apego e amor aos filhos"[6], num contexto em que da ideia de morte se encontra ausente a de um momento final, antes de uma "viagem espiritual, poética, que une pais e filhos numa outra vida"[7].

Da mesma maneira que, além da exigência de consideração aí da filiação cultural para efeitos de consideração de possível desculpa jurídico-penal, "a supressão deste factor", com Silva Dias, dele faz também exemplo paradigmático de "uma atitude de incomunicação intercultural, que é frequente mas inaceitável em sociedades multiculturais porque ignora uma dimensão de identidade das pessoas e comporta uma incorrecta realização da justiça", importando, numa perspectiva estritamente processual, o correspondente a uma omissão de pronúncia.

Sendo isso verdade, no entanto, defendemos antes[8] e reiteramos agora que, da narração do *oyako-shinju* de Fumiko Kimura, promovida no quadro da específica identidade cultural que o explica, ressalta o traço de uma *ausência*. De uma *ausência* que, de resto, não é notada entre tantos que se lançaram na sua compeensão e que dela faz, como seu traço característico indelével, o de uma ausência pela qual ninguém dá. De uma ausência que, portanto, *não se nota*.

Na descrição frequente da tragédia Fumiko está *presente* a *ausência* do *nomear*. Do *nomear* de *quem* para essa tragédia, involuntariamente, se vê arrastado.

Que nomes teriam os seus filhos? Cabe perguntar.

Memento mori de uma recordação que se não esgota num mero designar, dissemos antes[9] e ora repetimos, é ele simbólico de uma identidade que ganha vida no momento

[4] *Idem,* p. 58.

[5] *Idem,* p. 59.

[6] *Idem, ibidem.*

[7] *Idem, ibidem.*

[8] Cfr. *O nosso* (2020), *loc.cit.*

[9] *Idem, ibidem.*

em que é dito, porque é, nesse momento, o *modicum* possível de reconhecimento de que o Direito, em todos os casos e, em não menor medida, neste, se encontra investido como compromisso de *humanidade* – e *da* Humanidade – para com ele.

Infungíveis aquelas duas crianças em traços de uma cultura que não as define e a que não as reduz, irredutíveis que são à mera condição de objecto e de cuja redução se impõe preservá-las, a ausência de consideração de *quem* não é nomeado, neste caso, arrisca ignorar o compromisso de *cuidado* que a todos se impõe como condição de afirmação aí de uma *comunidade*.

Falámos também dos *sem nome*, a caminho de serem considerados *sem identidade*, tomados pelo ensejo de Leonor teles, a realizadora, vencedora do Urso de Ouro, na *Berlinale* de 2016, pela sua curta-metragem *Balada de um Batráquio*. Retomamos aqui**,** como noutra altura[10], a sua sinopse:

> «Balada de um Batráquio nasce aquando de uma revelação – a tradição portuguesa de colocar sapos de loiça à entrada de restaurantes e outros estabelecimentos comerciais para afastar e impedir a frequência de pessoas ciganas. Através da minha história pessoal pretendi chamar a atenção para um comportamento crescente que se aproveita da crença e da superstição como forma de menosprezar e distanciar outros seres humanos.»[11]

É o modo escolhido de chamar a atenção e de denunciar essa discriminação: membros da equipa de filmagem que entram nos estabelecimentos comerciais que exibem sapos de louça com o fito de afastar a entrada de pessoas de etnia cigana, daí os retiram e os projectam sobre o pavimento provocando a sua pulverização em centenas de pedaços.

E fica a pergunta que aí fizemos: E se este caso se tornar paradigmático para o Direito por mais do que aquilo que, até ao momento, dele faria um exemplo clássico de conflito de direitos fundamentais, em particular do direito à propriedade e à expressão de opinião, na forma de protesto? E se também aqui se lançasse ao Direito o mesmo desafio notado pelos juízes do Supremo Tribunal americano em *Brown v. Board of Education*[12]? E se, aqui, como ali, no coração da questão e, com isso, do desafio que se nos coloca (e não apenas ao Direito) se situasse a constatação de que "separar aquelas [crianças] de outras com a mesma idade e qualificações apenas por causa da sua raça gera um sentimento de inferioridade em relação ao seu estatuto na comunidade que poderá afectar os seus corações e mentes de um modo que não será previsível que alguma vez possa ser desfeito" e que "o impacto é maior quando tem a sanção da lei", de modo que a separação de escolas em função da raça é "inerentemente desigual" e uma violação do princípio da igualdade, nos termos da 14.ª Emenda, pois que, numa expressão, a segregação racial no acesso às escolas põe em causa a *dignidade*

[10] MARQUES, "Nem Sempre Nomes...", cit., p. 2480.

[11] Curta-metragem *A Balada do Batráquio,* Realização: Leonor Teles, Portugal, 2016. Ver referência em bibliografia *infra.*

[12] Decisão do Supremo Tribunal americano *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

social de crianças de raça negra? Ou seja, e se o desafio de que aqui se trata é o de considerar é a *invisibilidade*, a *não inscrição* a que são sujeitos os que são visados pelo acto de exclusão simbolizado pelo batráquio de loiça à porta de um espaço que, apesar de público, não podem franquear, pois que está aberto a todos, mas não a eles, excluindo-os do *todo*. E o facto de que esse gesto de exclusão passa sem nota por ninguém – em que todos sabem, mas ninguém fala disso; por isso LEONOR TELES fala de um momento de "revelação" – reduz o outro à condição de nem isso o ser. Antes de não estar sequer lá. Reduzindo-o, por isso, à de *não inscrito*. E se, dizíamos, for esse, na verdade, o verdadeiro desafio a considerar? Um desafio que se dirige ao Direito, sim, mas que antes de mais se nos dirige e nos interpela. A nós, portanto. A todos nós.

E falámos ainda dos *sem identidade.* E se, de modo não substancialmente diferente, o sinal da *não pertença* assomar como traço principal de uma *existência* que não se *reconhece*, porque nem se quer se *nota* quem aí está? E assim de Domineque Ray, muçulmano, condenado à morte no Estado do Alabama e a quem foi recusada, em Janeiro de 2019, a presença na sala de execução e acompanhamento nos últimos momento de vida de um iman que o visitava e acompanhava regularmente, desde 2015 por, de acordo com "a prática e procedimentos" do Alabama Department of Corrections (ADOC), o Estado só autorizar a presença nessa sala de um capelão cristão, que seja funcionário do ADOC e que esteja, por isso, familiarizado com as "técnicas do protocolo de execução"[13]? E, pergunta-se, não será assim, por maioria de razão, quando, após recurso de providência cautelar do Tribunal Federal de 2.ª instância que aceitou suspender a execução e considerar o pedido do autor, o Supremo Tribunal revoga a suspensão com o fundamento na extemporaneidade do pedido, pois tendo o Estado anunciado a 6 de Novembro de 2018 a marcação da data de execução para 7 de Fevereiro de 2019 "Ray esperou até 29 de Janeiro de 2019 para requerer a suspensão (*to seek relief*)"[14]?

E, por fim, falámos dos *sem existência.* E, de novo, a pessoa como ponto de partida. Do rapaz, sabemos que maliano, sabemos que de 14 anos, mas de que não sabemos o nome. Recuperado morto das águas do Mediterrâneo, que trazia cosido ao bolso do casaco o *bulletin scolaire* (boletim escolar) e nele inscritas as suas notas de aproveitamento escolar[15]. O pouco que dele sobrou, recuperado do lugar de sepultura a 370 metros de profundidade, um ano passado sobre a noite do naufrágio, reduz-se a esse documento de

[13] Decisão do United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit *Domineque Hakim Marcelle Ray v. Comissioner, Alabama Department of Corrections,* nº 19-10405, D.C. Docket, nº. 2:19-cv-00099-WKW-CSC. Disponível em: https://www.courtlistener.com/opinion/4587867/domineque-hakim-marcelle-ray-v-commissioner-alabama-department-of/ (última consulta: 13-07-2021).

[14] Decisão do Supremo Tribunal americano *Jefferson S. Dunn, Comissioner, Alabama Department of Corrections v. Domineque Hakim Marcelle Ray* 586 U.S. (2019), pp. 1 ss.

[15] Seguimos de perto artigos "Rapaz que morreu num naufrágio no Mediterrâneo tinha as notas escolares cosidas no casaco", *in* Jornal *online Observador,* de 13-07-2019, disponível em: https://observador.pt/2019/04/01/rapaz-que-morreu-num-naufragio-no-mediterraneo-tinha-as-notas-escolares-cosidas-no-casaco/ (última consulta: 13-07-2021) e "El niño del naufragio en el Mediterráneo que se cosió las notas del cole a su ropa", Jornal *El Mundo,* edição *online,* de 31-03-2019, disponível em https://www.elmundo.es/cronica/2019/03/31/5c9a520321efa03d088b4593.html (última consulta: 13-07-2021).

difícil leitura, escrito em francês. Notas, na verdade, de um percurso que não deixava espaço a ilusões, pois que, bem saberia o rapaz, de uma vida se tratava que apenas relevaria no outro lado do oceano enquanto fosse eficiente, aproveitável, extraível de um corpo que se dispõe a tudo para sobreviver e sonha com uma vida melhor. E que não é, nem espera que seja, mais que uma *supra* mencionada *mera vida/zoon*, pois que, nem AGAMBEN, que nos propõe esta distinção, nem nós, nem aqueles milhares que ali ficaram alimentavam a ilusão que fossem vistos como mais que corpos. Dispensáveis. Ou, na expressão de ARENDT, só aparentemente mais benévola, que se tratasse aí de mais que supérfluos – em expressão a que voltaremos. Pois que, às portas da Europa, a sua história recente [do Continente], é a de uma condição humana que teima em não mudar.

De todos eles falámos. De todos esses que, vivos na memória que nos atormenta, nos exigem hoje a *inscrição* e o *reconhecimento* que, também eles, teimam em tardar.

I. A atimia como existência

Mas mais haverá a dizer sobre essa *reductio* a que aquela *não inscrição* os conduz.

Partamos de MACINTYRE, em citação longa para que possamos tocar naquilo que aqui nos traz:

> «No *Philoctêtês* [de Sófocles] é essencial para a acção que o Filoctetes, ao ser deixado numa ilha deserta durante dez anos, não tenha sido apenas exilado da companhia da humanidade, mas também do estatuto de ser humano: "deixaste-me sem amigos, solitário, sem uma cidade, um corpo entre os vivos. (...) [N]o mundo de Sófocles não é contestável o facto de que amizade, companhia (*companionship*) e cidadania são aspectos essenciais da humanidade"[16].

O conceito de homem, nota o Autor, "é entendido como tendo uma natureza essencial e um propósito e funções essenciais", de modo que, na tradição clássica, e, em particular, em ARISTÓTELES, nota, «a relação entre "homem" e "viver bem" é análoga àquela de "harpista" e tocar bem harpa" (Ética a Nicómaco 1095a 16)»[17] – não há homem, sem a possibilidade de se realizar na cidade e, por essa via, de promover nela, uma vida boa.

Ora, com MACINTYRE, no contexto da *polis grega*, "a honra é conferida pelos próprios pares e sem honra um homem não tem valor (*a man is without worth*)", de modo que, "as expressões valorativas (*evaluative expressions*) que usam são mutuamente interdefinidas e cada uma tem de ser explicada nos mesmos termos [e por referência a] cada uma das outras (*in terms of the others*)"[18].

Pelo que, sem honra, sem possibilidade de relação, sem valor, na verdade, a Filoctetes, como a qualquer cidadão grego, é a própria vida que se lhe vê negada. Sem

[16] MACINTYRE (1981), p. 158.

[17] *Idem*, p. 69.

[18] *Idem*, p. 146.

poder aceder à Ágora e participar na Assembleia, impedido de entrar no templo e de participar nos sacrifícios, para quem entende a *vida* como vida de cidadão na *polis*, é a própria existência que lhe é negada.

A isto se refere a *atimia, perda de honra*, em tradução aproximada, como pena que, em Atenas, se traduzira no afastamento da participação na *polis* ateniense, na privação do cidadão atingido pela *atimia*, do essencial dos seus direitos, excluindo-o da vida da cidade.

Seja na Constituição dos Atenienses (pseudo-Xenofonte)[19], seja, de modo explícito, no Platão tardio das *Leis,* enquanto proposta para a *boa* governação de Magnésia[20], em causa está aqui, o que, ali, se já levava pressuposto: a inflição institucionalizada da *desonra*. E, na própria negação da sua existência, se fundava o peso específico do significado simbólico envolvido na sua inflição. Ao condenado a atimia, nem sobre o corpo algum valor pode ver reconhecido, pois que, nem a protecção de que o escravo beneficia, tomado como coisa do seu dono, pode ter a pretensão de lhe ser assegurada.

São diversas as causas que, segundo as fontes disponíveis, justificam semelhante pena. De entre elas pontifica a condenação do cidadão por, no exercício de funções de magistratura ou na tomada de palavra na Assembleia, "não ter dito o que era justo ou não ter feito o que era justo"[21].

Disso nos dá notícia, de forma particularmente exaustiva Hansen[22], que, na lista de ilícitos a que cabia a aplicação de uma sanção de *atimia*, identifica aqueles correspondentes à omissão de um dever, como, em geral, a deserção, a cobardia, a venalidade, e ainda também, sublinham as fontes, os maus tratos infligidos pelos filhos aos seus pais e mães e a omissão de intervenção por parte de quem assista a esses maus tratos[23]. E distingue esses daqueles correspondentes a condutas censuráveis no exercício de magistratura, de arbitragem e de assunção da palavra na Assembleia[24].

[19] PSEUDO-XENOFONTE (443-406 a.C.). Cfr. versão citada traduzida para português por Pedro RIBEIRO MARTINS, responsável também por introdução, nota e índices, no que concerne, em particular, a discussão da datação previsível e da autoria.

[20] PLATÃO (*circa* 360 a.C.), cfr. III, 890c à referência, em geral, à perda de honra enquanto forma de pena. E, em particular, enquanto pena no contexto do casamento e da procriação (VI, 771e – 785b), afectando a esfera da vida privada e enquanto pena relevante na sequência de infracções cometidas por cidadãos no âmbito do serviço militar (XII, 943a – 945b), afectando a vida pública. Apesar do que se indica em texto, a disciplina da perda de honra nas *Leis* revestia-se, em simultâneo, do fito de assegurar e por contraste com Atenas, que, em caso de condenação de um cidadão de Magnésia, em caso algum esta implique a privação integral dos seus direitos de cidadania. Sobre isto e de modo aprofundado, cfr. HUNTER (2011), p. 134.

[21] PSEUDO-XENOFONTE (443-406 a.C.), III, 12-13. Seguimos tradução do francês a partir do original em grego clássico proposta por Dominique LENFANT (2014), p. 257. Sobre a dificuldade de tradução do passo citado e efeitos sobre o seu sentido, *op. cit., passim.*

[22] HANSEN (1976), pp. 72 ss.

[23] *Idem, ibidem.*

[24] *Idem,* p. 74. Menciona ainda, como comportamentos susceptiveis de merecer a condenação a atimia, reiteração de ilícitos (em que a atimia correspondia a uma sanção complementar) na esfera privada, como dissipação de património e o casamento com uma estrangeira, fazendo-a passar por ateniense (*idem, ibidem*).

Em causa está em todas elas, de novo com HANSEN, uma pena que visa o cidadão na sua qualidade de cidadão (e não de um ilícito que teria cometido enquanto particular)[25].

Sem poder aceder aos tribunais para defender a sua honra, sem ser ouvido e sem direito a sê-lo, é essa honra perdida, mais do que sinal de perda de um estatuto, símbolo de um valor *vital* que o definia na sua existência e agora se lhe vê retirado. O que aí, nessa perda, mais se encontra, em precisa negação da própria existência, encontramo-lo, assim nos parece, noutra das consequências da condenação a essa pena. É ela a de que nenhuma acção judicial pode ser apresentada contra o condenado a atimia por um outro cidadão[26]. Precisamente porque, à sua existência – do condenado a *atimia –,* não mais se reconhece valor que mereça ser discutido e defendido.

Aproxima-se do *homo sacer* – nessa figura notada por AGAMBEN[27] presente no direito romano arcaico que importava para o condenado a possibilidade de ser liquidado por qualquer cidadão, com total impunidade, mas, em simultâneo e de modo apenas aparentemente paradoxal, tornando-o insacrificável –, precisamente no que este tem de insacrificável, mas de susceptibilidade de ser morto a todo o momento. Como no *homo sacer* se assiste aqui a um exercício de *effacement* que, só na aparência, poderia ser visto como forma de tutela do excluído. Pois que, do mesmo modo que o *homo sacer* se toma como insacrificável, porque se lhe não permite o acesso aos ritos e aos cultos, domínio exclusivo dos cidadãos é também, por isso, liquidável por qualquer daqueles com total impunidade, não beneficiando sequer da protecção que a um escravo se assegurava, como coisa objecto de propriedade. Pelo que, do mesmo modo que é assim quanto ao *homo sacer* também a um *atimoi* a não possibilidade de ser demandado apenas exprime o seu apagamento da *polis*, na precisa medida em que é mera consequência lógica e linear da proibição dirigida ao *atimoi* de demandar. Exigente que é de um reconhecimento de honra e com isso de um valor que, por não a poder resgatar por via judicial, se lhe vê recusado. E, a ser assim, quem, em face de um *atimoi*, iria um cidadão demandar? *Ninguém* (diria o *nosso* romeiro, agora num outro e bem mais profundo sentido).

Próximo da *capitis deminutio* romana, é, no entanto, aquela perda da honra e o desaparecimento de reconhecimento, pela *polis*, daquela vida como dotada de qualquer valor, determinante de uma *reductio* que nem como *homo comunis*, nem mesmo como *homo sacer* o poderia ver como reconhecido. Reduzido a uma vida biológica (*zoon*), mero corpo, capaz, de novo com AGAMBEN, apenas de uma vida nua/mera vida, longe se queda da precisa vida qualificada que erige cada um à categoria de *pessoa*.

Ora, quando regressamos aos casos que aqui nos trouxeram, daquele correlato clássico de *atimia/perda de honra* retira a contemporaneidade uma forma exasperada, uma *reductio* ora tornada *ad nullium.*

E assim por razões que, por diversas, nos impõe um progresso em passos separados.

Comecemos pelo primeiro.

---

[25] *Idem, ibidem.*

[26] Sobre este e de modo detalhado, cfr. entrada "Ati´mia", in: *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (ed. Smith/Wayte/Marindin), London: John Murray, 1890.

[27] AGAMBEN (1995), *passim.*

a. *Reductio ad nullium*, pois que, essa perda, hoje, não é uma pena e uma correspondente redução de estatuto cívico antes reconhecido e fruído pelo afectado.

Não se trata de um afastamento da comunidade, do convívio com os pares por algum mal específico que contra eles e contra a comunidade, pelo desonrado, tenha sido praticado. Não se trata aqui, sequer, de desonra, enquanto perda de honra de quem a teve e que a perdeu sob a justificação de algum tipo de merecimento por acto censurável praticado ou omissão de acção devida.

Antes se trata de quem – assim com os irmãos japoneses vítimas de *oyako-shinju* perpetrado pela mãe – em razão de cultura se vêem definidos. Vítimas dessa cultura, na medida em que nos termos desta, lhes não é dada a possibilidade de existir.

Ou de quem se vê definido em função exclusiva de uma condenação judicial. E que apenas como condenado – na verdade, como condenado a ser executado – se vê compreendido. Objecto se tornando de um processo que se legitima na precisa medida em que o cumprimento escrupuloso das regras empreste à burocracia a razão e a força que negam ao visado um olhar que o encare para lá de mero objecto da vontade do Estado.

Ou de quem é tomado por tão evidentemente excluível por todos que, quem o exclui, não se coíbe em exibir o instrumento da expulsão – o sapo –, aos olhos de todos. E ressoa LEVI, em passagem a que voltaremos, "(...) ficaria muito espantado, o inocente e bruto Alex, se alguém lhe dissesse que hoje o julgo por este acto"[28].

Ou ainda de quem, em fuga da sua terra, procura uma vida melhor, mas nada espera em forma de reconhecimento, pois que, nunca mais do que ou nem sequer como utilidade contempla ser encarado.

De modo que, enquanto perda de honra se tenha classicamente entendido como perda de valor, é essa perda que hoje ressalta como traço novo de uma herança que perdura. Se bem que, ao contrário dos nossos antecessores, de uma perda se trata que não resulta do que se retira (e do que se procura justificar em forma de merecimento por essa imposta ablação), mas antes de um valor – de uma honra, portanto – que nunca se teve, porque nunca se viu reconhecido. De uma ausência de reconhecimento que, de modo imediato ao refugiado, mas aos aos outros, em não menor medida, bem justificam o mencionado epíteto de ARENDT no sentido de os tomar como *supérfluos,* mais até do que *desenraizados* (outro conceito utilizado pela Autora, a cujo sentido voltaremos de seguida, distinguindo-o do de *supérfluos*). E de encontrar aí a precisa marca de uma contemporaneidade que exponencia, a ponto de exasperar, os termos de uma exclusão.

Com ARENDT, *desenraizamento* (*uprootedness*) e *ser supérfluo* (*superfluousness*) têm sido a "maldição (*the curse*) das massas modernas desde o início da revolução industrial" e agudizou-se com o "crescimento do imperialismo", no fim do século XIX, e com a "quebra (*the breakdown*) das instituições políticas e as tradições sociais do nosso tempo"[29].

[28] LEVI (1958), p. 112 e 113. A estes passos já nos referimos no passado. Fá-lo-emos, cremos, tantas vezes mais no futuro.

[29] ARENDT (1951) p. 475.

A ausência de voz e de uma presença que não se topa – que escapa, na verdade, ao observador mais atento – resulta de uma violência particular que os afecta. De uma violência feita de uma linguagem que os exclui do problema. E assim de um Direito que, no que escolhe, os não reconhece.

E aqui se encontra a segunda razão. Segundo passo, portanto.

E não respeita esta às vítimas da desonra. Antes àqueles que lha impõem.

b. Se hoje, nem vidas, nem corpos sequer, menos que *homo comunis*, partilham aqueles por quem começámos da atimia/falta de honra que da Antiguidade ecoa; e se é ela, na forma contemporânea que essa *atimia* nos é dada ver, modo consumado de alguém reduzido a nada – enquanto *reductio ad nullium*; assim é pelo que naquela perda de honra, naquela clássica *atimia* se encontrava como exigência dirigida à comunidade, a todos nós, mas que hoje, entre nós, se perdeu. O sinal de que atimia, a perda de honra, o será também por violação de um dever de actuar em favor de. De um dever de atenção, de ajuda, de respeito e de resguardo do outro, entendido como o mais frágil.

De novo, disso nos dá notícia HANSEN[30] e importa sublinhá-lo, mesmo que brevemente, pois que em causa estão condenações que atingem não propriamente o ofensor, mas quem assista à sua actuação sobre uma vítima particularmente frágil e nada faça em forma de defesa, de protecção ou de socorro desta. Refere-se HANSEN à condenação por atimia de cidadãos por: *i.* não intervenção perante quem espanque uma pessoa vinte anos ou mais velha que o agressor[31]; *ii.* não intervenção por parte de quem esteja a passar – seja ele homem, mulher ou criança, desde que, sempre, cidadão – e não intervenha e repila alguém que agrida o respectivo pai ou avô[32]. Correlato, de resto, da mesma pena de *atimia* que cabe aplicar, pela mesma razão, a pedagogos ou professores que agridam de forma particularmente violenta os seus alunos, em particular quando crianças[33]. E que, precisamente por isso, arriscamos nós, motiva PLATÃO nas *supra* citadas *Leis* a elencar, de forma detalhada, esses precisos comportamentos que, por omissão de protecção dos mais indefesos, merecedores se tornam da mais "profunda desgraça"[34], justificando plenamente a pena, sempre excepcional e em todo o caso sempre limitada, de *atimia.*

Reductio ad nullium que hoje pesa sobre todos e que exponencia aquela *reductio* dos nossos antecessores, pois que, ao contrário daqueles, aqui falhamos num dever de cuidado perante aqueles que excluímos e que nada fizeram para merecer essa exclusão.

Falhamos, na verdade e como referimos, no dever de atenção, de ajuda, de respeito e de resguardo do outro. Do mais frágil. Que o é porque excluído. Excluído por nós. Sem que nada se possa apontar, em forma de censura ou de condenação, para essa exclusão justificar.

[30] HANSEN (1976), pp. 72 ss.

[31] *Idem, ibidem.* Sendo classificada como *cobardia.*

[32] *Idem,* III, 881d-e.

[33] *Idem,* III 880b.

[34] PLATÃO (*circa 360 a.C.*), cfr. III, 880b.

Antes, do olhar dos nossos clássicos antecessores, de um dever se trata aqui, suscitado por quem (e perante quem) não é, por não ser reconhecido, por não merecer inscrição. De um dever reivindicado por um *sem.* De um dever de cuidado em relação a quem se afasta e se exclui.

De um dever de cuidado que se imcumprido, assim diriam os nossos clássicos, implica desonra. Mas desonra apenas quem os exclui. Desonra-nos a nós.

Pelo que, esquecida esta dimensão de diferença que à perda de honra/*atimia* se associa, esquecido deixa o que os clássicos não olvidaram.

O que é isso que é esquecido?

Sem voz, sem audição, sem presença no espaço público de uma comunidade a que não pertence e de cuja presença são excluídos, não é apenas nesse espaço público e relacional que aquela ausência e o rasto do seu peso se faz sentir. Nem corpos, nem vidas, menos que *homo comunis,* é do dever de cuidado que o Direito se vê esquecido[35]**.** E de uma correspondente ausência que, não notada, verdadeira *não inscrição* que se torna[36]*,* se impõe tomar como *não reconhecimento* e como *violência.*

É de *não reconhecimento* que se torna uma forma particular *violência* que falamos, precisamente.

De novo, num caminho a dois, toquemos, então, na falta de *reconhecimento.*

a. Aquele sentido, precisamente, que, noutra sede, havíamos indicado[37] de reconhecimento de pessoa em Hegel, mediante o seu *der Mensch ist Anerkennen.*

A isto voltamos aqui[38], se bem que de forma entrecortada e sucinta.

Com Honneth, recuperamos no trabalho inicial de Hegel uma ideia de "inter-subjectividade originária da humanidade"[39] na distinção de "diversos graus de autonomia pessoal", assegurados exclusivamente dentro de "um quadro de uma teoria da inter-subjectividade"[40] que se tornara possível ao jovem Hegel de *Jena inicial*, i.e, a do *System der Sittlichkeit*[41], não já, de modo tão claro, do posterior *Jenaer Realphilosophie*[42].

Em causa estando um «modelo de pensamento da "luta pelo reconhecimento"»[43] que, naquela referência aristotélica originária, comportaria o essencial de uma filosofia política, antes de, em momento posterior do seu pensamento se transformar, à uma,

[35] A isto já nos referimos com mais detalhe, no nosso (2020), pp. 2475 ss.

[36] Também, em detalhe, por *nós*, anteriormente, cfr. *idem, ibidem.*

[37] Cfr. O nosso (2016), pp. 732 ss.

[38] Sobre isto, de forma desenvolvida, cfr. o nosso (2016), *loc. cit.*, pp. 732 ss.

[39] HONNETH (1992), p. 53.

[40] *Idem.*

[41] Cfr. HEGEL (2002, manuscrito original de 1802-03).

[42] Cfr., do mesmo (1805-1806).

[43] *Idem,* p. 49.

numa análise de "estádios de auto-mediação de consciência individual"[44]; à outra, numa compreensão de si própria como "unidade imediata de singularidade e universalidade", capaz de ser alcançada como a "totalidade"[45].

De todo o modo, no ponto comum entre os dois momentos da sua filosofia de Jena, diz HONNETH, se encontra a *luta pelo reconhecimento* entendida como processo social que conduz a uma integração crescente na comunidade no sentido de uma "descentralização de formas individuais de consciência"[46].

E assim, em tais termos, que *reconhecimento* se refere ao passo cognitivo da consciência no momento em que «esta se constrói a si mesma em totalidade já "ideal"»[47] e de modo a que "numa outra semelhante totalidade, [numa outra] consciência, se reconhece a si próprio"[48] tornando inevitável o *conflito*, a *luta*. E esta permite compreender-se de modo evidente quando se atente na afirmação escolhida por HONNETH de HEGEL e que reproduzimos: "que a totalidade como uma [consciência] singular seja precisamente a mesma a totalidade, por si própria, na outra consciência, se é reconhecida ou respeitada, isto eu não posso saber, excepto através da aparência das acções dos outros contra a minha totalidade"[49]; e, do mesmo modo, o outro tem que me parecer a mim ele próprio como uma totalidade, da mesma maneira que eu [pareço] a ele"[50].

Por isso, uma construção assim pensada toma todo o sentido quando, quanto ao conceito de sujeito, entende: "um sujeito não é aquele que pode ocasionar ou impedir um acontecimento, mas aquele que pode ser responsável por este"[51].

Socorrendo-nos do, porventura mais improvável, JAKOBS, diferente, por isso, de uma "comunicação instrumental (*Instrumentale Kommunikation*)"[52], será possível,

---

[44] *Idem,* p. 51.

[45] *Idem, ibidem.*

[46] *Idem,* p. 51.

[47] *Idem,* p. 49.

[48] HEGEL, *System der speculativen Philosophie,* p. 217, *apud* HONNETH, *ibidem*, p. 49. Parêntesis rectos nossos.

[49] *Idem,* p. 218, nota 1, *apud* HONNETH, *idem, ibidem.*

[50] *Idem, ibidem.* Essa que será a experiência de um "reconhecer-se-a-si-nos-outros (*sich-im-anderen-Erkennens*)", importa a capacidade de cada indivíduo de um "conhecimento que sobre isso possam adquirir" sobre se também "qualquer outro" se «reconhece em si mesmo como "totalidade"», sendo que esse exercício se obtém apenas "através da violação mútua das [suas, de cada um] pretensões subjectivas" (HONNETH, *idem,* p. 49).

[51] JAKOBS (1991) p. IX. Mais tarde, em (1995), insiste particularmente na dimensão social-comunicativa do conceito de pessoa que fora desenvolvida em (1993), pp. 384 ss. Elemento determinante no processo de legitimação "material" do juízo de culpa e que permitiu ultrapassar a construção inicial, constante do próprio, em (1991), de sujeito como "sistema psico-físico" (p. XI). Dimensão ainda que, a partir de (1993) [Tradução, para idioma castelhano, Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez (ed.), 1996, com excepção dos pontos II.B), IIB).3, IVB) a D)] parece ser associada à ideia de indivíduo, mas que não muda substancialmente a sua compreensão como um sujeito destituído de qualquer compreensão material subjacente. Sobre isto, cfr., em detalhe, o *nosso* (2016), n. 347, p. 110.

[52] Comparável, como referimos e aqui se repete, ao tratamento de uma máquina, em que o participante "também tão pouco é pessoa (*auch nicht Person*)" (1995), p. 868; na versão (1996), p. 70.

por esta via, erigir uma "comunicação pessoal (*Personale Kommunikation*)", nos termos da qual, a relação com outro indivíduo não se baseia apenas nas próprias preferências, mas define-se mediante, pelo menos, "uma regra independente de tais preferências, de tal modo que o outro possa invocar essa regra"[53].

Tomado este "novo mundo" como "um mundo com expectativas normativas em sentido estrito"[54], o indivíduo adopta um comportamento que "só tem sentido" se não estiver só nesse mundo e em que "o outro" é considerado como algo mais do que um objecto de cálculo estratégico, sendo "uma igual (…) pessoa em Direito"[55]. E é assim, esclarece o Autor, nesta noção formal de uma igualdade meramente pressuposta, "porque assim se quer, porque na comunicação jurídica é considerada uma essência racional ou incoporada num contrato social ou por outra razão qualquer – sempre terá que existir algum tipo de razão"[56]. E por esta razão que nada tem que a demonstre mas que, em simultâneo, se pretende demonstrada, conclui: o participante "assim aceita os outros como seres iguais a si mesmo e se vê a si mesmo", citando HEGEL sem mais desenvolvimentos, «como "a vontade que é livre"»[57].

Em causa está a necessidade da auto-consciência construída nesse contexto inter-relacional. Importando, na verdade e seguindo ainda o *jovem* HEGEL, a "reciprocidade do conhecimento de si próprio no outro"[58]. E que se desenvolve como uma relação de amor genuíno na medida em que possa tornar-se conhecimento intersubjectivamente partilhado por parte de ambos[59].

Funda-se aqui a *confiança* que o outro é para mim[60]. Desta ideia de relação de conhecimento de si próprio no outro, deriva HEGEL pela primeira vez o conceito de *reconhecimento*[61] – em nota de margem, como refere HONNETH, «nas relações de amor o "eu natural não cultivado" é reconhecido»[62]. E é verdade que, no contexto da relação fundada nos termos do amor, quando eu "não reconheço o meu parceiro na interacção como sendo um certo tipo de pessoa, então também não posso na reacção dele ver-me reconhecido como esse tipo de pessoa, pois a ele foram negadas por mim todas as características e capacidades, que eu espero ver pelo outro plenamente afirmadas em mim"[63].

[53] *Op. cit.,* p. 873; *op. cit.*, p. 79.

[54] *Idem, ibidem*; *idem, ibidem*. Contudo, o modo e o porquê de lá chegar não é esclarecido, neste título, por JAKOBS, como ele próprio salienta. Cfr., sobre isso, *idem, ibidem*; *idem, ibidem.*

[55] *Op. cit.,* p. 868; *op. cit.,* p. 70.

[56] *Idem, ibidem.*

[57] *Op. cit.,* p. 873; *op. cit.,* p. 79.

[58] *Idem, ibidem*.

[59] *Idem, ibidem*.

[60] *Idem, ibidem.*

[61] *Idem, ibidem.*

[62] *Idem,* p. 63 e 64, citando HEGEL, *op. cit.,* p. 202, nota 1.

[63] *Idem,* p. 64 e 65.

No entanto, é num momento ainda anterior e não necessitado de um compromisso que depende totalmente de um exercício absoluto e ineliminável de liberdade – por definição, é o amor entre dois seres livres –, que HEGEL identifica esse *reconhecimento*. E assim, enquanto possibilidade, sim, mas, sobretudo, enquanto compromisso, enquanto, na verdade, momento fundacional do Direito e de uma pretensão exigível que, nesse momento, qualifica, do mesmo modo, os sujeitos da relação, qualificando-os, e assim à ideia mesma de *pessoa de direito*, em dignidade. Nas suas palavras:

> « (...) O Direito é a relação de pessoas, nas suas condutas para com os outros – é o elemento universal do seu ser livre – ou a determinação, a limitação da sua liberdade vazia. Esta relação ou limitação não é para mim tornada compreensível e tornada acessível; antes, o [seu] objecto é ele próprio, acima de tudo, esta criação do direito, i.e., a relação de reconhecimento **(***der anerkennenden Beziehung***)**. No reconhecimento (*In dem Anerkennen*), o ser deixa de ser este indivíduo; ele existe, por direito, no reconhecimento, i.e., não mais se encontra [exaurido] na sua existência imediata. O reconhecido (*Das Anerkannte*) é reconhecido como valendo imediatamente como tal, através do seu ser – mas este ser é, ele próprio, derivado do conceito; ele é um ser reconhecido (*anerkanntes Seyn*); (...) »[64].

Ora, nos casos que aqui nos trazem, a disposição do outro à condição de *coisa/instrumento* disponível. E o seu destino, se juridicamente sancionado, à condição de *obra (das Werk,* no preciso sentido hegeliano a que voltaremos) no (e do) Direito que com aquela condição se satisfaça. Aquela precisa condição que não escapou ao *jovem* HEGEL – que não escapa aos jovens? – enquanto modo possível, embora insuficiente e, na dimensão que aqui nos traz de reconhecimento exigido no Direito e desafiado à compreensão do outro como *sujeito de Direito*.

Detenhamo-nos, então, na consideração do que é isso de *obra (das Werk),* instrumento e objecto a que aqui se condenam os *sem*, como o *modicum* de reconhecimento insuficiente e, por isso, falhado, num Direito que apenas o será quando seja fiel ao mandato *Der Mensch ist Annerkennen,* como postulado civilizacional.

Se regressarmos ao apoio de HEGEL e ajudados por HONNETH[65], sem prejuízo de referências nossas que lhe não poderão ser imputadas, podemos bem acompanhar o primeiro na afirmação de que, diferentemente do que tomara por evidente nos animais, o espírito humano não encontra satisfação e com isso saciedade para o seu "sentimento de carência" mediante o consumo directo de objectos[66]. Fonte que será aqui ainda apenas de uma "mera satisfação de desejos"[67]. Mesmo que tomado como de meridiana evidência, menos o será, no entanto, a afirmação de que aí, já nesse momento, ao

[64] HEGEL (1805-1806), p. 197. Tradução nossa.

[65] HONNETH (1992), pp. 54 ss., em particular, pp. 58 ss.

[66] HEGEL (1805-1806), p. 197.

[67] HEGEL (1968), p. 117.

sujeito se abre possibilidade de tomar consciência de si próprio, se bem que apenas no contexto de uma experiência ainda estritamente instrumental. Mediado numa consciência de um "sentimento de *uma* carência"[68], o facto do trabalho/labor produz objectos que, por meio do uso de instrumentos, se torna "obra (*Werk*)". Ou seja, neste sentido, presente perante os olhos do sujeito a "obra (*Werk*)" como produto da sua actuação, à inteligência se torna acessível a "consciência da sua actividade (*die Bewusstsein ihres Tuns*)"[69]. É, pois essa tomada de consciência, enquanto forma de auto-consciência, momento simultâneo de tomada de consciência da realidade em que, o "conteúdo como tal" da realidade é "constituído por via disso"[70], i.e. da "obra (*Werk*)".

No entanto, esta experiência resultante da actividade prática é limitada, mesmo quando seja tomada como aquela de alguma coisa "se tornar para si própria numa coisa (*sich zum Dinge machen*)"[71]; mesmo ainda quando, noutra sede, se afirme que aquela consciência "liberta a carência (*die Begierde befreidigt*)"[72], compreensivel na medida em que, "o desejo/a vontade/o ímpeto [*der Trieb*] é a unidade do eu tornado coisa/objectificado"[73]. E isto porque, na voz de Honneth, «no decurso do seu trabalho, o espírito subjectivo toma conhecimento de si próprio, apenas como uma «"coisa" actuante (*als ein tätiges "Ding"*), ou seja, como um ser que ganha a sua capacidade para a acção apenas quando se adapta à causalidade natural. Essa experiência está longe de ser suficiente para o desenvolvimento de uma consciência de si mesmo como uma pessoa jurídica»[74]. Na verdade, a auto-compreensão exigida na consideração do sujeito como pessoa jurídica impõe que, pelo menos, este "aprenda a compreender-se a si mesmo como um ente inter-subjectivo, existindo ao lado de pessoas com pretensões concorrentes"[75]. Impondo-se, por isso, quando se assuma o encargo de se compreender a constituição da consciência individual do direito, que é a própria relação prática do espírito subjectivo com o mundo que tem de ser projectada para uma outra dimensão.

Bastando-se a si mesmo nesta dimensão – individual, isolada –, em causa está um momento de auto-consciência que fica ainda aquém do que se exige como elemento determinante para a compreensão de pessoa de direito. O sujeito, aqui, é apenas dado a si próprio reificado no objecto da sua actuação.

Se no labor/trabalho o ego é sempre dado a si próprio no objecto que reifica o sujeito da actuação, como produto do seu desejo/vontade/ímpeto, falha aqui o encontro com "o desejo que lhe é estendido pelo outro"[76], falhando, do mesmo passo, a

[68] *Idem, ibidem.*

[69] HEGEL (1805-1806), p. 196.

[70] HEGEL, *ibidem*.

[71] *Idem, ibidem.*

[72] HEGEL (1968), p. 118.

[73] HEGEL (1805-1806), *ibidem.*

[74] HONNETH (1992), p. 61.

[75] *Idem, ibidem.*

[76] *Idem,* p. 62.

possibilidade de se experimentar a si próprio como a mesma subjectividade vital desejosa e desejante que é o outro[77].

Ora, numa dimensão adicional, agora *política*, assoma esta dimensão em consequências determinantes.

Tocamos, de novo e mais uma vez, em considerações já antes expendidas[78].

Partimos de ARENDT. E lembra-nos: "do ponto de vista do *homo laborans* é como que um milagre que seja também um ser que sabe da existência de e habita um mundo; do ponto de vista do *homo faber* é como que um milagre, como a revelação da divindade, que o significado deva poder ter um lugar neste mundo"[79]. E, por isso, a sua proposta fundada na re-compreensão de acção como ponto de partida para a reposição de uma afirmada liberdade política verdadeira.

E, portanto, proporcionada apenas pela "consideração da *praxis*", nota a irreversibilidade consequencial da acção – "os processos da acção não são só imprevisíveis, são também irreversíveis; não há aqui autor ou fabricante capaz de desfazer, de destruir o que fez, se isso não lhe agrada ou se as suas consequências se mostram desastrosas"[80].

De modo que, se ganha algum sentido a afirmação de ARENDT, socorrendo-se de ARISTÓTELES –

> "para os homens a realidade do mundo está garantida pela presença dos outros, através do seu aparecer a todos, a isso; pois aquilo que aparece a todos, a isso chamamos Ser (*Nich. Ethics,* 1172 b 36 segs.) e aquilo a que falta este aparecer aparece e desaparece como um sonho íntima e exclusivamente nosso, embora sem realidade"[81].

– abre-se-nos ele, se voltarmos aos pressupostos filosóficos hegelianos da fase inicial de *Jena* com que começamos, na assunção de um processo crítico, fruto de uma vontade reflexiva, auto-consciente dos outros nessa auto-consciência que retroactivamente semeia as causas para a irrupção da *liberdade* que, em forma de *acção*, manifesta a possibilidade de um juízo *discernente*. E, por essa via, a possibilidade mesma de um *pensamento crítico.*

Decerto, é ele ainda "promovido em isolamento", contudo, com "a força da imaginação ", "torna os outros presentes e, desse modo, move-se num espaço que é potencialmente público, aberto a todos os lados"[82]. Adoptada a posição kantiana do "cidadão cosmopolita (*world citizen*)", "pensar com uma mentalidade alargada" significa, então, que "cada um treina a sua imaginação para se pôr em visita (descrição livre e aproximada de *to go visiting*)"[83].

---

[77] *Idem,* p. 63.

[78] Cfr. o nosso (2016), p. 321 e 322 e ainda p. 303 e 304.

[79] ARENDT (1958), p. 236.

[80] *Op. cit.,* p. 24 e 25.

[81] ARENDT (1958), p. 8.

[82] *Idem, ibidem.*

[83] ARENDT, *idem, ibidem.*

b. Falhado o *reconhecimento*, é de uma forma particular de *violência* que nos cabe, então, falar.

De uma violência que partindo da compreensão de que o Direito e, em particular, a interpretação jurídica é realizada, nas palavras de COVER, "num campo de dor e de morte"[84], é, no entanto, feito de uma linguagem que partilha do processo geral de hermenêutica e de correspondente dilucidação de significado que ocorre no mesmo momento e no mesmo lugar em que aquela excogitação se vê procurada e se faz realizar, de modo que, na forma que segue os termos de um modelo de hermenêutica que GADAMER atribui a ARISTÓTELES, a própria aplicação (*die Anwendung*) "não é subsequente, nem resultado ocasional do fenómeno de entendimento, mas co-determina-o, à partida e como um todo"[85]. Num processo simultâneo de interpretação e construção do mundo que integra no processo de conhecimento aquele preciso de realização de uma acção construtiva do mundo – como bem nota COVER, GADAMER "parte de Aristóteles ao incorporar o contributo particular de Heidegger no sentido de que estamos sempre situados no mundo, construindo mundos futuros que iremos habitar"[86].

Aceita-se, então, que a "aplicação (*Applikation*) não é nenhuma aplicação posterior (*nachträgliche Anwendung*) a um caso concreto, de um qualquer universal já previamente dado, que já se encontra em si previamente entendido"[87], antes é, em primeiro lugar, "o verdadeiro entendimento do próprio universal em si mesmo, que o texto dado é para nós"[88]. Culminando na afirmação, ela própria não menos geradora de novas perplexidades que, infelizmente, não poderemos detidamente tomar em consideração nesta sede, no sentido de que "o entendimento demonstra-se como sendo um efeito de uma espécie particular e conhece-se a si próprio como tal"[89].

De modo que, no Direito, os termos de um compromisso que todos vincula, depende de uma linguagem e, sem dúvida, de violência na linguagem que por todos possa ser compreendida, não apenas como pressuposto de uma exigência de legitimidade que se funda no que cada um possa compreender, mas, mais ainda, como exigência fundada na constatação de que, nisso que cada um investe em esforço de interpretação e procura de conhecimento, se realiza uma auto-compreensão do ser e uma construção do mundo tomado *uno tenore* – abusando da expressão de KIERKEGAARD expendida noutro contexto, apesar de com este ainda relacionado, de que antes e noutra sede[90] já lançámos mão e a que aqui *supra* voltaremos a referir-nos (não passando, nesta sede, apenas disso: de uma referência).

---

[84] COVER (1986), p. 1601.

[85] Trazido inicialmente à minha atenção, neste passo, por COVER (1986), p. 1611, n. 24, citamos, no original, GADAMER (1960), p. 329.

[86] COVER (1986), p. 1611, n. 24.

[87] *Idem*, p. 346.

[88] *Idem, ibidem.*

[89] *Idem, ibidem.*

[90] Cfr. o nosso (2016), pp. 548 ss.

É que, com BENJAMIN no seu consabido ensaio sobre violência, "uma causa, por mais eficaz que seja, apenas se torna violenta, no sentido pregnante da palavra, apenas quando intervém nas [interfere nas] relações morais"[91].

E é essa interferência testemunhada, nos casos aqui arriscados, por aquilo em que, nuns e noutros, se nota como traço indelével daquilo que neles ressoa como comum: o silêncio de cada um.

Naqueles que se não ouvem (porque se não reconhece que existam) e que sofrem, – e morrem – em silêncio, ressoa como verdade a afirmação no sentido de que o "silêncio nunca é neutral na terra do logos"[92]. Ali – na *polis* grega –, como aqui – entre nós.

Um silêncio que, como estado, com MONTIGLIO, é "uma condição mais complexa do que a mera ausência de palavras"[93]. Pois que, "originalmente" – seguimos pela mão da Autora, remontando, também aqui, ao legado clássico, tanto da tragédia, como da própria épica – «é um estado, um modo de comportamento, um "advérbio", [que] inclui como suas componentes principais um sentar-se e um retirar-se de vista (*withdrawal from sight*)». De modo que, silêncio "implica um agachar do corpo, um desaparecimento (*a crouching of the body, a disappearance*)"[94].

Um silêncio que não é neutral, ontem, no contexto da "polis democrática", como hoje, entre nós, significa "expulsão e marca condições de marginalidade", como aquela de *atimia* enquanto perda de direitos civis que, nota, implica, em primeiro lugar, "a proibição de falar em tribunal e na Assembleia"[95]. Sublinhando a Autora que, precisamente porque "silêncio é um símbolo de marginalidade (*silence is a token of marginality*)", desempenha ele um papel nos rituais de purificação "como uma suspensão temporária do único modo de existência na cidade, nomeadamente, através da participação verbal"[96].

De modo que, se esse *logos*, essa *polis*, essa *democracia*, mais que sinal cronológico de uma experiência histórica – o da *polis* grega –, for tomado como legado que, nessa designação, encontra a marca de um compromisso, importa isso hoje que aquele *silêncio* seja por qualquer um detectável como sinal de uma *atimia* que, *nesta* democracia, é incompatível com a ideia de Estado *de Direito,* democrático e liberal fundado no respeito de dignidade da pessoa humana que a todos estende, a todos, sem excepção, a exigência de igual respeito e consideração.

Se esta fórmula, no modo em que DWORKIN no-la propõe no Direito contemporâneo, algum significado terá, será ele que, aos olhos do Direito, não há quem se tope agachado; quem, com o seu beneplácito, se retire de vista; quem desapareça.

[91] BENJAMIN (1920-1921), p. 29.

[92] *Idem, ibidem.*

[93] MONTIGLIO (2000), p. 289. Autora a que cheguei inicialmente e neste passo pela mão de GRIFFITHS (2013), p. 294.

[94] MONTIGLIO (2000), p. 289.

[95] *Idem*, p. 292.

[96] *Idem, ibidem*.

"There is no caste here", na famosa afirmação do juiz HARLAN, no seu voto de vencido à infame decisão do Supremo Tribunal norte-americano *Plessy v. Ferguson*, de 1896[97]. Protesto singular e na altura ainda isolado, capaz de desempenhar uma função não menos que vital. Da segregação racial e para além dela, aos olhos do Direito, a todos estende o que importa reconhecer: que, *nesta* comunidade, não há *atimoi, homines sacri, homines comuni.* Aqui não há silêncio. Vozes ignoradas, como marca de um reconhecimento que falha.

Aqui, linguagem e o discurso e ainda a dogmática jurídica – esta última no sentido agambeniano – serão feitas, por isso, de uma hermenêutica que todos congraçe nos termos de uma relação moral por todos participada na forma de interlocutores capazes do mesmo discurso.

Apenas assim, aos olhos do Direito, se vê, literalmente, e desse modo se nota a precisa posição que, de novo a seus olhos, a cada um se autoriza tomar: toma a palavra, nas palavras de ARENDT e, coloca-se em evidência[98].

E tomada ela, na forma literal da voz individual, projectada por quem se quer fazer ouvir e o reclama por direito, e, naquela simbólica, da deferência perante quem o faça, por ser direito seu, é uma linguagem *contra silentium* que, nova, se impõe. Matriz de uma responsabilidade que o é dos termos em que se vê quotidianamente assumida e *com*-preendida.

Que linguagem é essa? Como lhe emprestar *nomes* que a tornam compreensível?

Essa lógica, no modo como se vê tacteada em sede de procura de justificação filosófica, pode bem dar lugar à explicação proposta por STRAWSON e às *atitudes reactivas de participação*.

Aí de liberdade e da sua compatibilização (ou não) com o determinismo se fala como pretexto intencional último daquele esforço. Aqui, não é de liberdade e de determinismo/indeterminismo que se trata, mas de faces e de nomes.

A este ponto voltamos, em termos muito mais sucintos do que aqueles que, noutra sede, propusemos[99].

Filósofo da linguagem, reticente em enveredar pelos caminhos da ética e da filosofia moral – "virar-me-ei para a filosofia moral quando as minhas capacidades intelectuais estiverem em declínio", era conhecido por dizer[100] –, não deixa, no entanto, o pensador de Oxford de nos oferecer uma abordagem original e, esperamos, de particular préstimo para o nosso propósito e que ora seguimos de perto.

O caminho será, como indicado, sucinto e injustamente sincopado.

Em causa está o enfrentar do reconhecimento, em face de cada comportamento de cada um de nós, daquelas condições particulares que espoletam *atitudes de reacção comuns (ordinary reactive attitudes)* e a sua distinção daqueloutras que, em face de comportamento semelhante na sua exteriorização, exijam a sua suspensão. Das

[97] Decisão do Supremo Tribunal norte-americano *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

[98] ARENDT (2003), p. 188.

[99] Cfr. o nosso (2016), pp. 424 ss.

[100] Assim, SNOWDON/ANIL (2019) sobre o Autor.

condições, portanto, que autorizam uma *atitude participativa (participant attitude)* em relação a esse comportamento. De uma atitude – participativa – que o Autor denomina de "reacções essencialmente naturais e humanas"[101] e que impõem, quando não reunidas, a sua inibição em relação ao comportamento exteriorizado e à ofensa por ele provocada. Procurando ainda STRAWSON dilucidar, quando essas condições se não vejam reunidas, o que *é isso* de não as sofrer.

Atitude de envolvimento ou *de participação*, traduzida em *atitudes reactivas participativas*[102] opõem-se, portanto, a *atitudes objectivas*, determinantes que se tornam estas de um momento de afastamento e de inibição daquilo que seria uma reacção humana e natural em face da ofensa, traduzidas em *atitudes de reacção comuns* (*ordinary reactive attitudes*). Surgindo umas e outras (*atitudes reactivas participativas* e *atitudes objectivas*) como o momento de contraste capaz de iluminar o *tipo* de fundamento subjacente às práticas de condenação moral.

A propósito, nota STRAWSON, que a enorme variedade de formas em que se traduzem estas atitudes "não deverá deter-nos de reconhecer também que, na ausência de *quaisquer* formas destas atitudes, é duvidoso que contemos com alguma coisa que *nós* possamos considerar inteligível como sistema de relações humanas, como sociedade humana"[103].

Entrecortado e incompleto, não raro impreciso, o que o Autor leva dito autoriza considerar que são estas práticas que "expressam" a nossa natureza[104] – "estas práticas não exploram apenas a nossa natureza, elas expressam-na"[105]. E afirma, em passo decisivo, que a sua consideração é capaz de denunciar o erro de "se esquecer que estas práticas e a sua recepção, as reacções às mesmas *são* verdadeiramente (*really* are) expressões das nossas atitudes morais e não apenas mecanismos que, de modo calculado, empregamos com o propósito de regulação"[106].

E isso implica considerar a rede de atitudes e sentimentos que formam parte essencial da vida moral tal como a conhecemos enquanto fonte perceptível do sentido encerrado na "linguagem moral (*the language of morals*)" de tudo o que pretendemos dizer a propósito dos factos tais como os conhecemos, quando falamos, de merecimento, responsabilidade, culpa, condenação e justiça. Importando considerar o que aí ressoa como *facto d*a – *n*a e *próprio* da – relação e nisso que, como *facto*, se encontra envolvido no fundamento mesmo da responsabilidade moral daquelas atitudes e sentimentos que constituem o cimento da relação em comunidade. De modo tal que, qualquer proposta de desvio de atenção em relação ao que aí ressoa como *facto* da relação resultará "como sugestão de uma mudança no nosso mundo"[107].

[101] STRAWSON (2008), p. 10.

[102] *Idem*, cit., p. 10.

[103] *Idem,* p. 26.

[104] *Idem,* p. 27.

[105] *Idem, ibidem.*

[106] *Idem, ibidem.*

[107] *Idem,* p. 22. Itálico no original.

Permite, com isto, STRAWSON, abrir caminho na resposta à questão já levantada por HUME e que não encontra resposta quando se parta da suposição de que "essência mesma da moralidade consista num acordo ou num desacordo com a razão":

> "Deveria ser escondido que apesar de um erro de facto poder não ter natureza criminal, um erro sobre o que é *certo* tem-no, no entanto, frequentemente;"[108].

Reflectindo no que aí está envolvido no dar conta da humanidade identificada nos termos universais de uma resposta reveladora de um sentimento moral, surge evidente na resposta que HUME arrisca à pergunta: "o que mais, então, podemos perguntar para distinguir sentimentos dependentes de humanidade, de outros ligados a outra qualquer paixão ou à nossa [exclusiva] satisfação, por que razão aqueles e não estes são a origem da moral?" e é ela: "qualquer que seja a conduta que merece a minha aprovação, ao tocar a minha humanidade (*humanity*), logra também obter o aplauso de todo o género humano (*mankind*), ao afectar o mesmo princípio nele"[109].

A específica expressão de humanidade que, de regresso a KIERKEGAARD, se encerra na recordação *uno tenore* e na qual poderia HUME encontrar caminho para apaziguar o seu questionamento.

O que seja esse *uno tenore*, elemento central do pensamento de KIERKEGAARD que o leva a insistir na distinção entre o que seja memória e recordação, coloca-se muito além do que é possível aqui expender em termos que lhe façam justiça. A isso nos dedicámos no passado e ora não regressaremos[110]. Mas, se poucas palavras lhe serão fiéis, porque de vida tomada de um fôlego se trata, no passado que se torna presente e lhe dá sentido, retomando e transformando o significado do passado, sê-lo-ão as de ADÉLIA PRADO, num percurso crente que KIERKEGAARD teria compreendido como ninguém. Com pedidos de desculpa pela amputação:

"Louvado sejas Deus meu Senhor,
porque o meu coração está cortado a lâmina,
mas sorrio no espelho ao que,
à revelia de tudo, se promete.
Porque sou um desgraçado
Como um homem tangido para a forca,
Mas me lembro de uma noite na roça,
O luar nos legumes e um grilo,
minha sombra na parede.
(...)
Louvado sejas porque eu quero morrer
mas tenho medo e insisto em esperar o prometido.
Uma vez quando eu era menino, abri a porta de noite,
a horta estava branca de luar
e acreditei sem nenhum sofrimento.
Louvado sejas!"[111]

[108] No original para melhor percepção do sentido: "Shou'd it be pretended, that tho'a mistake of *fact* be not criminal, yet a mistake of *right* often is; (...)", HUME, *ibidem,* p. 460.

[109] *Idem,* p. 274.

[110] Cfr., a propósito, o nosso (2016), p. 548.

[111] Adélia PRADO, "*Bendito*"*, in*: PRADO (2015).

Se, de novo, trouxermos à colação a inspiração clássica em que nos sustentamos desde início, é, precisamente, no contraste com a recordação e com a voz que se faz ouvir como expressão de uma singularidade que, de novo, o silêncio joga um papel determinante no desenhar do percurso que à voz/falta de voz se associa a necessária dimensão de necessitado reconhecimento.

De modo que no regresso àquela inspiração clássica, o silêncio de Electra, nota o afastamento, feito de perda de linguagem, ausência de direitos, de perda de reconhecimento.

No momento climáctico – de *clímax* – de um conflito entre Clitemnestra e Electra, mãe e filha que não se resolve, intransigentes que se afirmam as suas posições irreconciliáveis, no que concerne, em particular o assassinato de Agamemnon às mãos da primeira, como vingança pelo sacrifício perpetrado por este da sua filha Ifigénia, irmã de Electra, como forma de apaziguar os deuses e assegurar um bom desfecho da Guerra de Tróia[112], desponta o modo preciso em que se *firma a ruptura* (e de particular significado para nós), a forma que ela adopta. Assim, Sófocles, tocando nós aqui apenas na parte final de um discurso que exige ser lido na integralidade, mas que, por naturais constrangimentos de espaço, não reproduziremos, se não no seu passo quase final:

> "Clitemnestra – Autorizas-me, então, a proceder aos sacrifícios sem os teus gritos de mau agoiro, pois que te autorizei a dizer tudo o que desejaste? Electra – Autorizo, sim; exorto a que o faças: faz o sacrifício! Mas não culpes a minha voz, pois não direi [não me é permitido que diga] nem mais uma palavra."

Pelo que, quando o mensageiro Paedagogus anuncia a morte de Orestes, filho de Clitemnestra e irmão de Electra e a apelida de boa notícia, assim a julgando na perspectiva de Clitemnestra e de Egisto, seu amante, diz Clitemnestra dirigindo-se a Electra:

> "– Tu, vai à tua vida! Mas vós, Senhor, contai-me exactamente de que modo ele foi destruido."[113]

Com Griffiths, o "desaparecimento combina a perda de linguagem de Electra com a condição física de *atimia*"[114], de modo que essa perda de linguagem no final do "*agon* de Clitemnestra" assinala a sua perda de direitos, não apenas de "inclusão cívica e do direito a ser ouvida", mas também do "direito sobre a sua

[112] À nota deste conflito já recorremos, pela pena de *Ésquilo*, na sua *Oresteia,* para aí remetendo a novidade não menos relevante que do relato deste resulta em forma de lição a retirar deste embate. Cfr. o nosso *O Juízo Crítico da Culpa*, cit., em particular, pp. 2503 ss.

[113] Sófocles (420-414 a.C.), 627-633.

[114] GRIFFITHS (2013), p. 294.

vontade e sobre o seu corpo"[115]. Inúteis que se tornam "as tentativas de Electra [de se fazer entender] com linguagem", Electra "agora não tem qualquer poder com palavras"[116].

É, por isso e de novo, de violência que falamos, precisamente. De uma forma particular desta em que mergulha o Direito esquecido – e nós esquecidos, por via dele – de que, com BENJAMIN,

> "O indivíduo (*der Mensch*) não pode, a qualquer preço, ser tomado como coincidente com a mera vida que existe nela, da mesma forma que não pode ser dito que coincide com qualquer outra das suas condições ou qualidades, incluindo mesmo a qualidade única da sua pessoa física"[117].

Que, mesmo o primeiro mandamento – Não matarás –,

> "não existe como medida de julgamento (*als Maßstab des Urteils*) mas como orientação [*linha-guia de pedreiro*] para a acção (*als Richtschnur des Handelns*) da pessoa actuante ou da comunidade que, em solidão, com ela se têm de debater, e, em casos excepcionais, que tomar sobre si a responsabilidade de o ignorar"[118].

Fixando-se assim, por via de um curioso jogo de palavras e pela perspectiva mais inusitada, a retoma do papel atribuído à medieval *linha-guia* de pedreiro, *Richtschnur*, em alemão: não enquanto instrumento de determinação geométrica do que está recto e, sendo vertical, deve ser seguido, mas pelo que o seu uso de antanho implicava em aceitação de incumprimento da rectidão geométrica da medida indicada pelo instrumento, quando, apesar de tortos, parede ou confraforte, melhor pudessem suportar e harmonizar o peso e as forças de todo o edificado.

Assim, com LARSEN, ao notar que o uso por BENJAMIN da palavra *Richtschnur*, neste contexto é particularmente revelador. Pois que, aquele mandato, precisamente "não é uma lei (*Recht*), mas um guia (*Richtschnur*)"[119]. Um *Richtschnur* "que, em alemão, é também conhecido como *Maurerschnur*" é uma "linha-guia de pedreiro: um fio (*Schnur*) que é usado por um pedreiro ou por um assentador de tijolos para medir e corrigir (*richten*) uma superfície plana para uma construção"[120]. De modo que, um *Richtschnur* é uma "aproximação de ordem prática (*an approximation used practically*) para construir uma casa"[121]. Assim, salienta, para construir uma boa casa, os pedreiros "teriam, em geral", que seguir esta

[115] *Idem,* p. 294 e 295.

[116] *Idem,* p. 295.

[117] BENJAMIN (1920-1921), p. 62.

[118] *Idem*, p. 61. Tradução e parêntesis rectos nossos.

[119] LARSEN (2013), *passim*.

[120] *Idem, ibidem.*

[121] *Idem, ibidem.*

Richschnur[122]. No entanto, "às vezes, devido a terreno assimétrico (*broken ground*), uma boa casa apenas poderia ser construída se a *Richtschnur* fosse ignorada"[123].

E, aqui, ganha sentido, naquele jogo, a substituição que promove BENJAMIN entre Lei/Direito (*Recht*) e o "seu quase homófono *Richt*"[124].

De *linha* na mão e guiados, não tanto por ela, mas pelo discernimento, *tomamos em mãos*, nesse sentido hegeliano**,** a matéria e nesse acto, mais que o caminho em que o ser se desvela e se dobra sobre si próprio – de novo, com HEGEL – é essa linha-guia, instrumento e em simultâneo ocasião para o préstimo que, na Atenas de V a.C., se dava à *corda vermelha*[125].

Contava-se que esticada em cada ponta por dois escravos citas, uma corda ensopada de tinta vermelha era por eles utilizada para rodear os cidadãos que se concentravam na Ágora, *incentivando-os* a entrar na Assembleia para discutir os assuntos da cidade. Sujando de rubro a roupa de quem se demorasse ou resistisse a entrar. De modo que, assim reza ainda a história, quem ficasse com tinta vermelha na roupa não era pago pela obrigatória presença na Assembleia ou mesmo multado pelo incumprimento desse dever.

Linha-guia e corda vermelha que nos convocam a discutir e ao exercício transformador da agambeniana *vida nua* em *qualificada* do discurso e da linguagem e nos lembram, qual *linha(-)vermelha,* a *mancha* da sua negação.

Pelo que não é o apelo aos muitos que, com COVER, justifica os termos precisos em que a violência no Direito se torna aceitável –

> "A decisão judicial (*the judicial word*) é um mandato para a acção dos outros"[126], mas esse acto interpretativo "não pode conferir a si próprio efeito", na medida em que depende de "um entendimento (*an understanding*) sobre o que outros farão com essa afirmação judicial (*judicial utterance*)"[127]. De modo que quase todas as afirmações judiciais se tornam facto através da acção de outros – actos envolvidos em regras (*acts embedded in* rules)"[128]. O juiz tem, por isso, "de ver (...) que o significado das suas próprias palavras pode o papel desses outros mudar"[129].

[122] *Idem, ibidem.*

[123] *Idem, ibidem.*

[124] BENJAMIN (1920-1921), p. 61. Notando o Autor a relevância maior dessa substituição para a compreensão da distinção por BENJAMIN entre *justiça mítica* e *justiça divina*.

[125] Sobre a notícia e discussão aturada desta curiosa figura, com referência a numerosas fontes clássicas, cfr. POWELL, (2001), pp. 405 ss.

[126] COVER (1986), p. 1611.

[127] *Idem*, p. 1612.

[128] *Idem,* p. 1621.

[129] *Idem, ibidem.*

– pois que aí se trata ainda e só da descrição dos implementos (*implements*), com ARENDT, de que a violência se serve para se fazer realizar[130]. Antes dos mais e muitos se tratará apenas enquanto sejam afirmação de *poder*, no sentido arendtiano do termo[131] e fundem aí o significado linguístico preciso em que o Direito se vê desafiado em legitimidade do que pretende impor e justificar.

Por isso, voltando a Electra, falamos de uma afirmação de perda de poder que, na definição que dele faz ARENDT a aproxima do sentido de KIERKEGAARD de recordação e daquele reconhecimento de um *uno tenore* como condição hegeliana de reconhecimento. Momento de exigência e de interpelação dirigida ao Direito é ele feito de exigência de um esforço que faz aí, no momento da normatividade, a sua reentrada como condição de reconhecimento. Exige ele o esforço da *imaginação*. Fundamento para o exercício do juízo como faculdade, crítico, assim KANT (e ARENDT) e *ancilla* fundamental na destrinça entre bem e mal.

De novo, pouco mais que nada podemos dizer nesta sede, remetendo para o que noutra sede foi objecto de análise mais cuidada[132] e o que segue pecar no excesso de simplificação e na carência de adequado fundamento. Mas, a precisa imaginação que no aparentado juízo estético se surpreende na contemplação do sublime e que, como naquela que distingue belo/feio, surpreende no silêncio agónico de quem não tem voz, porque não existe, a precisa marca de um reconhecimento que falta.

De um reconhecimento que não será alcançado, porque não *sentido* na precisa forma que KANT vê associado ao paladar/gosto como sentido fisiológico do bom e do mau – e que as neuro-ciências e neuro-biologia confirmam como intuição certeira do sentido, a par do olfacto, de discernimento[133] –, como mau.

Por isso, esse silêncio é um de onde Electra não emerge para além do limiar, da fímbria, do umbral do lugar onde o reconhecimento é possível: próxima, por isso, mas excluída do poder. Com GRIFFITHS, de novo, a posição e Electra "próxima do, mas excluída do palácio", longe do olhar de sua mãe e impedida/incapaz de ter a sua atenção, excluída de uma posição central e deliberadamente marginalizada, reflecte a sua posição na peça cada vez mais marginalizada e excluída; de modo que, a sua adopção do silêncio, coloca numa condição problemática "entre os mundos do dia e da noite, da luz e da escuridão, dos vivos e dos mortos"[134].

Por isso, como noutro lugar nos referimos, e ancorados em TÁCITO[135], a Messalina é acessível apenas o jardim, espaço intermédio entre o público e o privado, a que é levada no *carro dos detritos*, em simbólica ascensão para o lugar da sua morte física que apenas remata a outra, bem mais dolorosa, morte civil[136]**.** Por isso, também Clitemnestra, a mãe de Electra, matando o marido Agamemnon, nas palavras de

[130] ARENDT (1969), p. 5.

[131] *Idem,* p. 35.

[132] Em detalhe, cfr. o nosso (2016), pp. 247 ss.

[133] Sobre este ponto, desenvolvidamente, o nosso, *op. cit.,* pp. 564 ss.

[134] GRIFFITHS (2013), p. 294.

[135] O nosso (2020b), p. 317.

[136] TACITUS (*circa* 117 d.C.), XI.32.

Ésquilo: és um *homem acabado*, já sem a ironia de uma possível ambiguidade. E assim porque, nestes, como nos protagonistas aqui trazidos, se tornam eles nomes inscritos em *ostráculos*, pedaços de cerâmica, restos do que foram recipientes e objectos úteis à vida, dotados de valor, portanto. E que ora, se jogam na sorte de quem pode deles dispor. Fragmentos de valor que não têm – porque não lhes são reconhecidos – , ostracizados são. Antes ainda de o serem.

E que, enquanto o sejam por uma imaginação ausente, exclui o Direito do *supra* mencionado dever de atenção, de ajuda, de respeito e de resguardo do outro, entendido como o mais frágil, o excluído. E transforma esse silêncio naquilo que ele precisamente é na *polis* democrática ateniense: instrumento de um *agon* que, na imposição de *atimia*, o torna a si próprio *atímico*, pois que, sem *imaginação*, o transforma em aparato regulatório marcado e amputado pela *afantasia.*

De que *afantasia* falamos, então, aqui?

II. A *afantasia* como necessidade

A alusão é naturalmente metafórica. Não menos o sendo a tomada de empréstimo daquilo por que ficou, muito recentemente, conhecido como uma patologia que afecta um número surpreendentemente significativo de pessoas e que se caracteriza pela incapacidade de recordar episódios do passado através de imagens.

Em causa está uma "deficiência de visualização voluntária (*voluntary imagery*)", não necessariamente "uma ausência total [de imagem]"[137], sabendo-se, de acordo com os estudos mais recentes, que um número significativo de afectados carece, por completo, de representação mental sensorial em estados conscientes, tanto voluntários, como conscientes, embora alguns sejam capazes de sonhar[138]. Uma deficiência, de possível origem congénita em que, segundo Zeman *e colegas*, os afectados se mostram incapazes de construir imagens mentais de modo voluntário, faltando-lhes o que usa designar-se como "olho mental (*mind`s eye*)", privando-os de formas de representação mental voluntária ou consciente que, como sublinham, tantas pessoas *tomam de barato* como parte da sua vida quotidiana[139].

---

[137] ZEMAN, DEWAR e SALA (2016), p. 336. Sobre a matéria, de particular interesse, cfr., dos mesmos (2015), pp. 379 ss. E, entre outros, KEAGH e PEARSON (2018), pp. 56 ss.; ZEMAN et al. (2020), p. 429 ss.; WHITELEY, (2020), em particular, ponto 4, DAWES et al. (2020) e JACOBS, SCHWARZKOPF e SILVANTO (2018), p. 61 e ss.; WATKINS (2018), p. 44.

[138] FOX-MURATON (2020), p. 415, e ZEMAN/DEWAR/SALA (2015), pp. 378-379.

[139] ZEMAN/DEWAR/SALA (2015), p. 379. Apesar de detectada como condição clínica por Francis Galton em 1880, foi apenas em 2010 que um artigo científico de Zimmer logrou chamar a atenção para esta possível patologia (Cfr. ZIMMER [2010], *passim.* Aí se referindo a Dalton e à sua descoberta original.). Tendo suscitado a identificação de um número cada vez mais significativo de pessoas com esta condição, estima-se que entre 2 e 8 % da população sofra de uma ausência total ou parcial de visualização mental, muito embora, como nota Fox-Muraton, não tenham sido ainda realizados estudos de larga escala que permitam aferição da prevalência desta condição na população (FOX-MURATON [2020], p. 414). De todo o modo e do que se conhece, a condição em causa parece ser durável e estável, sendo que os afectados reportam apenas tomar consciência da sua condição no contexto de relação e de conversas com outras pessoas, não parecendo que tal tomada de consciência seja fonte de qualquer tensão emocional particular (JAKOBS/SCHWARZKOPF/SILVANTO (2018), pp. 61-73).

E, por essa forma, ausente se encontra a capacidade de investimento na recordação da *imaginação*, de recordar caras e lugares e de neles ver envolvido aquele que recorda, sentindo o episódio recordado como seu, nele integrando parte da sua história biográfica e, sobretudo, parte de si – como ZEMAN, DEWAR e SALA, a maior parte dos participantes no estudo por eles conduzido consideram que "a sua memória auto-biográfica é pobre"[140].

E, precisamente, porque de ausência de imaginação parece tratar-se aqui, nota FOX-MURATON que:

> «A afantasia é muito precisamente a ausência de imaginação no sentido aristotélico do termo, onde imaginação é "aquilo em virtude da qual uma imagem ocorre em nós", em sonhos, memórias e pensamentos, onde não há nenhuma percepção ou estímulo sensorial directo. Afantasia é, então, a um nível muito elementar, literalmente, a ausência de imaginação"[141]

Ora, o acto de recordação corresponde a trazer ao presente de algo que, vivido de um modo determinado, permite, agora que se vê recordado, ser transformado em função do significado que, não só teve, em função das circunstâncias do passado, mas sobretudo, tem, em razão daquelas que no presente justifica a sua elicitação. Mesmo que não escapando à aleatoriedade e imprevisibilidade dos termos em que a memória é elicitada – e a que tivemos ocasião de nos referir no passado[142], mas que nesta sede não poderemos deixar de dar por apenas referidos. A sua chamada à colação, muda, não apenas os contornos do *marcador sináptico* colocado no espaço inter-neuronal, no preciso momento em que se vê activado pela sinapse que o activa, mas e sobretudo, altera o próprio presente, mediante uma simultânea alteração do passado. Numa realização prática se tornando daquilo que, a um nível conceptual, realiza a possibilidade hegeliana do "futuro a mudar mudando o próprio passado (*changes the future by changing the past itself*)", inserindo nele, no sentido que lhe confere BERGSON, "uma nova possibilidade"[143]. Em causa estaria a mencionada por ŽIŽEK «perspicácia "hegeliana" de LIBET (*LIBET`s "Hegelian" insight*)»[144].

De todo o modo, afectada pela afantasia, recordação será um exercício puramente conceptual, afectada ficando a percepção do eu na situação do *meu* passado. E assim também do outro nesse passado em que *ele* se torna reconhecido através de imagens que a imaginação, não apenas torna vívidas, como integra na compreensão do eu auto-biográfico, no seu processo de auto-representação em constante transformação.

Daí a associação desta condição a prosopagnosia congénita e à consequente dificuldade em reconhecer ou mesmo no não reconhecimento de caras[145] e, sobretudo, da sua integração na memória desse passado, tornando-o seu.

---

[140] ZEMAN/DEWAR/SALA (2016).

[141] FOX-MURATON, *op. cit*. p. 417. Citando um passo de ARISTÓTELES, *De Anima*, III 3, 428 aa 1-2.

[142] Em detalhe, o nosso (2016), pp. 548 ss., neste ponto, em particular, pp. 565 ss.

[143] ŽIŽEK (2006), p. 203.

[144] *Idem*, p. 202.

[145] ZEMAN/DEWAR/SALA (2016), *ibidem* e FOX-MURATON, *op. cit.*, p. 427 ss.

Ora, sendo também verdade, por outro lado, que para os que desta patologia padecem, pouca relevância parece ter esta condição nas suas vidas e na sua realização pessoal – nos termos do estudo indicado acima "a maior parte [dos participantes] levavam a cabo vidas realizadas, do ponto de vista pessoal e profissional"[146]**.** Cabe, no entanto, perguntar: será, de facto, assim?

Pergunta FOX-MURATON a propósito, não apenas da análise da afantasia como condição clínica e experiência fenomenológica, mas como condição *sua,* por sofrer a Autora, ela própria de afantasia: "se o sentido de si exige um envolvimento reflexivo (*reflexive engament*) por via do qual cada um experimenta aquilo que ainda não é, aquilo que é meramente possível, não é claro que um sujeito com afantasia possa, efectivamente envolver-se com a possibilidade deste modo"[147]. Sobre uma possibilidade futura, diz, posso reflectir sobre ela "conceptualmente", mas "não posso dizer que *me* vejo a mim mesma em qualquer dessas representações, nem que teriam um qualquer conteúdo emocional para mim"[148]. Rematando, portanto, "não haveria qualquer tipo de reflexão envolvida, para mim, neste tipo de projecção, se é que pode ser chamada de projecção, não haverá qualquer tipo de envolvimento com a situação não actual (*with the non-actual situation*) que é tomada como possibilidade", na medida em que, "não entraria na minha vida efectiva de nenhum modo (*it would no enter my actual life in any way*)"[149].

No que nos importa, para o Direito fica, então, a nota de que, sujeitos à *atimia,* remetidos ao silêncio, de um espaço que não lhes é dado a ocupar, são aqueles mencionados pelos casos por nós escolhidos de início, todos eles sem nome, caras que se não lembram, imagens que se perdem e escapam a uma imaginação de que o Direito carece para que, sob o seu olhar, seja o mundo construído na forma de reconhecimento. De reconhecimento do outro num mundo partilhado como nosso.

Pelo que, cabe concluir.

Conclusão

Sem essa imaginação que, sim, o Direito também desafia, ficamos *descompostos* perante o exercício de JULIEN PRÉVIEUX, no seu *Compostages*[150].

De desenhos se trata, cópias, pelo artista, de anotações por ele encontradas em páginas de livros "lidos por outros"[151]. Desenhos de sublinhados, setas, círculos, palavras, frases, notas de margem. Desenhos de "leitura e de margens da página como lugar do leitor"[152]. Prévieux, com VALE, "desenha o desenho resultante dessa

[146] ZEMAN/DEWAR/SALA (2016), p. 1.

[147] *Idem,* p. 11.

[148] *Idem, ibidem.*

[149] *Idem, ibidem.*

[150] Denominação geral, segundo PAULO PIRES DO VALE, possivelmente da autoria de Bas Jan Ader, tomando por referência um conjunto de obras designadas *473 Reader´s Digests digested* e que hoje designa uma série completa de obras de PRÉVIEUX. Cfr., sobre isto, em detalhe, VALE (2015), pp. 9 ss.

[151] *Idem, ibidem.*

[152] *Idem, ibidem.*

leitura feita por outros"[153]. Sem o texto original, na proposta do artista "não permanece senão a marca da passagem do leitor, da sua leitura, em suspenso, sobre uma página nova"[154].

Sem aquela imaginação e sem ela *nestes* casos que aqui trouxemos, o Direito passa ao lado das pessoas – da sua natureza única, infungível – e dita, sem mais, à luz de normas gerais e abstractas, soluções para os casos em que pessoas, não mais que "obra (*Werk*)" no sentido visto, *pessoas* não são mais. Ao fazê-lo, como ideia alegórica, a proposta é que, nesses casos, o Direito se coloca *à margem*. Torna-se *marginal*. E, *Direito marginal,* a partir dessa inabitual posição em que se vê colocado, limita-se a anotar. Não se integra, nem se mescla com o corpo do texto, tomado este como o *mundo de vida* com o qual se devia imbricar.

Ora, o sentido do que no Direito se redige e, por essa via, se impõe, torna-se evidente quando tomemos em consideração aquele projecto artístico: retirado o corpo do texto, o Direito, qual conjunto de notas marginais pacientemente redigidas, encerra-se sobre si mesmo. Esgota-se numa lógica interna que dispensa o corpo de texto. Justifica-se a si mesmo. Aquele projecto será a demonstração de um Direito que perde o seu propósito.

Se falta a precisa leitura de Vale:

> "(...) mesmo se nós não sabemos o que ele terá lido, pois que isso foi obliterado (...). É essa, de resto, a vantagem do código (*codex)*): poder libertar a mão para escrever. A página torna-se um lugar de encontro entre o texto e o leitor que, lendo de lápis na mão, se torna mais inventivo, mesmo fisicamente, como no-lo mostram estes desenhos (...)"[155];

Descompostos, portanto, assim será, pois que, em face daqueles casos perante *este* Direito, resulta Prévieux *lido às avessas*; tem essa leitura a sua causa na precisa *afantasia* incapaz do preciso exercício de *recordação* agora de outra artista: de Mary Kelly e que, de novo, Kierkegaard teria compreendido tão bem.

Devo, de resto, a referência à obra de Prévieux à conferência de Paulo Pires do Vale, a "O livro como matéria espiritual", no âmbito da Jornada de Teologia Prática (FT-UCP), subordinada ao tema geral "A literatura como aventura espiritual", realizada a 4 de Novembro de 2016, em Lisboa, UCP e organizada pelos Instituto Universitário de Ciências Religiosas e o Centro de Estudos de Religiões e Culturas, ambas da UCP. A quem agradeço a enorme gentileza de uma conversa mais recente, no contexto da escrita deste texto, da qual resultou indicação, entre muitas outras, da fonte bibliográfica em cima. Para consulta de exemplos de obras de Prévieux integrados nesta série, cfr. VALE (2015), *passim.* Também ainda, para os exemplares *Compostages "Il s'enflamme", Compostages "1ère erreur, 2ème erreur", Compostages "Extension (dans le temps)" e Compostages "Méthode et plaisir"*, todos sem data, do acervo do Fonds régional d'art contemporain (FRAC) Normandie Rouen, cfr. referência em bibliografia *infra.*

[153] *Idem, ibidem.*

[154] *Idem, ibidem.*

[155] VALE (2015), p. 9.

De novo, em modo de projecto artístico, Mary Kelly, no seu *Post-partum Document: Documentation III* (1975)[156], nas três colunas de texto que procuram captar, no momento, os termos de uma relação em desenvolvimento, entre uma criança entre dois e três anos de idade e a sua mãe. Plasmada em palavras e afirmações da criança (na primeira coluna) e, em resposta, da mãe (na segunda), no que parecem ser diálogos surgidos *de impromptu*, frequentemente *decorados* com desenhos e rabiscos coloridos do seu filho. Pano de fundo se oferecendo às reflexões, tensões e (não) resoluções de uma mãe que, numa terceira coluna, transformam o esforço de decifração do leitor numa comovente viagem. Aquela de um esforço de auto- e hetero-entendimento tornado explícito deste modo peculiar e que se não desvia do intento de tornar vívida uma relação naquilo que a torna particularmente humana.

Nela habitam pessoas e nomes e uma presença como antídoto para o:

"Me vio como se mira al través de un cristal o del aire o de nada. Y entonces supe: yo no estaba allí ni en ninguna otra parte ni había estado nunca ni estaría. (...)"	"Viu-me como se olha através de um vidro ou do ar ou de nada. E então soube: eu não estava ali nem em nenhuma outra parte nem havia estado nunca nem estaria"[157]

Pois que estes *sem* **(**nestes *ostráculos* não há nomes; são eles: .... [preencher]; pois que, muitos mais neste espaço por preencher ainda cabem) ajuízam quando ninguém nota, e quando nem isso, ajuizar, em capacidade lhes reconhecem. Como no passo conhecido de Levi**:**

> De um olhar de um oficial das S.S. que se estende na sua direcção, diz, "não tem lugar entre dois homens", porque "trocado como através de uma parede de vidro de um aquário entre dois seres que habitam mundos diversos".
> E do guarda que limpa palma e costas da mão no seu ombro, "(...) ficaria muito espantado, o inocente e bruto Alex, se alguém lhe dissesse que hoje o julgo por este acto, ele e Pannwitz, e as inúmeras pessoas que foram como ele, grandes e pequenas, em Auschwitz e em todo o lado"[158].

Bem justificam, por isso, a voz surda de que nos dá conta o poeta –

[156] Indicação sucinta do título da obra *Post-Partum Document. Documentation III: Analysed Markings and Diary Perspective Schema (Experimentum Mentis III: Weaning from the Dyad)* 1975. Sobre a descrição detalhada da obra em exibição no Museu Tate, de Londres, cfr. referência bibliográfica em bibliografia *infra*.

[157] Rosario Castellanos, *Desamor,* in CASTELLANOS (2004). Tradução nossa.

[158] LEVI (1958), pp. 112 s.. A estes passos como mencionámos acima em nota já nos referimos no passado. Fá-lo-emos, assim acreditamos e como, mais uma vez, acima aludimos, tantas vezes mais no futuro.

"In den Flüssen nördlich der Zukunft	"Nos rios a norte do futuro
werf das Netz aus, das du	lança a rede, que tu
zögernd beschwerst	relutantemente fazes pesar
mit von Steinen geschriebenen	com sombras escritas por pedras."[159]
Schatten."	

– voz surda essa que reclama e confere existência a quem, mais que sombra, *seja* no Direito do futuro.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – Il Potere Sovrano e la Nuda Vita,* Einaudi, Turim, 1995.

ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism,* Introdução de Samantha Power, do original de 1951, Penguin Random House, Nova Iorque, 2004.

– *The Human Condition,* Introdução de Margaret Canovan, 2.ª ed. do original de 1958, University of Chicago Press, Chicago, 1998 (disponível em português sob o título *A Condição Humana*, Tradução de Roberto Raposo, Colecção Antropos, Relógio d`Água, Lisboa, 2001).

– *On Violence,* Harvest Bool, Orlando, 1969.

– *Lectures on Kant´s Political Philosophy*, edição e ensaio interpretativo de Ronald Beiner, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, reimpressão do original de 1982.

– "Thinking and Moral Consideration", *in* KOHN, Jerome (edição e introdução), *Responsibility and Judgment,* Schocken Books, Nova Iorque, 2003, p. 159-189;

BENJAMIN, Walter, "Zur Kritik der Gewalt", *in* Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, com Posfácio de Herbert Marcuse, 14.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2017, pp. 29-66.

CASTELLANOS, Rosario, *Poesía no Eres Tú,* Fondo de Cultura Económica, 4ª ed. (do original de 1972), 2004.

CELAN, Paul, *Atemwende,* Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1982.

COVER, Robert, "Violence and the Word", *The Yale Law Journal* 95 (1986), pp. 1601-1629.

DAWES, Alexei J., KEOGH, Rebecca, ANDRILLON, Thomas e PEARSON, Joel, "A Cognitive Profile of Multi-Sensory Imagery, Memory and Dreaming in Aphantasia", *in Nature Research – Scientific Reports* 10, 1 (2020), 10022.

FOX-MURATON, Mélissa, "A world without imagination? Consequences of aphantasia for an existential account of self". *History of European Ideas* 47, 3 (2021), pp. 414-428
DOI: 10.1080/01916599.2020.1799553.

GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6ª edição reeditada (do original de 1960), J.C.B. Mohr, Tübingen, 1990.

[159] CELAN, Paul, *In den Flüssen nördlich der Zukunft* (1967), in: CELAN (1982). Tradução nossa.

GRIFFITHS, Jane Montgomery, «Feeling the Words in Sophocles` "Electra"», *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, nº 126, 2013, *Dialogues with the Past 2: Classical Reception Theory & Practice* (2013), Oxford University Press, p. 279 a 298.

HANSEN, Mogens Herman, *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes*, University Press, Odense, 1976.

HEGEL, Wilhelm Friedrich, *System der Sittlichkeit [Critik des Fichteschen Naturrechts]*, Horst D.Brandt (ed.), Meiner, Hamburgo, 2002 (manuscrito original de 1802-03);

– "Das System der speculativen Philosophie. Fragmente aus Vorlesungsmanuskripten zur Philosophie der Natur und des Geistes (1803-1804)", *in* Klaus Düsing e Heinz Kimmerle (ed.), *Jenaer Systementwürfe*, I, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1986;

– "Naturphilosophie und Philosophie des Geistes, Vorlesungsmanuskript zur Realphilosophie (1805-1806)", *in* Rolf-Peter Horstmann (ed.), *Jenaer Systementwürfe*, III, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1987.

– *Gesammelte Werke. Volume IV: Jenauer Kritische Schriften,* Harmut Buchner e Otto Poggeler, Felix Meiner, Hamburgo, 1968.

HONNETH, Axel, Kampf um Anerkennung – Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

HUME, David, *A Treatise of Human Nature,* L.A. Selby-Bigge (edição e índice analítico), P.H. Nidditch (texto revisto e notas), 2ª edição, Oxford at Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 1978 (do original de 1739-1740);

– "An Abstract of a Book lately published, A Treatise of Human Nature, & c.", *in* David Hume, *A Treatise of Human Nature,* L.A. Selby-Bigge (edição e índice analítico), P.H. Nidditch (texto revisto e notas), 2ª edição, Oxford at Clarendon Press, 1978 (do original de 1740).

– "An Enquiry Concerning the Principle of Morals", *in do Autor, Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, L.A. SELBY-BIGGE (edição, introdução índice comparativo e índice analítico), 2ª edição, Oxford at the Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 1902 (reimpressão da edição póstuma de 1777).

HUNTER, Virginia, "Institutionalizing Dishonour in Plato`s Laws", in Classical Quarterly, Oxford Vol. 61, 1 (May 2011), p. 134-142

JACOBS, Christianne, SCHWARZKOPF, Dietrich S., e SILVANTO, Juha, "Visual Working Memory Performance un Aphantasi", *Cortex* 105 (2018), p. 61 – 73.

JAKOBS, Günther, *Culpabilidad y Prevención,* Madrid,UAM Ediciones, Editorial Civitas Lda, 1997, p. 98, versão em língua castelhana de Carlos J. Suárez González, do original em língua alemã *Schuld und Prävention,* Tübingen, *in Recht und Staat*, Heft 452/453, 1976 (igualmente publicado por Mohr, Paul Siebeck, 1976).

– *Schuld und Prävention, in Recht und Staat*, Heft 452/453, Tübingen, 1976 (igualmente publicado por Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1976).

– "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", *in ZStW 101 (1989),* p. 516-537.

– *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, Walter de Gruyter, 1991, 2.ª edição (1.ª edição de 1983).

– *El Pincipio de Culpabilidad, in* "Estudios de Derecho Penal", 1997, Madrid,UAM Ediciones, Editorial Civitas, Lda., 1997, p. 365-393, versão em língua castelhana de Manuel Cancio Meliá, do original em língua alemã *Das Sculdprinzip,* Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993 (citado *Principio de Culpabilidad*).
– *Das Schuldprinzip,* Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.
– *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1996, versão em língua castelhana de Manuel Cancio Meliá E Bernardo Feijóo Sánchez, do original em língua alemã *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?"*, *ZStW*, 107 (1995), pp. 843 a 876, exposição apresentada pelo Autor nas Jornadas alemãs de Professores de Direito Penal, em Rostock, no dia 28 de Maio de 1995, com excepção dos pontos II.B), IIB).3, IVB) a D) (citado *Sociedad, Norma y Persona*).
– «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?», *ZStW*, 107 (1995), pp. 843-876.
– *Norm, Person und Gessellschaft. Vorünberlegungen zu einer Rechstphilosophie*, 2.ª edição, integrado na colectânea *Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte,* volume 23 (abreviatura *PPG 23*), Duncker & Humblot, Berlin, 1999;
– "Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 117, 2005, p. 247 e segs. (disponível em tradução para língua castelhana, sob o título "Individuo y Persona. Sobre la Imputación Jurídico-Penal y los Resultados de la Moderna Investigación Neurologica", Bernardo Feijoo Sánchez (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias,* tradução de Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 169 e segs.);
– «Culpabilidad Juridico-Penal y „Libre Albedrío"», *in* BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias,* Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 169 e segs.;
KEAGH, Rebecca e PEARSON, Joel, "The Blind Mind: No Sensory Visual Imagery in Aphantasia", *Cortex* 105 (2018), p. 53 – 60.
KELLY, Mary, *Post-Partum Document. Documentation III: Analysed Markings and Diary Perspective Schema (Experimentum Mentis III: Weaning from the Dyad)* 1975. 13 obras em papel, grafite, lápis, giz e diagramas impressos, montados em papel. Dimensão geral do objecto: 360 x 6493 mm, cada quadro individual: 286 × 361 × 35 mm. Propriedade de Museu Tate Modern, Londres, onde se encontra em exibição. Descrição detalhada disponível em: https://www.tate.org.uk/art/art-works/kelly-post-partum-document-documentation-iii-analysed-markings-and-diary-perspective-t03925 (Última consulta: 14-06-2021).
KHATAB, Rhonda, "Ethical Consciousness in the Spirit of Tragedy: Hegel`s *Antigone*", *in* Colloquy-Text Theory Critique, 11, 2006, p. 76 e segs., também disponível

em www. http://artsonline.monash.edu.au/colloquy/download/colloquy_issue_11_may_2006/khatab.pdf. Última consulta: 28-12-2020.

LENFANT, Dominique, "Le Pseudo-Xenophon et les Delits Entraînant l`Atimie dans l´Athénes de son Temps: Pour un Retour au Texte des Manuscrits ("Constitution des Athéniens III, 13)", *in Revue des Études Grecques*, Juillet-Décembre 2014, Vol. 127. nº 2 (Juillet-Décembre 2014), p. 255 a 270.

LEVI, Primo, *Se Questo É un Uomo,* Einaudi, Turim, 10.ª edição (do original de 1958), 1989.

LARSEN, Signe, *Notes on the Thought of Walter Benjamin: Critique of Violence,* Outubro de 2013. Disponível em https://criticallegalthinking.com/2013/10/11/notes-thought-walter-benjamin-critique-violence/ (Última consulta: 28-1-2020).

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue,* com posfácio do autor à 2.ª edição, 4.ª edição (do original de 1981), Bloomsbury, Londres, 2011.

MARQUES, Pedro Maia Garcia, *O Juízo Crítico da Culpa,* dissertação de doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Lisboa, Maio de 2016.

– "Nem Sempre Nomes – ou o Nomear como Transgressão Constitutiva do Direito, *in* José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz Sequeira e Pedro Garcia Marques (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, IV, UCE, Lisboa, Junho 2020, pp. 2473 a 2529.

– "O segredo de Estado: ou Arendt e Maquiavel no jardim de Tácito", *in* Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maçãs (coord.), *Garantias de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2020b, p. 313 a 383.

MONTIGLIO, Silvia, *Silence in the Land of Logos,* Princeton University Press, Princeton, 2000.

PLATÃO, *A República*, tradução do original em grego da edição utilizada por J. Burnet, *Platonis Opera,* T. IV, Oxonii e typographeo Clarendoniano, 1949, para idioma português e notas de Maria Helena Rocha Pereira, 6.ª edição, Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1990 (também utilizada, versão traduzida para idioma francês por ÉMILE CHAMBRY, *La République*, Société d`édition "les belles-lettres", Paris, 1948);

POWELL, Anton, *Athens and Sparta – Constructing Greek Political and Social History from 478 BC*, 3.ª edição (do original de 1988), Routledge, Londres, 2017.

PRADO, Adélia, *Poesia Reunida,* 4ª edição, Editora Record, Rio de Janeiro-São Paulo, 2015.

PRÉVIEUX. Julien, *Compostages "Il s'enflamme", Compostages "1ère erreur, 2ème erreur",* Tinta da China sobre papel, 23,8 x 17,7 cm, s.d., *Compostages "Extension (dans le temps)"*, Tinta da China sobre papel, 23,8 x 17,7 cm, s.d. e *Compostages "Méthode et plaisir",* Tinta da China sobre papel, 23,8 x 17,7 cm s.d., do acervo do Fonds régional d'art contemporain (FRAC) Normandie Rouen, disponível em http://www.lescollectionsdesfrac.fr/rechercher-et-voir-les-oeuvres-des-collections-des-frac#/artworks?layout=grid&page=1&filters=authors%3APREVIEUX%20Julien%E2%86%B9PR%C3%89VIEUX%20Julien (última consulta: 14-06-2021).

PSEUDO-XENOFONTE, *A Constituição dos Atenienses,* datação previsível entre 443 e 406 a. C., tradução para língua portuguesa do grego clássico, introdução, notas e índices de Pedro Ribeiro Martins, Colecção Autores Gregos e Latinos – Série Textos, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra University Press, 3.ª edição (1.ª edição de 2011), 2013.

SILVA DIAS, Augusto, "Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades contemporâneas", *in* Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, *Emoções e Crime – Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal,* Almedina, Lisboa, 2013, p. 57 a 80.

– *Crimes Culturalmente Motivados – o Direito Penal ante a "Estranha Multiplicidade" das Sociedades Contemporâneas*, Almedina, Lisboa, 2006.

SMITH, Willam; WAYTE, William; MARINDIN, G.E., (ed.), *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (1890), disponivel em http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0063:id=atimia-cn (última consulta: 28-12-2020).

SNOWDON, Paul; GOMES, Anil, "Peter Frederick Strawson", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/strawson/.

SÓFOCLES, *The Electra of Sophocles*, Sir Richard Jebb (ed.), versão em inglês do original em grego clássico, datado de um período previsível entre 420-414 a.C., Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1894, disponível em formato electrónico no âmbito do Perseus Digital Library, Gregory R. Crane (ed.), Tufts University, em http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0188%3Acard%3D1. No passo citado em texto, disponível em http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0188%3Acard%3D610 (última consulta: 28-12-2020)

STRAWSON, P. F., "Freedom and Resentment", *in* P. F. Strawson*, Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, Londres e Nova Iorque, 2.ª edição, 2008 (do original de 1974), p. 1 a 28

TELES, Leonor, *A Balada do Batráquio,* Realização: Leonor Teles, Curta-metragem, Produção: Uma Pedra no Sapato/Filipa Reis/João Miller Guerra. Distribuição/Promoção: Portugal Film. Portugal, 2016. Vencedor do Leão de Ouro de 2016 do Festival de Internacional de Cinema de Berlim (*Berlinale*). Trailer promocional e sinopse, cfr. https://www.youtube.com/watch?v=nJsYUivrGic)

VALE, Paulo Pires do, *Pliure. Épilogue (La bibliothéque, l´univers),* ENSBA, Paris, Palais des Beaux-arts, 2015.

WATKINS, Nicholas W., "(A)phantasia and Severely Deficient Autobiographical Memory: Scientific and Personal Perspectives", *Cortex* 105 (2018), pp. 41-52.

WHITELEY, Cecily M. R., "Aphantasia, Imagination and Dreaming", *in Philosophical Studies,* (2020), pp. 2111-2132. Disponível em https://doi.org/10.1007/s11098-020-01526-8.

ZEMAN, Adam, DEWAR, Michaela e SALA, Sergio della, "Lifes Without Imagery – Congenital Afantasia", *Cortex* 13 (2015), pp. 378-380.

– "Reflections on Aphantasia", *Cortex* 14 (2016), pp. 336-337.

ZEMAN, Adam, MILTON, Fraser, SALA, Sergio della, DEWAR, Michaela, FRAYLING, Timothy, GADDUM, James, HATTERSLEY, Andrew, HEUERMAN-

WILLIAMSON, Brittany, JONES, Kealan, MACKISACK, Matthew e WINLOVE, Crawford, "Phantasia – The Psychological Significance of Lifelong Visual Imagery Vividness Extremes", *Cortex* 130 (2020), pp. 426-440.

ZIMMER, Carl, "The Brain: Look Deep into the Mind`s Eye", *Discover Magazine,* 22 de Maraço, 2010.

ŽIŽEK, Slavoj, *The Parallax View,* The MIT Press, Cambridge, Massaschussets, London, 2006.

MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA: AUTORIA E PARTICIPAÇÃO, CRIME CULTURALMENTE MOTIVADO E CONSENTIMENTO*

Teresa Quintela de Brito[**/***]

> *"*O mundo actual precisa de mestres [como o Professor Doutor Augusto Silva Dias] que, em contraciclo, sejam capazes de mostrar aos homens que a única beleza é a da inteireza. A grande obra-prima é a de uma vida vivida até ao fundo da sua irremovível verdade*"*.
>
> *José Tolentino Mendonça*[1]

SUMÁRIO: Introdução; I Autoria e participação na heteromutilação e na automutilação genital feminina: 1. O problema, *a) Incitamento, constrangimento e fornecimento de meios à vítima da heteromutilação genital feminina, b) Constrangimento, incitamento ou ajuda à automutilação genital feminina,* 2. Constrangimento, incitamento ou ajuda à heteromutilação genital feminina segundo o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, 3. Constrangimento, incitamento ou ajuda à heteromutilação genital feminina no ordenamento jurídico-penal português, 4. Impunidade geral da participação tentada *vs.* punição dos actos preparatórios da heteromutilação, 5. O artigo 149.º/3 e a heteromutilação solicitada por mulher adulta, *a) Inexistência de disposição paralela ao artigo 134.º, b) Atenuação especial da pena da heteromutilação solicitada pela vítima, apesar da exclusão do privilegiamento?,* 6. Constrangimento, incitamento ou ajuda a menor para que se submeta a MGF ou a pratique, *a) Até onde vai a*

---

* Texto que serviu de base à conferência proferida no *III Encontro do Grupo de Professores de Direito Penal e Processo Penal Jorge de Figueiredo Dias*, Universidade Católica – Faculdade de Direito: Escola do Porto, a 3.11.2017, com o título "Convenção de Istambul, menores e o crime de mutilação genital feminina"; depois à conferência com o mesmo título, realizada por ocasião do *3.º Aniversário da Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Centro de Investigação de Direito Privado/FDUL, a 16.01.2018; e, finalmente, à conferência com que participei no *Webinar: Memórias Humanas e Científicas de Augusto Silva Dias*, CIDPCC – IDPCC/FDUL, a 17.10.2020, com o título "Mutilação genital feminina: crime culturalmente motivado e passível de consentimento penalmente relevante?"

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Conselheira e Investigadora Integrada do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais/Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais – FDUL, Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado/FDUL, e Investigadora do CEDIS/Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Jurisconsultora.

*** A Autora escreve segundo o antigo Acordo Ortográfico, de 8.12.1945.

[1] *Palavra e vida 2020. O Evangelho comentado cada dia,* Comentário ao Evangelho de Lucas 12, 1-7, de 16 de Outubro, Missionários Claretianos – Fundação Claret.

menoridade da vítima na MGF?, b) Constrangimento, incitamento ou ajuda a menor para que se sujeite à MGF, c) Constrangimento, incitamento ou ajuda à automutilação genital de menor, 7. Constrangimento, incitamento ou auxílio à automutilação de mulher adulta, 8. Conclusões; II A mutilação genital feminina como crime culturalmente motivado: 1. Crime culturalmente motivado: conceito, 2. Razões culturais para a prática da MGF, 3. Motivação cultural e autonomização do crime de MGF, 3. Tipo legal da MGF e inexistência de razões (efectivas) para a autonomização do respectivo regime punitivo; III Questões de consentimento: 1. Artigo 149.º/3 e indisponibilidade dos interesses afectados pela MGF: enquadramento internacional, 2. Artigo 149.º/3 e soluções legislativas estrangeiras, 3. Artigo 149.º/3: âmbito de aplicação e possíveis razões irrelevância do consentimento, 4. Desnecessidade e inconstitucionalidade do artigo 149.º/3; Conclusão

Introdução

A mutilação genital feminina apresenta *per se* particularidades que merecem ponderação. Trata-se de um crime culturalmente motivado para o agente e/ou para a vítima, em cuja prática intervêm os familiares (sobretudo mulheres) e a comunidade em que a vítima se integra, os quais tanto podem colaborar directamente com o/a excisor/a, como, com desconhecimento deste/a, incitar ou auxiliar a rapariga ou mulher a sujeitar-se ou a realizar em si a mutilação. O que coloca em cena interessantes e difíceis problemas de delimitação da autoria e participação, que se cruzam com o alargamento da menoridade da vítima até aos 18 anos e a irrelevância do consentimento da mulher para a heteromutilação. Em paralelo, importa questionar se Portugal desrespeitou (ou não) a Convenção de Istambul ao não incriminar o incitamento e auxílio à automutilação.

Às peculiaridades da prática da mutilação genital feminina acresce a circunstância de o Código Penal português a sujeitar a um regime punitivo especialmente "musculado": punição dos actos preparatórios; irrelevância do consentimento livre e esclarecido da mulher para qualquer intervenção não terapêutica no seu aparelho genital; exclusão do privilegiamento pelos motivos referidos no artigo 133.º. Este "encarniçamento punitivo" exige uma reflexão lúcida e crítica (ainda que, porventura, "politicamente incorrecta") sobre os respectivos fundamentos, limites constitucionais e praticabilidades. No final, apresenta-se algumas propostas de reforma legislativa destinadas a assegurar a constitucionalidade do regime punitivo da mutilação sexual e a respectiva congruência com o sistema jurídico-penal e com os demais crimes contra a integridade física.

I. Autoria e participação na heteromutilação e na automutilação genital feminina

1. O problema

O artigo 38.º da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul a 11

de Maio de 2011 e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013[2], impõe às Partes a adopção das medidas legislativas e outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais:

a. *Praticar* a excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da *labia majora, da labia minora* ou do clítoris de uma mulher;
b. *Constranger ou criar as condições* para que *uma mulher se submeta* a qualquer um dos atos enumerados na alínea *a)* (na versão aprovada pela Assembleia da República[3]), *forçar uma mulher a submeter-se* a qualquer um dos actos enumerados no ponto *a)*, ou *providenciar-lhe* os meios para esse fim (na versão portuguesa da CI[4]);
c. *Incitar, constranger ou criar as condições para que uma rapariga se submeta* a qualquer um dos atos enumerados na alínea *a)* (na versão aprovada pela Assembleia da República), *incitar ou forçar uma rapariga a submeter-se* a qualquer um dos actos enumerados no ponto *a)*, ou *providenciar-lhe* os meios para esse fim (na versão portuguesa da CI)

Por seu turno, o artigo 144º-A do Código Penal (doravante CP[5]) estabelece:

1 – *Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, infibulação, excisão ou qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos*[6].

---

[2] Doravante, Convenção de Istambul – CI.

[3] Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis [27.05.2021]

[4] Disponível em https://rm.coe.int/168046253d [27.05.2021]

[5] Daqui em diante todos os preceitos citados, sem outra especificação, referem-se ao Código Penal.

[6] Segundo RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", in: AA.VV., *Combate à violência de género. Da Convenção de Istambul à nova legislação penal* (Coord.: MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA), Porto: Universidade Católica Editora, 2016, (pp. 99-127) pp. 124-125), a formulação adoptada no artigo 144.º-A/1 permitiria qualificar como autoras da MGF todas as pessoas que a solicitem, organizem o ritual, estejam presentes no momento da execução e possam interrompê-la, "embora seja sempre necessário apurar o [respectivo] grau de domínio funcional (...) no caso concreto", de modo a determinar se se trata de autoria (*v.g.* em comissão por omissão), co-autoria, mera cumplicidade ou, até, autoria de actos preparatórios (*v.g.* o pai da menor que, estando ausente no momento da mutilação, paga à excisora antes da prática do facto). Contudo, acrescenta-se, neste último caso, prevalecerá a punição do pai como autor em comissão por omissão (artigos 144.º-A, 10.º e 14.º) ou, porventura, em co-autoria se também levou a criança até ao local do rito, por então lhe caber o domínio parcial da execução típica, nos termos conjugados dos artigos 144.º/1, 26.º/3.ª proposição e 22.º/2, al. *c)*, à semelhança do que sucede com o agente que, conluiado com outrem, atrai a vítima ao local onde este último lhe preparou uma emboscada (SILVA DIAS, Augusto, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana", *RPCC*, Ano 16, n.º 1 (2006), (pp. 1-52) p. 8, n. 14).
No que concerne à punição da mutilação genital feminina (doravante, MGF) em comissão por omissão, o *Female Genital Mutilation Act 2003* do Reino Unido (disponível em https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/31/contents [19.06.2021]) autonomiza, na secção 3 A, o crime de *failing to protect girl from risk of genital mutilation*, nos seguintes termos:
(1) *If a genital mutilation offence is committed against a girl under the age of 16, each person who is responsible for the girl at the relevant time [the time when the mutilation takes place] is guilty of an offence*.

2 – Os atos preparatórios do crime previsto no número anterior são punidos com pena de prisão até 3 anos.

a) Incitamento, constrangimento e fornecimento de meios à vítima da heteromutilação genital feminina

Pergunta-se: cabem no artigo 144.º-A/1 as hipóteses em que o incitamento, o constrangimento ou o fornecimento de meios se dirigem, não ao autor da MGF, mas à vítima do crime, como parece ser o objectivo das als. *b)*[7] e *c)* do artigo 38.º da CI?

A resposta será *prima facie* negativa, no que concerne à *instigação e ajuda à vítima da MGF*, pois a instigação e cumplicidade previstas na Parte Geral do Código Penal parecem referir-se à pessoa do autor, enquanto formas de participação no seu facto.

O lugar paralelo da instigação e da cumplicidade relativamente à própria vítima do crime é o incitamento ou auxílio ao suicídio, por isso autonomamente incriminado no artigo 135.º. Aqui, porém, estamos perante um caso inequívoco de autolesão atípica como facto principal (o suicídio), ao contrário do que sucede com a heteromutilação genital feminina (mesmo que consentida) e, até, quiçá, com a automutilação. O que conduziria *à* e explicaria *a* desnecessidade, em sede de MGF, de uma incriminação autónoma do incitamento ou auxílio da própria vítima a sujeitar-se à heteromutilação.

Contudo, do Projecto Lei n.º 515/XII, apresentado pelo CDS/PP[8], constava uma disposição paralela ao artigo 135.º para o âmbito da MGF, nos seguintes termos:

"1. Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino, através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

(...)

(...)

(2) *For the purposes of this section a person is "responsible" for a girl in the following two cases*.

(3) *The first case is where the person – (a) has parental responsibility for the girl and (b) has frequent contact with her.*

(4) *The second case is where the person – (a) is aged 18 or over and (b) has assumed (and not relinquished) responsibility for caring for the girl in the manner of a parent*.

Por seu turno, a secção 5 (2) comina uma pena substancialmente mais leve para este crime.

[7] Uma vez que, em termos de linguagem comum, incitar mulher a sujeitar-se à heteromutilação não é sinónimo de forçá-la ou providenciar-lhe meios para esse fim, parece que a CI quis excluir do âmbito da punibilidade aquele incitamento, mas já não (contraditoriamente) o auxílio material prestado à vítima adulta. Só se evitará a referida contradição reconduzindo o incitamento de mulher adulta à criação de condições para que esta se sujeite à MGF. Ao invés, como se explicitará de seguida, a CI inequivocamente pretendeu que fosse criminalizado o incitamento à heteromutilação de menores, i.e., de raparigas de idade inferior a 18 anos (cfr. artigos 3.º, al. *a)*, da *Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais*, Lanzarote 25.10.2007 – *Convenção de Lanzarote*; 3.º, al. *f)*, da CI; e 67.º-A/1, al. *d)*, do Código de Processo Penal – CPP).

[8] Disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a79394562324e3162575675644739 7a5357357059326c6864476c32595338335a6a6c684e7a457a4f43316d4e7a4d784c5451354e6a5974596a5a6c4d79307a4d4459345a544a684d5455314e6a6b755a47396a&fich=7f9a7138-f731-4966-b6e3-3068e2a15569.doc&Inline=true [27.05.2021].

3. Quem constranger, incitar ou prestar ajuda à prática de [auto]mutilação genital feminina é punido com pena de prisão até 3 anos.

4. Se a pessoa constrangida, incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos".

Pergunta-se: decorre da ausência em sede de MGF de uma disposição paralela ao artigo 135.º e da interpretação das formas legais de participação, como sendo dirigidas à pessoa do autor e não apenas ao seu facto, que o incitamento ou a ajuda à vítima adulta da MGF apenas podem, porventura, ser criminalmente sancionados por via da punição dos actos preparatórios prevista no artigo 144.º-A/2?

É esta a única solução possível no ordenamento jurídico português, é ela materialmente justa, dogmática e político-criminalmente satisfatória[9]? Qual o exacto campo de aplicação do artigo 144.º-A/2?[10]

Quid juris quanto ao *constrangimento da vítima a submeter-se à heteromutilação*? Poderá dizer-se que quem coage pessoa de sexo feminino a submeter-se à MFG é autor mediato deste facto? Pensar-se-ia que sim: o coactor seria autor mediato por instrumentalização da própria vítima do crime. O problema desta solução está na circunstância de não ser a vítima o executor – ainda que instrumentalizado – da prática do facto, mas sim um terceiro plenamente responsável.

Ora, o artigo 26.º/2.ª proposição define o autor mediato como aquele que executa o facto por intermédio de outrem, i.e., mercê da ausência de uma plena responsabilidade (a título de dolo) do homem-da-frente[11]. O que não é o caso: na situação em análise, a/o mutilador/a é plenamente responsável pelo seu facto, a vítima é que está a ser constrangida a submeter-se à prática da MFG.

Possível solução alternativa: considerar o coactor como co-autor da MFG, nos termos dos artigos 26.º/3.ª proposição e 22.º/2, al. *c)*. Aquele toma parte directa na execução na medida em que assegura a não resistência da vítima à prática, por outrem, da MGF. Algo de semelhante ocorre quando, numa situação de coacção sexual (artigo 163.º/1[12]),

---

[9] Veja-se, *infra*, I 2. e 3.

[10] Veja-se, *infra*, I 4.

[11] Neste sentido, entre nós e de modo muito claro, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina do crime*, com a colaboração de Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa/Nuno Brandão/Sónia Fidalgo, Coimbra: Gestlegal, 3.ª ed., 2019, 31.º Cap., §§21-27. Na mesma linha de pensamento, rejeitando (por desnecessidade) uma limitação do princípio da auto-responsabilidade do executor como elemento excludente da autoria mediata, STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible* (tradução da 4.ª ed. (2000) por Manuel Cancio Meliá/Marcelo A. Sancinetti), Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, Cap. II, n.m. 59-67. Admitindo tal limitação ao princípio da auto-responsabilidade do executor, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (tradução da 1.ª ed. (2003) e notas por Luzón Peña (Dir.) /Paredes Castañón/García Conlledo/Vicente Remesal), Navarra: Editorial Aranzadi, 2014, §25, n.m. 94 ss.; e HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian, *Direito Penal. Parte Geral* (tradução da 2.ª ed. e comentários de Orlandino Gleizer), São Paulo: Marcial Pons, 2019, §9, n.m. 24-26 e 47-52.

[12] O actual artigo 163.º/1, resultante da Lei n.º 101/2019, tornou controversa a afirmação vertida no texto, qual seja a de que responde como co-autor da coacção sexual quem apenas constrange a vítima a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo com outrem. Com efeito, hoje o artigo 163.º/1 estabelece: "Quem, sozinho

um dos agentes segura a vítima, colocando-a na impossibilidade de resistir, para que outrem pratique com ela acto sexual de relevo.

b) Constrangimento, incitamento ou ajuda à automutilação genital feminina

Quid juris quanto ao constrangimento, incitamento ou ajuda à automutilação genital feminina? Em que casos são estas situações puníveis ao abrigo do artigo 144º-A/1? Fora dessas hipóteses, poderão o incitamento ou auxílio à automutilação genital feminina ser punidos mercê do artigo 144º-A/2, i.e., por via do excepcional sancionamento dos actos preparatórios?[13]

Como resolver os casos em que uma menor já com 16 anos de idade (cfr. artigo 19.º) se automutila por pressão cultural, familiar e/ou do seu grupo étnico? E se, nesse

ou acompanhado por outrem, constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo é punido com pena de prisão até cinco anos". Deste modo o novo preceito sugere que apenas responde como autor do tipo-base de coacção sexual aquele que constrange a vítima à prática de acto sexual de relevo, consigo mesma ou com o agente do constrangimento, ainda que este último, nesse constrangimento, esteja "acompanhado por outrem". Este outrem (que não pratica com a vítima o acto sexual de relevo, nem a constrange a praticá-lo em si mesma) pode e deve ser qualificado como autor da coacção sexual à luz das regras gerais da co-autoria [artigos 26.º/3.ª proposição, e 22.º/2, al. *c)*]? Ou responde somente como cúmplice material, por a Lei n.º 101/2019 *prima facie* ter convertido o tipo fundamental da coacção sexual num crime de mão própria (ao menos que que concerne ao constrangimento à prática de acto sexual de relevo com pessoa diferente da própria vítima)?
As dúvidas surgem por duas razões fundamentais. Primeira: a Lei n.º 101/2019 não adoptou a fórmula do correspondente artigo 163.º/2 (na versão da Lei n.º 83/2015), que inequivocamente incluía como (co)autor da coacção sexual quem se limitasse a constranger a vítima "a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo com outrem". Segunda: por confronto com o n.º 1, o actual n.º 2 do artigo 163.º manteve a fórmula anterior que justamente afastava a configuração da coacção sexual como um crime de mão própria. Este número continua a determinar: "Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, *constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem*, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos".
Também FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição ("A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – Reflexão à luz da Convenção de Istambul", in: AA.VV., *Crimes sexuais*, Lisboa: CEJ, 2021, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_CrimesSexuais.pdf (pp. 13-37), p. 26) aponta como "modificação para a qual não encontra fundamento" o facto de os actuais n.os 1 dos artigos 163.º e 164.º terem deixado de aludir ao constrangimento a "sofrer ou praticar" acto sexual, para apenas se referirem a "praticar". Embora entenda que a única interpretação coerente é "a que considera 'praticar' num sentido abrangente (integrante do 'sofrer')" – o que permitira incluir na descrição típica quem apenas constrange a vítima a sofrer acto sexual praticado por outrem –, a Autora defende que teria sido "preferível manter expressamente a alternativa (sofrer/praticar) para que não houvesse dúvidas face ao princípio da tipicidade". Tanto mais – acrescenta-se – que o artigo 36.º/1, al. *c)*, da CI, obriga as Partes a criminalizar a conduta intencional de "obrigar outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa".
Sobre as alterações aos crimes sexuais introduzidas pela Lei n.º 101/2019, veja-se, ainda, CAEIRO, Pedro, "Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29/3 (2019), p. 631-679, disponível em https://www.researchgate.net/publication/340949044_Observacoes_sobre_a_projectada_reforma_do_regime_dos_crimes_sexuais_e_do_crime_de_violencia_domestica_Revista_Portuguesa_de_Ciencia_Criminal_293_2019_p_631-679 [18.06.2021].

[13] Veja-se, *infra*, I 6. *c)* e 7.

contexto, quem se automutila tiver entre 16 e 18 anos (cfr. artigos 3.º, al. *a)*, da Convenção de Lanzarote, e 3.º, al. *f)*, da CI)?[14]

A secção 1 do *Female Genital Mutilation Act 2003*, do Reino Unido, incrimina autonomamente o acto de *assisting a girl to mutilate her own genitália*, nos seguintes termos:

A person is guilty of an offence if he aids, abets, counsels, or procures a girl to excise, infibulate, or otherwise mutilate the whole or any part of her own labia majora, labia minora or clitoris.

Por seu turno, a secção 6 (1) esclarece: *Girl includes woman*.

Ou seja: o auxílio, o incitamento, o aconselhamento ou o providenciar meios para que uma rapariga ou mulher adulta se automutile são igualmente puníveis (evitando-se, assim, a contradição em que parece incorrer o artigo 38.º, als. *b)* e *c)*, da CI), e puníveis com a pena cominada para a heteromutilação [secção 5 (1)].

2. Constrangimento, incitamento ou ajuda à heteromutilação genital feminina segundo o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul[15]

Aqui se explica que a MGF é um dos crimes que quebra o princípio da neutralidade de género da parte criminal da CI, porque as suas vítimas são necessariamente mulheres e crianças (n.º 198).

Mais: a MGF é diferente da maioria das formas de violência contra as mulheres e crianças, por duas razões fundamentais. Primeira: as pessoas do sexo feminino não são apenas as vítimas, mas frequentemente também as perpetradoras. A MGF costuma ser organizada, e por vezes até realizada, pelas parentes próximas da vítima[16]. Segunda:

---

[14] Veja-se, *infra*, I 6. *a)* e *c)*.

[15] *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11.05.2011, disponível em https://rm.coe.int/16800d383a [27.05.2021].

[16] LA BARBERA, Maria Caterina ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting: a critical appraisal of Anti-FGM Laws in Europe", *Global Jurist* 17 (2), 2017, ponto 4.2) chama a atenção para este aspecto nos seguintes termos*: by depicting women as victims of ritual interventions on female genitalia, anti-FGM laws ignores that all the actors on the scene – exciseuses, mothers, female friends and relatives that take part in the rituals – are women.*
Entre nós, também SILVA DIAS, Augusto (*Crimes culturalmente motivados. O Direito Penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 453, n. 1283) dá conta de que "a excisão é uma prática organizada, controlada e executada por mulheres, contando, no entanto, com a anuência e o apoio dos homens". O que leva Autores como SHWEDER, Richard ("What about female genital mutilation?" and why understanding culture matters in the first place", in: AA.VV., *Engaging cultural differences: the multicultural challenge in liberal democracies*, (Eds.: Shweder/Minow/Markus), New York: Russel Sage Foundation Press, 2002, disponível em https://humdev.uchicago.edu/sites/humdev.uchicago.edu/files/uploads/Shweder/2002—WhatAboutFemaleGenitalMutilationandWhyUnderstandingCultureMattersintheFirstPlace-min.pdf [20.06.2021], pp. 226-227) a contestar que se trate (necessariamente, acrescentaria) de uma prática expressiva do domínio patriarcal. SHWEDER conclui: a circuncisão feminina constitui "um pobre exemplo de dominação patriarcal" nas comunidades em que é praticada tanto em rapazes como em raparigas, perfilando-se então como "um caso de tratamento igual" de uns e outras "diante da lei comum, e de integração de ambos numa idade adulta responsável de formas paralelas".

nas comunidades em que se pratica, a MGF é levada a cabo sistematicamente em quase todas as meninas, em geral menores de idade, sendo promovida como uma prática cultural e uma norma social de grande relevância. A sua realização, em certas comunidades, integra-se na dinâmica da comunidade ou do grupo, transcendendo os indivíduos e as famílias[17].

Como muito bem explicou AUGUSTO SILVA DIAS[18]: "a excisão é um ritual de passagem ou de agregação à comunidade", estando também associada a factores supersticiosos, ligados a poderes mágicos atribuídos ao clítoris se não excisado, a representações de higiene e purificação" e a "ideais de beleza feminina".

Voltando ao Relatório Explicativo da CI.

Aí se diz que a MGF é considerada como um crime, porque a sua prática causa danos irreparáveis e para toda a vida e é normalmente realizada sem o consentimento da vítima (n.º 198). Com efeito, a MGF atenta contra a integridade física, a saúde, a saúde sexual e reprodutiva, a saúde mental, podendo até resultar na morte da rapariga ou mulher[19].

Lê-se no Relatório Explicativo da CI: o artigo 38.º, al. *b)*, da CI, refere-se exclusivamente à vítima mulher (adulta) e tem em vista *o comportamento de auxiliar o perpetrador* dos actos da al. *a), coagindo ou criando as condições para que a mulher se submeta à excisão* (n.º 200).

Já o artigo 38.º, al. *c)*, da CI, incrimina a *conduta de auxílio do perpetrador* a realizar os actos da al. *a)*, *incitando, coagindo ou criando condições para que uma menor se submeta à excisão.* Esta alínea respeita exclusivamente às raparigas vítimas (i.e., menores de 18 anos, tendo em conta o artigo 3.º, al. *f)*, da CI) e inclui as situações em que qualquer pessoa, em particular pais, avós ou outros parentes coagem a sua filha ou parente a submeter-se à excisão ou a organizam. Segundo o Relatório, considerou-se importante diferenciar entre vítimas adultas e menores de 18 anos, porque *não se pretendeu incriminar o incitamento de uma mulher a sujeitar-se a qualquer dos actos descritos na al. a)* (n.º 201)

Uma vez que na CI a MGF é um comportamento intencional, o Relatório sublinha que, à luz das als. *b)* e *c)* do artigo 38.º, não pode entender-se que alguém cometeu intencionalmente a excisão somente por esta ser previsível como consequência da coacção, incitamento ou da criação de certas condições junto da vítima. A MGF tem

[17] *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Mutilación genital femenina*, Organización Mundial de la Salud – Oficina Regional para las Américas, 2014, disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98838/WHO_RHR_12.41_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y [27.05.2021].

[18] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 10-12; e *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 453-455. Adiante retomar-se-á a questão das razões da prática da MGF em ordem a apreciar o fundamento da autonomização deste crime e o regime *sui generis* a que este está sujeito no ordenamento jurídico-penal português, no que respeita à punição dos actos preparatórios (artigo 144.º-A/2), à (ir)relevância do consentimento da mulher (artigo 149.º/3) e à exclusão do privilegiamento, ao contrário do que sucede nos crimes contra a integridade física (cfr. artigo 146.º).

[19] "Mutilação Genital Feminina. Direitos humanos de mulheres e crianças", *Countdown 2015 Europe. Campaigning for universal access to reproductive health*, Fundo das Nações Unidas para a População, disponível em https://www.instituto-camoes.pt/images/cooperacao/folha_de_dados.pdf [27.05.2021].

de ser intencionada. Além disso, lê-se no Relatório Explicativo*, o constrangimento, o incitamento ou a criação de condições têm de ser adequados a levar à comissão dos actos previstos na al. a)* (n.º 202).

3. Constrangimento, incitamento ou ajuda à heteromutilação genital feminina no ordenamento jurídico-penal português

Como se viu, segundo o Relatório Explicativo da CI, as hipóteses previstas no artigo 38.º, al. *b)* (forçar mulher adulta a submeter-se a MGF ou providenciar-lhe os meios para esse fim) reconduzir-se-iam sempre a um "auxílio" intencional do perpetrador da MGF, posto que se tratasse de condutas idóneas a levar à comissão desta, mas tendo por objecto a própria vítima.

Contudo, no nosso ordenamento jurídico, os casos de constrangimento da mulher adulta à heteromutilação correspondem, pelo menos, à co-autoria (artigo 26.º/3.ª proposição). Só a conduta de dolosamente providenciar à mulher adulta meios adequados à prática por outrem da MGF poderá traduzir-se numa cumplicidade material relativamente ao facto principal. Isto, se se entender que o artigo 27.º/1, ao limitar-se a exigir a prestação, dolosa *e por qualquer forma*, de auxílio material à prática por outrem de um facto doloso, é compatível com a hipótese em que o facto do autor resulta objectivamente facilitado por um auxílio dirigido à própria vítima – e não necessariamente ao autor. Autor que, porventura, até pode ignorar a ajuda prestada à vítima e o quanto a mesma facilitou objectivamente o seu próprio facto[20]. O que se compreende, tendo em conta que a cumplicidade é, exclusivamente, um título de imputação do facto principal ao cúmplice (e não ao autor). Cúmplice será, então, aquele que facilita a realização do facto (que sabe ser doloso da parte) do autor, aumentando *ex ante* o risco de lesão do bem jurídico e desde que o risco aumentado pelo auxílio prestado se concretize na forma concreta de realização do facto principal[21]. A cumplicidade

[20] Assim, expressamente, ROXIN (*Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, cit., §26, n.m. 194-196, 210 e 216), criticando a concepção da cumplicidade como solidarização com o autor, conhecida deste, e rejeitando a necessidade de uma relação psíquica entre autor e cúmplice, desde que o contributo deste (ainda que ignorado pelo autor): (i) tenha melhorado dolosamente as oportunidades de êxito do facto principal e aumentado o risco para a vítima; (ii) se haja repercutido causalmente no curso do facto; e (iii) seja "reconhecível uma [sua] referência externa" ao facto do autor. Também STRATENWERTH (*Derecho Penal. Parte General*, cit., §12, n.m. 161) considera que a concepção da cumplicidade como solidarização do cúmplice com o autor, ao exigir a "convergência consciente dos intervenientes", restringe indevidamente o âmbito desta forma de participação.
Se bem se vê, tal concepção da cumplicidade parece aproximar-se, perigosamente, da tese que fundamenta a punibilidade do cúmplice, não na sua colaboração para o facto do autor, mas na actuação daquele sobre a pessoa do autor, designadamente no sentido da "corrupção da vontade" deste último. Tese que, além de desrespeitar a pessoalidade da culpa dos comparticipantes (artigo 29.º – FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., 32.º Cap., §§4-5), se revela incompatível com a essência do facto punível (como lesão ou colocação em perigo de bens jurídico-penais) e, assim, com o Direito Penal do facto, ao colocar o acento tónico na mera manifestação de uma atitude interna de solidariedade com o autor (ROXIN, *idem*, §26, n.m. 195).

[21] Novamente, ROXIN (*Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, cit., §26, n.m. 184 e 210-215), associando a aplicação do princípio do aumento (causal) do risco ao fundamento de punibilidade do cúmplice: "só quem melhora dolosamente as oportunidades do autor e aumenta o risco para a vítima empreende um ataque

não pressupõe, portanto, qualquer acordo de vontades entre o cúmplice e o autor ou, sequer, que este conheça o contributo daquele e o quão facilitado resultou o seu facto graças à prestação do cúmplice. Qualquer um destes requisitos, exclusivamente atinentes ao autor, iria para além daquilo que a cumplicidade é: mero título de imputação do facto doloso principal ao auxiliador doloso desse facto – e não simultâneo título de atribuição de responsabilidade ao autor pelo facto do "seu" cúmplice.

Todavia, no Relatório Explicativo da CI, a punição como cumplicidade ou ajuda à heteromutilação (cfr. artigo 41.º/1 da CI) do fornecimento à vítima adulta dos meios idóneos a esse fim contraria a pretendida exclusão da punibilidade do incitamento de mulher adulta à MGF (n.º 201). Esta impunibilidade, por absoluta maioria de razão, teria de conduzir à impunidade do mero providenciar os meios adequados à mulher adulta para que se submeta à MGF. A determinação da mulher a sujeitar-se à MGF cria um risco de realização do facto típico, enquanto o providenciar de meios à mulher para esse efeito somente aumenta o risco, já existente, de realização típica.

A verdade, porém, é que a impunidade do auxílio material à heteromutilação, prestado à vítima, resulta excluída pelo disposto no artigo 41.º/1 da CI, que obriga as Partes a adoptar as medidas legislativas necessárias a criminalizar os actos intencionais de ajuda ou cumplicidade no cometimento das infracções estabelecidas nos termos do artigo 38.º, al. *a)*, da Convenção.

Por outro lado, o incitamento doloso de mulher adulta a submeter-se à MGF praticada por terceiro configura um auxílio material prestado ao autor, cujo facto doloso é objectivamente possibilitado ou, ao menos, facilitado pelo prévio convencimento da vítima a sujeitar-se a tal prática[22]. Assim sucede, como se viu, mesmo que o autor

autónomo ao bem jurídico" [n.m. 212; entre nós, FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal. Parte Geral, Tomo I,* cit., 32.º Cap., §10) duvida que a "extensão à cumplicidade da punição do facto do autor (...) em nome da tutela dos bens jurídico-penais (...) confira verdadeira 'autonomia' ao comportamento do cúmplice]. ROXIN esclarece ainda que a co-causalidade do contributo do cooperador, no sentido de influir sobre o concreto modo de realização do tipo, sendo necessária, não basta para a punição do cúmplice. Deve ainda exigir-se, em conformidade com os princípios gerais da imputação objectiva, que a contribuição causal para o facto "tenha aumentado o risco para a vítima e correlativamente a oportunidade de êxito para o autor" (n.m. 210). Opinião semelhante expressam STRATENWERTH (*Derecho Penal. Parte General*, cit., §12, n.m. 158 e 161) e HILGENDORF/VALERIUS (*Direito Penal. Parte Geral,* cit., §9, n.m. 147-150).

Entre nós, MORÃO, Helena (*Da instigação em cadeia. Contributo para a dogmática das formas de comparticipação na instigação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 163 e 221-222) destrinça a instigação da cumplicidade com recurso a critérios de imputação objectiva (criação *vs.* aumento do risco proibido que se materializou na concreta realização típica). Em outra obra a mesma Autora, na linha de GÜNTHER JAKOBS (*Crítica à teoria do domínio do fato*: *uma contribuição à normativização dos conceitos jurídicos*, tradução de Maurício António Ribeiro Lopes, Coleção Estudos de Direito Penal, São Paulo: Editora Manole, 2003, pp. 16-19), refere-se mesmo à "exteriorização do ilícito do participante na execução"; exteriorização que assinalaria "a sua relação de pertença com o facto". A esta luz, a acessoriedade perfilar-se-ia como um "fundamento punitivo, de índole positiva, (...) que exprime a exteriorização do contributo do participante e a sua relação com a execução, correspondendo, assim, a uma imposição do Direito Penal do facto" (MORÃO, Helena, *Autoria e execução comparticipadas*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 91-92).

[22] ROXIN (*Derecho Penal. Parte General, Tomo II,* cit.*,* §26, n.m. 212) aponta como conceitos ilustrativos da prestação de ajuda ao autor (característica da cumplicidade segundo o §27 do CP alemão), a possibilitação, facilitação, intensificação ou asseguramento do facto principal. Concordantes HILGENDORF/VALERIUS, *Direito Penal. Parte Geral,* cit., §9, n.m. 150.

desconheça o anterior incitamento da mulher. E dúvidas inexistirão que determinar a vítima adulta a submeter-se à MGF constitui conduta idónea a provocar a prática de algum dos actos descritos no artigo 38.º, al. *a)*, da CI (Relatório explicativo da CI, n.º 202). Logo, contrariamente ao que se lê no n.º 201 deste Relatório, o incitamento de mulher adulta a sujeitar-se à heteromutilação pode e deve ser punido como cumplicidade ou ajuda à MGF, por força do artigo 41.º/1 da CI. Idêntica solução se impõe no ordenamento jurídico português, conjugando os artigos 144.-A/1 e 27.º do CP.

4. Impunidade geral da participação tentada *vs.* punição dos actos preparatórios da heteromutilação

Imprescindível à punição do cúmplice (que incitou a vítima-mulher ou lhe providenciou meios para esse fim) é, contudo, que a heteromutilação genital feminina venha efectivamente a ser tentada ou consumada. Assim ocorre por imposição do princípio da acessoriedade (quantitativa) da participação relativamente à autoria (artigos 26.º/4.ª proposição, e 27.º); princípio emergente da opção – fundamental no ordenamento jurídico-penal português – de impunidade da tentativa de participação criminosa, i.e., da instigação e da cumplicidade tentadas.

Tanto o princípio da acessoriedade limitada (acessoriedade qualitativa) como esta opção fundamental do ordenamento jurídico-penal português (acessoriedade quantitativa) constituem corolário dos princípios do Direito Penal do facto ofensivo de bens jurídico-penais, do merecimento e da estrita necessidade de tutela penal (artigo 18.º/2 da Constituição da República Portuguesa – CRP)[23].

Todavia, considerando a punição autónoma dos actos preparatórios da MGF prevista no artigo 144.º-A/2, pergunta-se: *o incitamento da mulher a submeter-se à heteromutilação ou o fornecimento dos meios adequados a esse fim podem ser punidos como actos preparatórios da MGF, quando esta, por qualquer razão, não venha sequer a ser tentada*? Justificar-se-á sancionar penalmente, a título de actos preparatórios da MGF, condutas que, segundo as regras gerais da participação, ficariam impunes como meras tentativas de participação num facto punível cuja execução nem sequer se iniciou?[24] Os princípios constitucionais penais que impõem a consagração do

[23] Também HELENA MORÃO (*Autoria e execução comparticipadas,* cit., pp. 57-58 e 92) conecta directamente o princípio da acessoriedade limitada aos princípios constitucionais da ofensividade e da necessidade da pena. Mas não só. A Autora associa tal princípio igualmente ao próprio fundamento de punibilidade do cúmplice: "a ofensa própria e mediata do participante ao bem jurídico não pode ser concretizada através do autor, quando este actua justificadamente".

[24] Note-se que a punição autónoma por actos preparatórios da MGF, nos termos do artigo 144º-A/2, só será legítima (face ao princípio do *ne bis in idem* – artigo 29.º/5 da CRP) se *in concreto* tais actos não constituírem instigação ou cumplicidade no facto principal de heteromutilação genital de mulher adulta, nos termos dos artigos 26.º/4.ª proposição, e 27.º. Neste sentido, por todos, FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal. Parte Geral*, cit., 27.º Cap., §§6-7): uma das consequências específicas da punição dos actos preparatórios como tais é a proibição de que "o acto preparatório punível como tal voltar a considerar-se punível como crime autónomo"; além disso, verifica-se uma relação de subsidiariedade implícita entre a punição como crime autónomo de actos que são materialmente preparatórios (*v.g.* artigo 262.º; *in casu* a punição por instigação

princípio da acessoriedade da participação relativamente à autoria não conduzirão, forçosamente, a uma resposta negativa e à consequente inconstitucionalidade material do preceituado no artigo 144.º-A/2 do CP, nesses casos, por violação dos artigos 27.º/1 e 18.º/2 da CRP?

Elucidativo de que a punição dos actos preparatórios da mutilação como tais se traduzirá na punição da tentativa de participação é o artigo 227-24-1 do CP francês[25]. Este preceito descreve duas situações de punibilidade de actos preparatórios da mutilação nos seguintes termos:

Le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 € d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée.

Além de correctamente condicionar a punição dos actos preparatórios como tais à não realização, sequer na forma tentada, da mutilação sexual (feminina ou masculina – cfr. artigo 222-9), o artigo 227-24-1 do CP francês restringe a incriminação às condutas de incitamento ou constrangimento dirigidas ao menor para que se submeta àquela prática, e ao "incitamento"[26] (por certos meios típicos) de terceiro para que realize mutilação sexual sobre menor, desde que, em qualquer dos casos, esta não venha a ser realizada. Portanto, a antecipação da tutela penal justifica-se pela necessidade de proteger especialmente os menores – e apenas estes – da mutilação sexual, considerando a sua especial vulnerabilidade e, porventura, a elevada probabilidade da sua realização em tais situações.

Sucede, porém, que a punição dos actos preparatórios da MGF nem sequer é imposta pela CI, cujo artigo 41.º/2 apenas exige a criminalização da tentativa de mutilação prevista no artigo 38.º, al. *a)*, excluindo, portanto, a punição da tentativa de instigação ou de auxílio de vítima adulta ou menor à heteromutilação, cuja execução nem sequer principia[27]. Talvez o legislador português tenha consagrado a punição autónoma dos actos preparatórios da MGF de olhos postos no lugar paralelo do artigo

ou cumplicidade à heteromutilação) e a punição de actos preparatórios como tais (*v.g.* artigo 271.º*; in casu*, o artigo 144.º-A/2).

[25] Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/ [19.06.2021]. Também o artigo 151 do Código Penal espanhol (disponível em https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444 [3.07.2021]) prevê a punição da provocação, conspiração e proposta de comissão dos delitos previstos nos artigos anteriores, entre os quais o de mutilação genital *de outrem*, em qualquer das suas formas (artigo 149/2).

[26] Coloca-se a palavra incitamento entre aspas porque o constrangimento pode determinar a autoria mediata do coactor, em lugar da mera instigação do 'homem-da-frente'.

[27] Com efeito, o artigo 41.º/2 da CI remete unicamente para a infracção prevista no artigo 38.º, al. *a)*, arredando da punição da tentativa as condutas participativas descritas nas respectivas als. *b)* e *c)*.

37.º/2 da CI[28] e, ainda, incorrendo num erro de interpretação do que aí verdadeiramente se dispõe quanto ao casamento forçado. Erro, quiçá, adveniente da falta de consideração atenta do que diz o Relatório Explicativo da CI relativamente a este último preceito (n.os 195 e 197).

Efectivamente, o artigo 154.º-C incrimina os "actos preparatórios" do crime de casamento forçado, "incluindo o de atrair a vítima para território diferente do da sua residência com o intuito de a constranger a contrair casamento ou união equiparável à do casamento". Contudo, segundo o Relatório Explicativo da CI, não se estaria perante um acto preparatório do casamento forçado, tratar-se-ia antes de outra modalidade de casamento forçado (n.º 195), diferente da prevista no artigo 37.º/1, por consistir no acto de atrair a vítima, convencendo-a a viajar para outro país (frequentemente o dos seus antepassados), por exemplo, usando um falso pretexto como visitar um familiar doente ou em necessidade. *Nesta outra modalidade típica, o casamento forçado nem precisaria de ser celebrado para haver punição* (n.º 197).

Em rigor, o acto de atrair, mediante engano[29], a vítima para território diferente do da sua residência, com o intuito de aí ser constrangida a contrair casamento ou união equiparável, configura uma tentativa do crime de casamento forçado ao abrigo dos artigos 154.º-B e 22.º/2, al. *c)*. Logo, não se estaria perante uma punição autónoma de actos preparatórios do casamento forçado, ao contrário do que se afirma na epígrafe e no texto do artigo 154.º-C.

Se a lei portuguesa, apesar de não descrever quaisquer actos preparatórios de MGF puníveis[30], os incriminou tendo em vista a conduta descrita no artigo 37.º/2 da

---

[28] Por exemplo, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo (*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 3.ª ed., 2015, n. 7 ao artigo 144.º-A) apresenta justamente como exemplo de acto preparatório da MGF punível "a atração da mulher para fora de Portugal com vista a submetê-la à mutilação noutro Estado".

[29] Cuja equiparação ao constrangimento ao casamento é discutida. Veja-se o que a este propósito escreve PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do Código Penal*, cit., n. 3 ao artigo 154.º-B): "O constrangimento inclui qualquer forma de violência, física ou psíquica, ameaça ou abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar, mas não inclui o ardil, o engano, a manobra fraudulenta".

[30] O que suscita insuperáveis problemas de indeterminação da proibição penal, com a consequente inconstitucionalidade material do artigo 144.º-A/2, agora por violação dos princípios da legalidade e tipicidade dos factos puníveis (artigos 18.º/2, 29.º/1 e 165.º/1, al. *c),* da CRP). Sobre os pressupostos formais-legais da punição dos actos preparatórios (descrição típica para que se configurem como "pontos de apoio possíveis de uma responsabilização penal") e político-criminais (actos que encerrem "alto grau de probabilidade" de realização do tipo de ilícito e "necessidade de uma intervenção penal específica num estádio particularmente precoce do *iter criminis*"), veja-se FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal. Parte Geral*, cit., 27.º Cap., §§ 4 e 6).

Também BRITO NEVES, António ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", in: AA.VV., *Violência doméstica e de género e mutilação genital feminina*, Lisboa: CEJ, 1.ª ed., Dezembro de 2019 (pp. 127-137), pp. 130-131, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_VD2019.pdf) considera inconstitucional o artigo 144.º-A/2, à luz dos artigos 1.º, 18.º/2, 27.º/1, e 29.º da CRP. Em seu entender, este preceito viola os princípios: (i) da necessidade da pena, da ofensividade e do Direito Penal do facto, pois, na fase preparatória da MGF, falta uma "base factual" capaz de suportar "um juízo de perigosidade bastante para legitimar a punição do agente"; e (ii) o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), já que não são autonomamente puníveis os actos preparatórios das ofensas graves,

CI (já que a CRP e o sistema jurídico-penal obstam à punição, como actos preparatórios, de meras tentativas de participação numa heteromutilação que não chegou a existir sequer na forma tentada), então, em rigor, tal comportamento constitui já uma tentativa da própria MGF nos termos dos artigos 144.º-A/1 e 22.º/1 e 2, al. *c)*. O que fulmina o disposto no artigo 144.º-A com a mesma incorrecção, redundância e inutilidade de que enferma o artigo 154.º-C.

5. O artigo 149.º/3 e a heteromutilação solicitada por mulher adulta

a) Inexistência de disposição paralela ao artigo 134.º

A preocupação do Relatório Explicativo da CI em afastar a punibilidade do incitamento de mulher adulta a submeter-se à MGF realizada por outrem choca com o disposto no artigo 149.º/3: "O consentimento da vítima do crime previsto no artigo 144.º-A não exclui em caso algum a ilicitude do facto".

Esta norma parece retirar à mulher a livre disponibilidade da sua integridade física, fruição sexual, saúde e capacidade reprodutivas, quando esteja em causa a MGF[31]. O que *prima facie* se coaduna com a qualificação (ou categorização?), pelo preâmbulo da CI, da MGF como "violação grave dos direitos humanos das mulheres e raparigas e um grande obstáculo à realização da igualdade entre as mulheres e os homens".

Mas não deixa de ser uma opção curiosa, considerando que a vida também é um bem indisponível relativamente a terceiros, mas, apesar disso, o ordenamento jurí-

nem das ofensas qualificadas à integridade física. Porém, este segundo argumento só procederá se o bem jurídico tutelado pela incriminação da MGF for exactamente o mesmo que o protegido pelos artigos 143.º, 144.º e 145.º. O que, como se verá em II 3., parece não corresponder à *ratio* da autonomização da MGF. A favor da legitimidade da incriminação dos actos preparatórios da MGF pronuncia-se PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 112). A Autora legitima tão grande antecipação da intervenção penal por via das "exigências de tutela do bem jurídico em causa", do "princípio da tolerância zero" com as condutas de MGF e, ainda, por um argumento de igualdade ou de maioria de razão com a incriminação prevista no artigo 276.º (instrumentos de escuta telefónica): "como se pode justificar (...) a punição de quem detenha, compre ou monte aparelho destinado a escuta telefónica" em ordem a "proteger de forma recuada a intimidade e o segredo das comunicações, (...) e o mesmo não se pense, ou deixe sustentar, em relação a uma prática tão bárbara e cruel como a mutilação genital feminina". Salvo melhor opinião, afigura-se que, mais importante e útil do que tentar legitimar, no plano abstracto, a punição dos actos preparatórios da MGF é testar a legitimidade de tal punição à luz da Constituição e do ordenamento jurídico-penal (*maxime* das regras gerais de punição da participação criminosa) e averiguar da existência de algum (efectivo) âmbito de aplicação do disposto no artigo 144.º-A/2; ou se, pelo contrário, este preceito não passa de uma inútil proclamação de princípios.

[31] Isto, depois de o artigo 149.º/1 ter estipulado que, para efeito de consentimento, a integridade física se considera livremente disponível, embora com os limites estabelecidos no n.º 2 do mesmo preceito. O n.º 3 do artigo 149.º parece sugerir que o bem jurídico tutelado pela incriminação da MGF não se limitaria à integridade física e saúde da pessoa do sexo feminino a excisar. Resta saber qual seria, afinal, esse bem jurídico, como o configurar e delimitar em termos admissíveis, face à Constituição e ao próprio ao sistema jurídico-penal. AUGUSTO SILVA DIAS (*Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 489) alude, a propósito do artigo 149.º/3, a uma "indisponibilidade para terceiros da porção da integridade física constituída pelos órgãos genitais femininos".

dico-penal dá relevância atenuante da ilicitude e da culpa ao consentimento qualificado, manifestado no pedido sério, instante, livre e expresso de morte por parte do respectivo titular (homicídio a pedido da vítima – artigo 134.º). Ou seja: não obstante o carácter supremo e a indisponibilidade do bem jurídico 'vida' face a intervenções de terceiros, o incitamento do próprio titular à sua (hetero)lesão tem eficácia modificativa atenuante da ilicitude, da culpa e da pena do homicídio (inclusive do homicídio privilegiado), desde que o homicídio tenha sido realizado pelo destinatário do pedido qualificado que actue 'determinado' por este. Em contrapartida, quanto aos bens jurídicos tutelados pela incriminação da MGF (supostamente inferiores à própria vida), o legislador recusou-se a reconhecer, ao incitamento livre, sério e esclarecido da mulher à sua mutilação por terceiro qualquer eficácia, sequer modificativa atenuante da pena legal cominada para aquele facto.

Com efeito, inexiste relativamente à MGF preceito correspondente ao artigo 134.º. Todavia, esse preceito foi proposto pelo CDS-PP no Projecto Lei n.º 515/XII, nos seguintes termos:

2. *Quem praticar qualquer dos actos previstos no número anterior* [clitoridectomia, infibulação, excisão ou qualquer outra prática de mutilação genital de pessoa do sexo feminino], *determinado por pedido sério, instante e expresso da vítima, é punido com pena de prisão até 3 anos*.

Esta uma pena bem mais leve do que a proposta no n.º 1: prisão de 3 a 12 anos.

Podemos descortinar ao menos duas razões para a ausência de norma paralela ao artigo 134.º relativamente à MGF. Primeira: o consentimento qualificado relativamente à morte não envolve idêntico consentimento quanto a uma lesão grave e irreversível da integridade física[32], como pode acontecer no caso da MFG. Segunda: as situações em que alguém, com capacidade para consentir[33], toma a iniciativa da MGF e dirige a outrem um pedido sério, livre, instante e expresso para a sua realização são tão raras, que se não justifica uma previsão legal autónoma[34].

A estas duas razões talvez acresça uma terceira: um preceito correspondente ao artigo 134.º, no âmbito da MGF, emitiria sinal de sentido contrário àquele que, apa-

[32] Sobre esta questão, SILVA DIAS, Augusto (*Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.ª edição, Lisboa: AAFDL, 2007, (pp. 131 ss.) p. 135) sustentando que, nos casos de tentativa de homicídio a pedido da vítima da qual resulta uma ofensa grave à integridade física (*v.g.* cegueira ou doença crónica), o agente não deve ser punido em concurso efectivo ideal entre tentativa de homicídio a pedido e ofensa grave privilegiada [artigo 146.º, al. *b)*] – como sucederia se não se tratasse de um homicídio privilegiado – mas somente por tentativa de homicídio a pedido. Em seu entender, apenas esta solução respeitaria "o contexto privilegiante" e teria "correspondência com a culpa sensivelmente diminuída revelada no facto".

[33] No caso da MGF, mesmo inexistindo a prescrição do artigo 149.º/3, sempre haveria que discutir a partir de que idade a rapariga ou mulher adquiriria a capacidade para consentir. A partir dos 16 anos, segundo a regra geral do artigo 38.º/3? Ou apenas aos 18 anos (artigos 3.º, al. *a)*, da Convenção de Lanzarote; 3.º, al. *f)*, e 38.º, al. *c)*, da CI)?

[34] PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 111-112) admite que, em paralelo com o artigo 134.º, poderia ter-se consagrado uma atenuação da pena legal cominada para a MGF nas "verdadeiras situações de incitamento à lesão por parte da vítima, em que a mulher instiga (...) o médico ou outra pessoa a proceder à mutilação genital, mediante um pedido sério, instante e expresso".

rentemente, se quis dar com a sua incriminação autónoma (e submissão a pena igual à cominada para as ofensas graves à integridade física): interiorização pela comunidade da (insuportável) gravidade da conduta e do seu carácter penalmente desvalioso em qualquer circunstância, porque, além da lesão da integridade física e saúde da vítima, atentaria contra a dignidade humana das mulheres em geral, enquanto forma de lhes negar um igual direito à sexualidade e à fruição sexual e de as "menorizar" e controlar, subalternizando-as e instrumentalizando-as à sexualidade masculina[35].

b) Atenuação especial da pena da heteromutilação solicitada pela vítima, apesar da exclusão do privilegiamento?

À luz da ideia-chave (quiçá excessiva) que parece ter presidido à incriminação autónoma da MGF, representaria uma contradição normativa a previsão de norma paralela ao artigo 134.º, o qual submete o homicídio a pedido da vítima a uma moldura penal ainda mais leve do que a estabelecida para o homicídio privilegiado (prisão de 1 mês a 3 anos de prisão *vs.* prisão de 1 a 5) e muito mais leve do que a definida para o tipo-base (prisão de 8 a 16 anos). Tal preceito seria contrário ao pressuposto da maior e, até, insuportável gravidade do conteúdo de ilícito e de culpa da MGF[36]. Tão grave e insuportável que legitimaria, inclusive, uma tutela penal mais forte do que a conferida à própria vida, como se a dignidade humana de pessoa do sexo feminino fosse axiologicamente superior à vida, bem jurídico – também ele – indisponível relativamente a terceiros[37], ao contrário do que sucede com a integridade física (artigo 149.º/1) relativamente à qual se admite, por isso, o consentimento justificante do respectivo titular.

[35] Sobre os motivos da autonomização da MGF relativamente às incriminações pré-existentes (artigos 143.º e 144.º), veja-se PAULA RIBEIRO DE FARIA (*idem*, pp. 105-110); FERREIRA MONTE, Mário ("Mutilação genital, perseguição (Stalking) e casamento forçado: novos temas, novos crimes", *Julgar,* n.º 28, 2016, (pp. 75-88), pp. 75-76 e 82-84, disponível em http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/04-Novos-crimes-2015-Mário-F-Monte.pdf.[19.06.2021]; e VARELA, João ("O Direito Penal numa sociedade multicultural. O caso especial da mutilação genital feminina", *Themis*, Ano XIX, n.º 34, (2018), (pp. 129-185) pp. 152-161). Adiante, em II. 2., 3. e 4., retomar-se-ão as razões da autonomização deste crime em busca da delimitação do bem jurídico protegido e da eventual justificação do disposto no artigo 149.º/3 (*infra* III).

[36] Reconhece-o PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", *cit.*, pp. 109-110 e 117), interpretando o artigo 144.º-A como "um caso específico de ilicitude" relativamente às ofensas à integridade física, sendo a questão da possível maior culpa remetida para o âmbito do artigo 145.º. Porém, assevera a Autora, em todos os casos de MGF "existe um certo grau de interpenetração entre uma maior ilicitude e uma maior culpa do concreto agente"; ou seja, à "realização do ilícito previsto pelo artigo 144.º-A corresponderá (...) uma censura própria e específica que poderá – ou não – ser agravada, nos termos do n.º 1, alíneas *b)* e *c)* do artigo 145.". O que, aduz PAULA RIBEIRO DE FARIA, suscita o problema da "eventual duplicação da culpa através da aplicação do artigo 145.º". Na verdade, "se o tipo legal de crime do artigo 144.º-A se fundamentasse exclusivamente num 'ilícito' diferente e agravado", seria compatível tanto "com a qualificação da culpa do agente, como [com] a sua diminuição ou privilegiamento".

[37] SILVA DIAS (*Crimes culturalmente motivados,* cit., pp. 478 e 488-489) não hesita em falar de uma "orientação claramente punitivista" e de um "encarniçamento da reacção penal contra a excisão", expressos na introdução no CP do artigo 144.º-A e no "regime punitivo adjacente", vertido no CP e na CI. E alerta: a "maximização da protecção dos bens jurídicos conduz, como a história ensina, ao punitivismo, uma orientação político-criminal que medra à custa da dignidade e dos direitos dos punidos", mas, também, acrescentaria, das próprias "vítimas", como bem revela a opção vertida no artigo 149.º/3.

Mas isto não significa que o sistema jurídico-penal não disponha de um mecanismo de segurança para as situações ora em análise. Trata-se da atenuação especial da pena (que opera dentro da moldura penal cominada no artigo 144.º-A/1), quando a MGF foi determinada por forte solicitação da própria vítima, posto que possa afirmar-se uma diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente *ou* da necessidade de pena [artigo 72.º/1 e 2, al. *b)*][38].

O que implica desde logo considerar as condições sanitárias em que a MGF foi realizada, em ordem a impedir a diminuição da ilicitude quando a excisão envolveu a exposição da vítima a um perigo para a vida ou um perigo grave para a saúde, para além da lesão da integridade física em que ela própria se consubstancia[39].

Em ordem a aferir da acentuada diminuição da ilicitude do facto do agente que acedeu à solicitação da mulher à sua própria mutilação genital, há, ainda, que ponderar os seus motivos e os fins que prosseguiu com a realização da conduta, à semelhança do que sucede, por imposição do artigo 149.º/2, quanto ao consentimento justificante. Esta aproximação dos critérios da diminuição sensível da ilicitude da MGF por "forte solicitação da vítima", aos do consentimento justificante, parece ser demandada pelo rigor punitivo que o legislador luso inequivocamente quis imprimir à MGF e por algumas motivações culturais (altamente atentatórias da dignidade e igualdade das raparigas e mulheres) que conduzem à sua prática; motivações essas que guiaram o legislador na configuração do respectivo regime punitivo.

Na doutrina, por exemplo, PAULA RIBEIRO DE FARIA[40] considera que o consentimento da vítima não é *per se* relevante para excluir a ilicitude (ou, acrescenta-se, diminuí-la) "em atenção à dimensão [também] social e colectiva do bem jurídico" da integridade física. Assevera a Autora: "[n]ão estando presente qualquer finalidade social e jurídica penalmente relevante capaz de contrabalançar, juntamente com autonomia individual, a lesão do bem jurídico (...), o consentimento mostra-se, só por si, incapaz de justificar a conduta" (ou de diminuir o respectivo conteúdo de ilícito).

Para afirmar uma acentuada diminuição da culpa do agente, poderá relevar: (i) não somente a pressão exercida pelos motivos e fins sobre a sua liberdade ou possibilidade de se determinar pela proibição penal, tornando "menos exigível um comportamento conforme ao Direito"[41]; mas, porventura, também (ii) alguma compreensibilidade ou algum valor ético-afectivo dos seus concretos motivos e fins[42], tal como, aliás, ocorre

[38] SILVA DIAS ("Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 44): "não basta a invocação do motivo", sendo "necessária a comprovação de que ele diminuiu de forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente", como, aliás, exige o artigo 72.º/1.

[39] SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 22.

[40] "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 110-111 e n. 22.

[41] Assim SILVA DIAS ("Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 44), referindo-se, porém, ao argumento cultural: este "não opera automaticamente, mas através dos seus efeitos concretos sobre a formação da vontade do agente". Tem de provar-se que "aquele motivo pressionou os autores à prática do facto de tal forma que lhes é menos exigível um comportamento conforme ao Direito"; "trata-se aqui [na atenuação especial da culpa] de uma situação incompleta de estado de necessidade desculpante".

[42] Desta opinião, muito claramente, PALMA, Maria Fernanda (*O princípio da desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 212-213, 230-233, 237-240, 243-244 e *passim*): "a desculpa [tal como a

no estado de necessidade desculpante[43] (artigo 35.º/1 e 2), de modo a não admitir um decréscimo acentuado da culpa quando a realização da MGF, por solicitação da própria mulher ou por qualquer outro dos motivos mencionados no artigo 72.º/2, al. *b)*, envolveu *in caso* uma inequívoca coisificação da vítima, contrária à sua eminente dignidade como pessoa humana[44].

---

atenuação especial da culpa, já que entre elas existe somente uma "diferenciação quantitativa"] seria[m] uma simbiose de reconhecimento de sistemas ético-afectivos diferentes dos valores do Direito e justa oportunidade referida ao próprio desenvolvimento emocional" necessário a uma plena motivação pela norma penal; nela[s] está em causa "a razão ou o argumento que a emoção revela, no contexto de um projecto de vida e das condições e limites da existência", nunca tomando como ponto de referência o "senso comum" ou a "moral dominante" (pp. 231-233 e 238); a desculpa pode referir-se "a uma ponderação ético-afectiva divergente dos valores do sistema, mas compreensível e razoável em função do projecto existencial do agente" (p. 244); "o agente [pode] apela[r] a uma ordem afectivo-valorativa correspondente a um agir moral", não universal, mas expressivo de uma "racionalidade ética alternativa" própria da comunidade em que se integra (pp. 212-213).

Próximo, AUGUSTO SILVA DIAS ("Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 25-32, 42, 44-45 e 51-52), rejeitando com firmeza o multiculturalismo extremo ou comunitarismo e o inerente relativismo cultural; propondo um diálogo intercultural como via para construir uma "(sempre inacabada) cultura cívica comum de direitos e deveres", com base no reconhecimento recíproco de todos e cada um dos cidadãos como seres livres e dotados de igual dignidade (pp. 25-26 e 32); negando à *cultural defense* o papel de causa formal de exclusão da culpa ou de atenuação da pena, "desligada de argumentos de culpa e dos efeitos do condicionamento cultural sobre a culpa" (pp. 51-52). Porém, o Autor não deixa de reivindicar que o juízo de culpa penal atenda "à pessoa do agente e ao seu mundo da vida" (p. 42) e à necessidade de, nas sociedades multiculturais (em que "a orientação para a acção não é obtida claramente a partir de um sistema de valores universal e homogéneo"), se reconhecer que a orientação para a acção pode ser "influenciada por um quadro ético-afectivo adquirido num ambiente cultural alheio" (p. 45). E, ainda mais claramente, em *Crimes culturalmente motivados*, aludindo: aos "limites [normativos e éticos] de compreensibilidade da ignorância e do erro valorativo do agente"; à comprovação de que "o quadro ético-afectivo subjacente ao erro [sobre a ilicitude] reflicta um sentido humano valioso" para que tal erro seja não censurável" (pp. 475-476); ao imperativo de, em sede de culpa penal, "compreender [e valorar], à luz de um dado ordenamento jurídico e da cultura cívica que o sustenta, o que moveu concretamente o sujeito à prática do facto"; à circunstância de as emoções vividas pelo agente poderem exprimir o modo como este valorou o facto, averiguando da existência de uma "consciência recta" à luz "da cultura cívica comum em que [se alicerça] a ordem jurídica das sociedades multiculturais" (pp. 487-488), impondo-se então a exclusão da culpa.

[43] MARIA FERNANDA PALMA (*O princípio da desculpa em Direito Penal*, cit., p. 244): o legislador sentiu "maior necessidade de assinalar as emoções na atenuação da culpa" (*v.g.* no homicídio privilegiado – artigo 133.º; mas, acrescenta-se, também nas causas da atenuação especial da pena – artigo 72.º/2, als. *a)* e *b)*) do que no próprio estado de necessidade desculpante". Neste, "o contexto objectivo [de perigo não removível de outro modo para os bens jurídicos fundamentais elencados no artigo 35.º/1], pela sua força pressionante que condiciona a visão emotiva da realidade, transforma em pressuposto o estado emotivo inerente à sua vivência".

Também na perspectiva de AUGUSTO SILVA DIAS ("Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 44-45 e 52), configurando-se a atenuação especial da culpa como "situação incompleta de estado de necessidade desculpante" e sendo sempre necessário nos crimes culturalmente condicionados (como a MGF) atender ao "quadro ético-afectivo" forjado "num ambiente cultural alheio" com base no qual o agente formou a sua identidade pessoal – pois o motivo cultural não é *per se* causa "exclusão da culpa ou de atenuação da pena" –, parece ser inevitável determinar o valor "ético-afectivo" dos motivos que orientaram a conduta do agente para se poder afirmar a acentuada diminuição da culpa exigida pelo artigo 72.º/1.

[44] Lapidar, MARIA FERNANDA PALMA (*idem*, pp. 232, 238-239 e 244), referindo-se em geral à atenuação especial da culpa: "também [esta] implicará uma referência ético-afectiva e não a mera afirmação

Se, em geral, a atenuação especial da culpa (artigos 146.º/133.º e 72.º) implica determinar e valorar a relevância ético-afectiva das motivações e finalidades do agente, por igualdade – ou até maioria de razão – a mesma ponderação se imporá num crime culturalmente motivado como a MGF, ao qual pode subjazer um atentado, não apenas à integridade física e sexual de pessoa do sexo feminino, mas também à sua igualdade[45] "perante os homens do mesmo grupo social"[46].

Aqui chegados, importa perguntar se a exclusão da MGF do privilegiamento, previsto no artigo 146.º para os crimes contra a integridade física, obsta à atenuação especial da culpa nos termos do artigo 72.º. AUGUSTO SILVA DIAS[47] coloca esta questão e responde negativamente, não obstante reconhecer a identidade do "registo" em que operam "o tipo de culpa privilegiado e a atenuação especial da pena": "repercutindo a diminuição significativa da culpa numa atenuação modificativa da moldura penal".

O privilegiamento da MGF, ao abrigo do artigo 146.º, foi afastado por se ter entendido que o mesmo seria incompatível com a configuração daquela como "violação grave dos direitos humanos das mulheres e raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens" (Preâmbulo da CI)[48]. CLARA SOTTOMAYOR[49] esclarece que a violência contra as mulheres é perspectivada de forma diferente da violência contra os homens, por integrar "elementos históricos e culturais, que lhe conferem o significado político e ideológico de mecanismo social pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens".

Assiste-se, portanto, a uma cunhagem, cristalização e generalização do significado da MGF como símbolo e instrumento de subordinação e controlo da sexualidade

---

de si perante o outro ou qualquer atitude de puro egoísmo, bem como a tendencial adaptabilidade das emoções à situação concreta ["adaptabilidade compreensível"]; o ciúme vivido por Otelo de Shakespeare "não apela (...) tão positivamente para um sistema de valores ético-afectivos, revela um excesso destruidor do objecto amado e um modo [moralmente] inviável de superação do sofrimento emocional". Daí que a sua culpa possa ser especialmente atenuada, mas não excluída.

[45] ROBERT, Marie-Pierre, "Des crimes religieux: aux confluents du droit pénal et e la liberté de religion", *Les Cahiers de droit,* 50 (3-4), 2009, (pp. 663-690) pp. 680-681, disponível em https://www.canlii.org/fr/doctrine/doc/2009CanLIIDocs370#!fragment/zoupio-_Toc3Page2/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0IBMASgA0ybKUIQAiokK4AntADkykREJhcCWfKWr1m7SADKeUgCElAJQCiAGVsA1AIIA5AMK2RpMACNoUnYhISA [22.06.2021].

[46] Expressão de PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 105. A Autora associa a MGF a um "instrumento de diminuição de género e de desigualdade" (p. 124). O mesmo faz SOTTOMAYOR, Maria Clara ("Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos", in: AA.VV., *Combate à violência de género. Da Convenção de Istambul à nova legislação penal* (Coord.: MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA), Porto: Universidade Católica Editora, 2016, (pp. 69-90) p. 71), apontando a MGF e o casamento forçado como "práticas discriminatórias das meninas e mulheres, que resultam da visão destas como objectos, propriedade dos homens, cuja sexualidade deve ser controlada por estes". Próximo MÁRIO F. MONTE ("Mutilação genital, perseguição (*Stalking*) e casamento forçado", cit., p. 76, n. 2) conectando a MGF com uma "violação da igualdade" incluída na lesão da "integridade física, mental, psíquica e sexual" da menina ou mulher.

[47] *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 490.

[48] PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, p. 110, n. 20.

[49] *Idem*, p. 73.

feminina, ao qual está, por isso, indissoluvelmente ligada "uma ilicitude diferente e mais intensa" face aos crimes contra a integridade física[50] e uma consequente culpabilidade agravada[51] ou, pelo menos, "própria e específica"[52], ao ponto de merecer, em qualquer caso, a pena cominada para as ofensas graves à integridade física (artigo 144.º: prisão de 2 a 10 anos)[53]. Uma "culpabilidade" agravada ou "específica" que, estando associada ao tipo legal da MGF, tornaria esta forçosamente incompatível com a previsão de um tipo de culpa privilegiado, como o vertido no artigo 146.º[54], ou, até, com a própria a ideia de uma atenuação especial da culpa[55], admitindo-se apenas uma agravação (ainda maior) da culpa nos termos dos artigos 145.º e 132.º.

Com toda a razão, AUGUSTO SILVA DIAS[56] sustenta que a interdição do privilegiamento não pode impedir a atenuação especial da pena prevista no artigo 144.º-A, nos casos de solicitação da própria vítima e/ou de uma motivação cultural ético-afectivamente atendível (artigo 72.º). Com efeito, aduz o Autor, "a lógica punitivista" consegue "comprimir, mas não cilindrar princípios constitucionais (...), designadamente o princípio da culpa"[57]. AUGUSTO SILVA DIAS sublinha ainda que a exclusão do privilegiamento, da exculpação ou da atenuação especial da culpa do âmbito da MGF não encontra respaldo no artigo 42.º/1 da CI. Este preceito apenas impede que "a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa honra" operem

[50] PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 109.

[51] Reconhece-o MÁRIO F. MONTE (*idem*, p. 83), conectando a autonomização legal da MGF (impedindo-a de se diluir "num tipo aberto e mais vago" como o de ofensas à integridade física) ao objectivo de dissuadir a sua prática, aumentando a respectiva "censura jurídico-penal".

[52] PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, p. 117. Resta saber se esta "culpabilidade específica e mais intensa" do que a inerente às ofensas à integridade física constitui uma verdadeira culpabilidade (pois essa é pessoal e indissociável de cada caso concreto), ou antes uma presunção de maior culpa em função de uma sistemática pressuposição da maior ilicitude de toda e qualquer MGF.

[53] Contrariamente ao que era proposto por alguns Projetos-lei, o legislador optou por não submeter a MGF à pena cominada para as ofensas graves qualificadas à integridade física (prisão de 3 a 12 anos – artigo 145º/1, al. *c)*, do CP), afastando, *prima facie*, a ideia de uma especial censurabilidade ou perversidade originária de toda e qualquer MGF e aceitando que a qualificação da MGF se fizesse nos mesmos termos das ofensas graves à integridade física.

[54] Como já se referiu, bem nota PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 110) que se, no tipo legal do artigo 144.º-A/1, estivesse apenas em causa um "ilícito diferente e agravado", então, ele seria compatível tanto com "a qualificação da culpa do agente, como [com] a sua diminuição ou privilegiamento". Privilegiamento que, porém, deveria estar especificamente previsto para a MGF, dada "a especificidade da conduta" que "escapa à lógica sequencial dos tipos legais referentes às ofensas corporais".

[55] Elucidativa desta tendência é a extrema restrição do âmbito de aplicação à MGF da atenuação especial da pena prevista no artigo 72.º defendida por PAULA RIBEIRO DE FARIA (*idem*, pp. 115-116). A Autora alude, inclusive, à "recusa de qualquer tolerância em relação ao fator social e cultural".

[56] *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 490-491.

[57] À mesma conclusão chega JOÃO VARELA ("O Direito Penal numa sociedade multicultural", cit., p. 174, n. 152): a interdição do privilegiamento no caso do artigo 144.º-A pretende significar a irrelevância dos motivos atenuantes da culpa previstos no artigo 133.º, *maxime* os de relevante valor social ou moral, sendo, portanto, manifestação de "um criticável encarniçamento sancionatório". Porém, este "pode e deve ser contrariado mediante a aplicação das regras gerais respeitantes à exclusão da culpa ou atenuação especial da pena", se aplicáveis ao caso.

como causa de justificação das infracções previstas na Convenção, i.e., como causas de exclusão da ilicitude[58]. Logo, assevera o mesmo Autor, a pretensão de "incluir nele também a exculpação ou atenuação especial da pena esbarra com os princípios da legalidade, da igualdade e da culpa".

6. Constrangimento, incitamento ou ajuda a menor para que se submeta a MGF ou a pratique

a) Até onde vai a menoridade da vítima na MGF?

Depois de o artigo 3.º, al. *d),* da CI, ter definido o conceito de "violência de género dirigida contra as mulheres", a al. *f)* vem esclarecer: "'Mulheres' abrange raparigas até aos 18 anos", sugerindo, assim, que *a idade adulta para efeitos das infracções previstas nessa Convenção se atinge somente a partir dos 18 anos*. O §45 do Relatório Explicativo da CI não deixa margem para dúvidas quanto a esta conclusão: *in line with other international human rights treaties*[59]*, the term "child" shall mean any person under the age of eighteen years* (cfr. ainda os artigos 42.º/2 e 46.º, al. *d)*, da CI).

Por seu turno, como vimos, o artigo 38.º, als. *b)* e *c)*, da CI, pretende distinguir o âmbito de punibilidade das condutas dirigidas à própria vítima para que *se submeta à MGF*, em função da respectiva qualificação como adulta ("constranger ou criar condições"[60]) ou, antes, "rapariga" ("incitar, constranger ou criar condições"). Tratando-se de vítima de idade inferior a 18 anos, importa saber se e como é responsabilizado o agente que a incita ou lhe presta ajuda à *automutilação*.

Na resposta à questão de saber até onde vai a menoridade da vítima da MGF, releva, ainda, o disposto no artigo 42.º/2 da CI e o esclarecimento acerca dele prestado no respectivo Relatório Explicativo. O artigo 42.º/2 estabelece: "As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que o incitamento dirigido por qualquer pessoa a uma criança para que esta cometa qualquer dos actos referidos no parágrafo 1 [infracções previstas na CI] não diminuirá a responsabilidade penal dessa pessoa pelos actos cometidos". Lê-se no §218 do respectivo Relatório Explicativo: *To avoid criminal liability, these acts are often committed by a child below the age of criminal responsibility, which is instigated by an adult member of the family or community. For this reason, the drafters considered it necessary to set out, in paragraph 2, the criminal liability of the instigator(s) of such crimes in order to avoid gaps in criminal liability. Paragraph 2 applies to acts established in accordance with this Convention where the child is the principal perpetrator, it does not apply to offences established in accordance with Articles 38 (b), 38 (c) and 41*.

---

[58] Da mesma opinião, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, cit., n. 6 ao artigo 144.º-A; e ANTÓNIO BRITO NEVES, "Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., p. 134.

[59] Por exemplo, os artigos 1.º da Convenção dos Direitos da Criança (Assembleia Geral da ONU, 20.11.1989, disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf [26.06.2021]), e 3.º, al. *a*), da Convenção de Lanzarote.

[60] Podendo, porém, em rigor e coerentemente, incluir-se o incitamento de mulher à heteromutilação na fórmula da "criação de condições" para o efeito, como se viu.

Da expressa exclusão, pelo Relatório Explicativo, das infracções previstas nos artigos 38.º, als. *b)* e *c)*, e 41.º[61] da CI, resulta que:

a) O artigo 42.º/2 da CI tem em vista, exclusivamente, a heteromutilação de mulher ou rapariga [prevista no artigo 38.º, al. *a)*] perpetrada por menor penalmente inimputável (entre nós de idade inferior a 16 anos – art. 19.º), mediante "incitamento" de um adulto.

Deste modo, impede-se a interpretação do artigo 42.º/2 como imposição geral de: (i) criminalização do incitamento, por adulto, de menor (de 18 anos) à automutilação; e (ii) consequente irrelevância jurídico-penal do respectivo consentimento. Por outras palavras: *a consideração de rapariga até aos 18 anos como menor para efeitos das infracções previstas na CI (incluindo a MGF) não implica forçosamente a genérica irrelevância jurídico-penal do respectivo consentimento*, muito menos estando em causa uma menor entre os 16 e os 18 anos[62], pois essa já seria penalmente imputável, caso fosse a agente do crime;

b) O agente das condutas previstas nas als. *b)* e *c)* do artigo 38.º não se considera um *principal perpetrator* da MGF, mas somente um participante, mesmo quando as mesmas sejam realizadas por menor de idade inferior a 18 anos. O que impede a configuração de tais condutas (materialmente de participação na heteromutilação) como crimes autónomos, passíveis eles próprios de participação (instigação ou cumplicidade) na mera participação.

Questão interessante é a de saber se a caracterização de tais comportamentos como participação se mantém quando é penalmente inimputável, i.e., não atingiu os 16 anos de idade, o menor instigado a constranger mulher ou rapariga a sujeitar-se à heteromutilação realizada por terceiro, ou o menor incitado ou constrangido a constranger mulher ou rapariga à automutilação, colocando-a em situação paralela ao estado de necessidade desculpante.

A inimputabilidade penal transformará o adulto, que *incita o menor penalmente inimputável a constranger mulher ou rapariga à heteromutilação perpetrada por terceiro*, num co-autor mediato da heteromutilação[63], por "instrumentalização" do co-autor inimputável em razão da idade?

---

[61] A exclusão parece reportar-se apenas ao n.º 1 do artigo 41.º, pois este é que impõe aos Estados-Parte a criminalização das condutas de instigação ou auxílio à heteromutilação. O n.º 2 respeita à criminalização da tentativa de heteromutilação.

[62] Questão paralela é suscitada, por exemplo, no âmbito do crime de abuso sexual de menores entre os 14 e os 18 anos, que se encontrem numa relação de dependência perante o agente ou em situação particularmente vulnerável (artigo 172.º). Sobre o assunto veja-se ANTUNES, Maria João, §7 em anotação ao artigo 172.º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012; e AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 338 ss.

[63] A existência de um co-autor plenamente responsável (que realiza os actos idóneos à MGF) parece obstar à configuração do adulto, "por detrás" do menor coactor, como autor mediato de toda a heteromutilação. Portanto, neste caso, à luz do princípio da responsabilidade, "a isenção de responsabilidade penal do [co-]executor" não "converte em figura central do acontecimento o sujeito de trás", precisamente por este não se configurar como o "único responsável", não podendo (também) por isso converter-se "em autor (mediato)". Sobre esta questão, ROXIN (*Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, cit., §25, n.m. 143), a quem se devem as palavras colocadas entre aspas.

A resposta afigura-se negativa, por duas razões fundamentais. Primeira: neste caso, não poderá sustentar-se – sem violar o princípio da legalidade da co-autoria – que o adulto "toma parte directa na execução" (artigo 26.º/3.ª proposição), pois, afinal, fá-lo "por intermédio" de outrem (o menor inimputável). Material ou "facticamente" só este "toma parte directa na execução" da heteromutilação [artigos 144-º-A/1 e 22.º/2, al. *c)*]. Contudo, perguntar-se-á em tom de objecção (e isto encaminha-nos para a segunda razão): numa perspectiva normativa, poderá dizer-se de um inimputável em razão da idade que ele "toma parte directa na execução" do facto típico em posição de paridade com os demais co-autores, como parece exigir a co-autoria[64]? Ou será que, ao invés, tal inimputabilidade não deve, *per se*, pré-determinar (excluindo) a autoria e o domínio do facto por parte do executor (ainda que apenas na modalidade de domínio da acção[65]), por tanto uma como outro respeitarem à categoria da ilicitude típica e não da culpa (cfr. artigos 29.º e 135.º/2)[66]? Se a segunda for a perspectiva correcta, então, neste caso, o adulto configurar-se-á como instigador (artigo 26.º/4.ª proposição) à co-autoria do menor penalmente inimputável que constrange mulher ou rapariga à heteromutilação, sendo aquele punido com a pena aplicável à autoria apesar de permanecer como mero participante no facto.

A solução da instigação (do adulto) à co-autoria do menor (inimputável) na heteromutilação é a única admissível, ante a dupla impossibilidade de configurar o adulto incitador: (i) como autor mediato de todo o facto, dada a intervenção de um co-executor plenamente responsável; e (ii) como co-autor mediato do mesmo facto, sob pena de aplicação analógica proibida do artigo 26.º/3.ª proposição, que define a co-autoria como "tomar parte directa na execução" (artigos 29.º/1 e 3, da CRP, e 1.º/1 e 3, do CP). O que não sucede, manifestamente, com o "homem por detrás" do menor inimputável que co-executa a heteromutilação.

---

[64] Para mais desenvolvimentos, QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, Tese de Doutoramento, FDUL, 2012, Vol. I, pp. 219 ss., e Vol. II, pp. 1327-1338.

[65] Lapidares STRATENWERTH (*Derecho Penal. Parte General*, cit., §12, n.m. 46-47) e STRATENWERTH/KUHLEN (*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 5. Auflage, Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 2004, §12, n.m. 46-47): "o puro domínio da acção pode estar acompanhado de outras formas de condução do acontecimento do facto"; o inimputável, que realiza o tipo doloso de comissão, "tem de possuir a capacidade de agir racionalmente em relação a fins, cabendo-lhe nessa medida o domínio da acção". Em sentido contrário, FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal. Parte Geral*, cit., 31.º Capítulo, §§15-16), negando ao executor inimputável o "domínio do facto", apesar de lhe reconhecer "o domínio 'fáctico' do acontecimento", e de (correctamente) associar à afirmação do domínio do facto pelo autor mediato uma "valoração jurídica da situação" e o princípio da auto-responsabilidade do executor (como critério excludente da autoria mediata do homem-de-trás) a um "critério jurídico-normativo de imputação".

[66] HILGENDORF/VALERIUS (*Direito Penal. Parte Geral*, cit., §9, n.m. 46) alertam: "a delimitação entre autoria mediata e instigação tem muita relevância no caso de emprego de pessoas que atuam sem culpabilidade, [p]orque a instigação não pressupõe, em razão do princípio da acessoriedade limitada, um fato principal culpável, mas apenas um fato principal antijurídico praticado dolosamente. Segundo a teoria do domínio do fato, decisivo é se o domínio do acontecimento ou da vontade do homem de trás se sobrepõe ao domínio da acção do homem da frente". O que, no caso em análise, justamente não sucede, ante a existência de um co-executor da heteromutilação plenamente responsável, ao lado do menor inimputável.

Quanto ao *adulto que incita menor penalmente inimputável a constranger mulher ou rapariga à (aparente) automutilação*, pensar-se-ia que a única solução coerente com o que acaba de sustentar-se (a inimputabilidade em razão da idade não exclui *per se* a autoria e o domínio "fáctico" do acontecimento pelo inimputável que surge como "homem-da-frente") é a de responsabilizar o adulto como instigador à autoria mediata do menor por utilização da própria vítima constrangida a automutilar-se. Porém, agora, o princípio da legalidade das formas de autoria não obsta à configuração do adulto incitador como autor mediato que instrumentaliza outro autor mediato (o menor inimputável) para a prática do facto. O adulto executa a heteromutilação por intermédio do menor inimputável, pois o constrangimento a que este último submete a mulher ou rapariga transmuda-a em "vítima da sua própria autolesão"[67], deixando de poder falar-se de autolesão e passando a estar-se perante uma heterolesão levada a cabo pelo autor mediato[68] "da frente", por sua vez instrumentalizado (dada a sua inimputabilidade em razão da idade) pelo adulto incitador (autor mediato "por detrás" do autor mediato "da frente"). À mesma conclusão nos conduz o princípio da auto-responsabilidade do executor como critério excludente da autoria mediata do homem de trás. Ao constranger pessoa do sexo feminino à automutilação, colocando-a em situação paralela ao estado de necessidade desculpante, o menor inimputável tem um domínio "por coacção, que fundamenta a imputação das acções fácticas do instrumento [a própria vítima]" ao coactor, como autor mediato[69]. Por seu turno, a inimputabilidade penal em razão da idade do menor coactor (incitado pelo adulto) constitui "critério jurídico-normativo de imputação"[70] da autoria mediata ao adulto[71].

---

[67] HILGENDORF/VALERIUS, *idem*, §9, n.m. 30.

[68]STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, cit., §12, n.m. 68 e 72; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., §12, n.m. 68 e 72; e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., 31.º Capítulo, §§8-9.

[69] HILGENDORF/VALERIUS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., §9, n.m. 24.

[70] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., 31.º Capítulo, §15.

[71] Lapidares, HILGENDORF/VALERIUS (*idem*, §9, n.m. 25): "o que caracteriza o domínio do facto do autor mediato é o défice de responsabilidade penal do intermediário"; ROXIN (*Derecho Penal. Parte Genera*l, Tomo II, cit. §25, §§139-143): "A utilização de inimputáveis fundamenta por princípio a autoria mediata", sendo irrelevante "se o doente mental ou a criança podiam possuir no caso concreto uma vontade própria (...) as soluções individualizadoras não são praticáveis", além de conduzirem a uma distinção arbitrária entre autoria mediata e instigação. Da mesma opinião, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, cit. §12, n.m. 48-49; e STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., §12, n.m. 48-49.

Próximos, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tradução de Miguel Olmedo Cardenete da 5.ª edição alemã, Granada: Editorial Comares, 2002, §62, II 4.): concebe-se o domínio do facto "como controlo do acontecimento", alicerçado "na superioridade jurídica do homem-de-trás". Logo, existe autoria mediata "em todos os casos em que se faz intervir um incapaz de culpabilidade", inclusive "quando este, facticamente, estava em situação de poder compreender o ilícito do seu comportamento e de comportar-se conforme ao Direito".

AUGUSTO SILVA DIAS (*Crimes contra a vida e a integridade física*, cit., pp. 75-76) contrapõe a instrumentalização de inimputável para a prática de uma heterolesão, à sua instrumentação para a prática de uma autolesão, e vê no disposto no artigo 135.º/2 uma opção jurídica de não valoração das duas situações da mesma forma.

A mesma solução se impõe (por idênticas razões) no caso de *o adulto constranger o menor penalmente inimputável ao constrangimento da mulher ou rapariga à automutilação*: o adulto coactor é autor mediato da (aparente) automutilação, executando a heteromutilação por intermédio do menor, por ele duplamente "instrumentalizado" graças à sua inimputabilidade penal e ao "domínio por coacção"[72] que sobre ele exerce (artigo 26.º/2 proposição).

Repare-se que, em qualquer uma das referidas situações, se dá de algum modo cumprimento ao disposto no artigo 42.º/2 da CI, pois será punido com a pena aplicável à autoria o adulto (i) que incita menor inimputável a constranger mulher ou rapariga à heteromutilação realizada por terceiro (instigação à co-autoria do menor); ou (ii) que incita menor inimputável a constranger mulher ou rapariga à (aparente) auto-mutilação (autoria mediata do adulto "por detrás" do menor que, por seu turno, instrumentaliza por coacção a "vítima da sua própria autolesão"[73]); ou (iii) que constrange menor inimputável a constranger mulher ou rapariga à (aparente) automutilação (autoria mediata do adulto por dupla instrumentalização do autor mediato "da frente" – o menor –, em virtude da inimputabilidade penal deste último e do "domínio por coacção" que sobre ele exerce).

b) Constrangimento, incitamento ou ajuda de menor a submeter-se à MGF

Já se viu que, tratando-se de constrangimento de rapariga menor de 18 anos a sujeitar-se à mutilação, o coactor perfila-se como co-autor desta [artigos 144.º-A/1, 26.º/3.ª proposição, e 22.º/2, al. *c*)].

Quid juris quanto à *prestação de ajuda ou ao incitamento, dirigidos a menor de 18 anos, para que se submeta à heteromutilação*? A menoridade da vítima para efeitos do crime de MGF (idade inferior a 18 anos) converterá necessariamente em autor mediato aquele que a instiga ou lhe presta ajuda (mas, por exemplo, não a conduz ao local onde se realizará a mutilação, nem está presente durante a execução desta)?

Em princípio, a solução da autoria mediata do instigador ou auxiliador estaria liminarmente excluída em se tratando de menor de 16 ou 17 anos, pois, a partir desta idade, a pessoa do sexo feminino possuiria o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento que presta à heteromutilação (artigo 38.º/3)[74]. Todavia, o artigo 149.º/3 vem excluir o aparelho genital feminino da livre disponibilidade da integridade física por parte da respectiva titular (artigo 149.º/1). Perguntar-se-á então: a indisponibilidade do aparelho genital feminino relativamente a heterolesões, conjugada com a menoridade da vítima (idade inferior a 18 anos), poderão fazer,

[72] HILGENDORF/VALERIUS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., §9, n.m. 24.

[73] HILGENDORF/VALERIUS, *idem*, §9, n.m. 30.

[74] AUGUSTO SILVA DIAS (*Crimes contra a vida e a integridade física*, cit., p. 94) qualifica o artigo 38.º como "norma de referência" na determinação da eficácia do consentimento, independentemente "da constelação típica em causa"; portanto, mesmo face a tipos de crime relativamente aos quais a doutrina dualista do consentimento vê neste uma causa de atipicidade da conduta e não de justificação do facto.

daquele que a incita ou lhe presta ajuda, um autor mediato? Terão uma e outra a virtualidade de alterar os tipos legais das diversas figuras comparticipativas?

A resposta às duas questões perfila-se negativa, *mesmo no caso de a vítima da heteromutilação ser menor de 16 anos.*

A autoria mediata do *incitador ou auxiliador de menor de 18 anos à heteromutilação* resulta excluída por a vítima não ser a executora da mutilação. Com efeito, a autoria mediata é legalmente definida como "executar o facto por intermédio de outrem" (artigo 26.º/2.ª proposição), a quem falta a plena responsabilidade pelo acto que pratica, permitindo assim ao homem-de-trás dominar o "se" e "como" da realização típica por via do domínio da vontade do "homem da frente"[75]. Não podendo o instigador ou o auxiliador de vítima menor de 18 anos ser transformado em autor mediato da heteromutilação realizada por um ou mais executores plenamente responsáveis, resta a hipótese de o responsabilizar como cúmplice da MGF, pois o seu comportamento facilitou objectivamente o facto do/s (co-)autor/es, traduzindo-se, portanto, num aumento do risco proibido de lesão do bem jurídico que, ademais, se concretizou na forma concreta de realização do tipo (artigos 144.º-A/1 e 27.º).

Só assim não será se puder legitimamente sustentar-se que a menoridade da vítima, aliada à ingerência "ilícita" na respectiva esfera através do incitamento ou ajuda para que se sujeite à mutilação, investem o agente num dever jurídico e pessoal de evitar a ocorrência deste facto; dever capaz de respaldar a sua responsabilidade como autor comissivo por omissão do crime de MGF (artigos 144.º-A/1 e 10.º). O que permitiria punir o incitador ou auxiliador da própria vítima à heteromutilação com a pena aplicável à autoria, evitando-se assim a atenuação especial (obrigatória) da pena por cumplicidade (artigo 27.º/2).

Contudo, esta é uma solução de legitimidade duplamente duvidosa: (i) por impor um dever pessoal de garante da não produção do resultado típico a quem não estava *ab initio* vinculado a qualquer posição jurídica de protecção da vítima e, precisamente, em virtude de um contributo activo de participação na heteromutilação; e (ii) por, de algum modo, representar um desvio às regras gerais de punição da cumplicidade (artigo 27.º/2).

Daí que, porventura, tal solução só deva admitir-se quando se trate de vítima especialmente vulnerável em razão da idade, i.e., de idade inferior a 16 anos. Quanto mais vulnerável for a menor exposta ao perigo da MGF, mais intenso será o dever de não interferir na respectiva esfera jurídica e mais grave o conteúdo de ilícito da conduta interventiva, ao ponto de fundamentar um dever jurídico e pessoal de impedir a mutilação perpetrada por terceiro, quando esta incidir sobre vítima a quem falta o discernimento necessário para entender o sentido e alcance do consentimento que presta, por ter idade inferior a 16 anos.

A solução ora proposta harmoniza-se, ainda, com a conclusão a que se chegou no ponto anterior: a menoridade da vítima para efeitos do crime de MGF (até aos 18

[75] ROXIN, Claus (*Täterschaft und Tatherrschaft*, Achte Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006, §23, I.1. *cc)*, p. 235) explica que o domínio da vontade pressupõe uma decisão pelo facto pessoal e pela qual se possa responder juridicamente.

anos) e a consequente indisponibilidade do bem jurídico pela respectiva titular (até essa idade) não determinam automaticamente a irrelevância jurídico-penal do consentimento por ela prestado, ainda que se esteja perante um consentimento "apenas 'fáctico', não reconhecido pelo ilícito típico"[76] (artigos 38.º/3, 149.º/1 e 3). Esse consentimento, embora sem ter a virtualidade de excluir a ilicitude da conduta, poderá, todavia, repercutir-se no título de responsabilidade de quem incita ou presta ajuda a rapariga de 16 ou 17 anos para que se submeta à mutilação, permitindo responsabilizá-lo por mera cumplicidade na MGF, à semelhança do que sucede quando tal conduta se dirige a mulher.

A responsabilização em autoria comissiva por omissão da MGF ficará, assim, reservada àqueles que, depois de terem incitado ou auxiliado a sujeitar-se à mutilação pessoa menor de 16 anos (a quem a lei presume, em geral e *juris et de jure*, faltar o discernimento necessário para entender o sentido e alcance do consentimento prestado à heterolesão), não impedem a ocorrência deste facto.

c) Constrangimento, incitamento ou ajuda à automutilação genital de menor

Aquele que *constrange menor de 18 anos à automutilação (colocando-a em situação paralela ao estado de necessidade desculpante)*, é, como se disse, autor

[76] Expressão de AUGUSTO SILVA DIAS (*Crimes culturalmente motiv*ados, cit., p. 341, citando BERNARDI, Alessandro, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino: Giappichelli, 2010, p. 147). Referindo-se ao crime de abuso sexual de menor dependente entre os 14 e os 18 anos, AUGUSTO SILVA DIAS (p. 340) sustenta que, neste caso, o consentimento de adolescente de 16 anos não pode afastar a realização do tipo do artigo 172.º, porque, tratando-se de menores dependentes do agente, "a idade para consentir plenamente na prática de relações é elevada para 18 anos". Até esta idade é retirada ao titular a disponibilidade da autodeterminação sexual, em virtude de uma especial necessidade de protecção dos jovens no contexto relacional referido. Todavia, em seu entender, isso não obsta à relevância do consentimento "apenas 'fáctico', não reconhecido pelo ilícito-típico"; somente impede que o consentimento "fáctico" releve imediatamente, "enquanto tal", para afastar o ilícito-típico (p. 341). Note-se que AUGUSTO SILVA DIAS está a pressupor que o consentimento da vítima afasta, *per se*, o desvalor do facto e a própria tipicidade criminal por o bem jurídico-penal protegido estar a ser realizado, e não ofendido. No resumo do próprio (AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, cit., (pp. 90-94) p. 93): "se a vontade do titular está em linha com a ofensa e se o facto consentido não ultrapassa a os limites que a ordem jurídica coloca à relevância do exercício da vontade, este faz desaparecer o desvalor do resultado e, por arrastamento, o desvalor da acção (pois a acção não se dirige à produção de um resultado desvalioso) e desse modo o próprio ilícito típico".
Prossegue AUGUSTO SILVA DIAS (*Crimes culturalmente motiv*ados, cit., pp. 341-342): uma vez que o ilícito-típico do artigo 172.º se alicerça "no abuso de uma relação de autoridade/dependência" inexiste tal abuso quando, por um lado, todos os intervenientes "actuaram em consonância com uma regra cultural vigente na respectiva comunidade de origem [que é uma] regra da ordem dos afectos e não da dominação, escravização ou mercantilização dos menores"; e, por outro, se evidencia que a jovem consentiu livremente no relacionamento sexual, demonstrando "um grande apego afectivo ao agente", já que "as emoções e a vontade da vítima também contam".
De igual modo MARIA JOÃO ANTUNES (*Comentário Conimbricense,* cit., §7 ao artigo 172.º) aceita o não preenchimento do tipo objectivo do artigo 172.º (por realização da liberdade e autodeterminação sexual do menor) em caso de prova da "íntima e aberta concordância com o acto sexual" por parte deste; concordância reveladora de que tal acto "não foi condicionado pela função exercida ou posição detida por aquele a quem [o menor fora] confiado para educação ou assistência".

mediato de uma heteromutilação genital feminina, nos termos dos arts. 144.º-A/1 e 26.º/2.ª proposição, não obstante a aparência de uma automutilação, pois instrumentaliza a própria vítima à execução do facto.

Já relativamente ao *incitamento de menor de 18 anos à automutilação*, parece que deverá distinguir-se em função da *idade da vítima*.

Se esta for *menor de 16 anos*, tal incitamento corresponderá à autoria mediata por instrumentalização de uma vítima, que carece em geral e *juris et de jure* do discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do acto que pratica em si própria. Esta a solução se impõe, face ao disposto nos artigos 38.º/3 (que recusa eficácia ao consentimento prestado por quem não atingiu os 16 anos de idade[77]) e 149.º/3 (que consagra a indisponibilidade geral do aparelho genital feminino, por parte do respectivo titular, relativamente a heterolesões), conjugados com a ausência, em sede de MGF, de norma paralela ao artigo 135.º/2 (que permite manter no campo da autolesão comportamentos suicidas realizados por menores de 16 anos de idade, responsabilizando, porém, e de forma agravada, quem os incita ou auxilia ao suicídio)[78].

Já se a *pessoa incitada à automutilação tiver 16 ou 17 anos de idade*, a ausência de norma paralela ao artigo 135.º/1 determinará a impunidade do incitador, dada a atipicidade criminal da automutilação[79], face à CI[80] e ao Código Penal português. Recorde-se que o artigo 144.º-A/1 apenas incrimina a heteromutilação, e o n.º 2 pune os actos preparatórios do crime previsto no número anterior, ou seja, da heteromutilação.

Pelas mesmas razões, no caso de *auxílio à automutilação genital*, o auxiliador só será punido se puder afirmar-se a sua autoria mediata relativamente ao facto

---

[77] Apela-se, aqui, a uma posição próxima da "solução do consentimento" na delimitação entre autoria mediata de uma heterolesão e participação numa autolesão, nos casos de utilização da pessoa como "instrumento contra si própria". Sobre esta solução, por confronto com a da "exculpação" da vítima como critério da autoria mediata de uma heterolesão, veja-se HILGENDORF/VALERIUS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., §9, n.m.29-33; e STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, cit. §12, n.m. 68-72; e STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., §12, n.m. 68-72.

[78] Próximo, já antes, AUGUSTO SILVA DIAS (*Crimes contra a vida e a integridade física*, cit., p. 75): o n.º 2 do artigo 135.º "obriga a considerar como incitamento ao suicídio acções que, à luz do paralelismo com as regras gerais, seriam de autoria mediata de homicídio".

[79] AUGUSTO SILVA DIAS (*idem*, p. 96): "não é punível o incitamento ou auxílio à auto-mutilação, pois falta no capítulo das ofensas corporais um tipo incriminador *sui generis* semelhante ao do art. 135.º e a punibilidade de comportamentos dessa natureza não pode ter lugar através das figuras gerais da participação". Na verdade, a atipicidade criminal da automutilação determina a ausência de um facto típico principal apto a servir de ponto de referência à instigação e à cumplicidade.
Diferentemente, como se disse, no Reino Unido, a secção 2 do *Female Genital Act 2003* incrimina a "assistência a rapariga [ou mulher – secção 6] à mutilação dos seus próprios genitais", punindo-a com a pena aplicável à heteromutilação [secção 5 (1)].
Entre nós, PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 110) sugere que a negação, em sede de MGF, de eficácia justificativa ao consentimento da vítima (adulta) à heterolesão deveria ser acompanhada da preservação (jurídico-penal) da "liberdade da vítima contra quaisquer interferências de terceiro", através de um tipo paralelo ao do artigo 135.º.

[80] Efectivamente, o artigo 38.º, al. *a)*, da CI, reporta-se, inequivocamente, à heteromutilação genital e as respectivas als. *b)* e *c)*, referem-se, respectivamente, ao constrangimento ou ajuda a mulher para que se submeta a heteromutilação, e ao incitamento, constrangimento e ajuda a rapariga para que se submeta a heteromutilação.

executado pela própria vítima, por a esta faltar – em geral e *juris et de jure* – o discernimento necessário para entender o sentido e alcance do acto que pratica sobre si mesma, i.e., se for *menor de 16 anos* (artigos 38.º/3, 149.º/3, conjugados com a ausência, em sede de MGF, de norma paralela ao artigo 135.º/2[81]). Essa falta de discernimento assegura ao 'auxiliador' "um grau de domínio do facto superior ao d[a] executante" da automutilação, pois exerce sobre esta um "domínio da vontade em virtude da supradeterminação do sentido do facto". Com efeito, apenas o 'auxiliador' "pode configurar o sucesso no seu sentido" de desvalor, pois, não conseguindo a executante da automutilação "aceder a es[s]e sentido", também não intenta "opor a sua vontade" à do suposto auxiliador[82].

7. Constrangimento, incitamento ou auxílio à automutilação de mulher adulta

Na hipótese de *constrangimento de mulher adulta à automutilação*, colocando-a em situação paralela ao estado de necessidade desculpante, sob a aparência de uma autolesão, existirá uma autoria mediata de heteromutilação genital feminina, por instrumentalização da vítima à execução do facto (artigos 144.º-A/1 e 26.º/2.ª proposição).

O mero incitamento ou auxílio à automutilação genital de mulher adulta são comportamentos impunes, em virtude:

(i) Da atipicidade criminal da automutilação, face à CI (artigo 38.º) e ao Código Penal português, por parte de quem não pode deixar de considerar-se que possui o discernimento necessário para entender o significado e alcance do acto que pratica sobre si, apesar da indisponibilidade do bem jurídico relativamente a heterolesões (artigo 149.º/3);

(ii) Da ausência, em sede de MGF, de norma paralela ao artigo 135.º/1 destinada a punir toda a interferência de terceiros na livre disponibilidade do bem jurídico pelo seu próprio titular;

(iii) Da mera punição dos actos preparatórios relativamente à heteromutilação (artigo 144.º-A/2).

Também as duas últimas opções da lei penal portuguesa são conformes à CI, cujo artigo 41.º apenas impõe a criminalização da tentativa de heteromutilação e do incitamento e auxílio à heteromutilação, como evidencia a exclusiva remissão para a conduta prevista no artigo 38.º, al. *a)*. Desse modo, a CI pretendeu obstar à configuração do incitamento e auxílio à heteromutilação como crimes autónomos, relativamente aos quais se pudesse discutir a punição da participação (da participação) ou da tentativa (de participação).

---

[81] Que permite manter no campo da autolesão condutas que, segundo as regras gerais, seriam de autoria mediata de uma heterolesão.

[82] Neste sentido, ROXIN (*Tätershaft und Tatherrschaft*, cit., §23, II a) e b), pp. 239 e 241), a quem se devem as palavras colocadas entre aspas. O Autor conclui: "o mero auxílio fundamenta a autoria mediata quando a imaturidade penal do agente se baseia na falta de compreensão" do sentido do facto; a cooperação no suicídio de um menor penalmente inimputável conduz à autoria mediata de um homicídio. Esta última afirmação deve-se à inexistência no Código Penal alemão de disposição paralela ao nosso artigo 135.º/1, mas, sobretudo, 2.

8. Conclusões

Aqui chegados, as conclusões que se impõem são as seguintes:

(i) A indisponibilidade do aparelho genital feminino quanto a lesões de terceiro não obsta (evidentemente) à livre disponibilidade do bem jurídico pela respectiva titular, de 16 ou mais anos de idade (artigo 38.º/3, *a contrario sensu*), quando esteja em causa uma autolesão;

(ii) Tal indisponibilidade também não implica proibição jurídico-penal de interferência de terceiros (sob a forma de incitamento ou auxílio) na livre disponibilidade do aparelho genital feminino relativamente a autolesões, por parte da sua titular, desde que de idade igual ou superior a 16 anos. Contudo essa proibição já existe quanto a autolesões da vida (artigo 135.º/1). Nesta medida (correctamente) a tutela jurídico-penal do bem 'vida' – também indisponível face a heteroleões – é mais ampla e intensa do que a assegurada ao aparelho genital feminino;

(iii) A indisponibilidade do aparelho genital feminino face a lesões de terceiro não prejudica a relevância do livre consentimento prestado à heteromutilação por titular de idade igual ou superior a 16 anos (artigo 38.º/3), impedindo a configuração, como autor mediato, daquele que a instiga ou auxilia para esse efeito (mero cúmplice da heteromutilação);

(iv) A menoridade das vítimas da MGF até aos 18 anos de idade (artigo 3.º, al. *f)*, da CI) não intenta afastar esta forma de relevância do livre consentimento à heteromutilação por pessoa de idade igual ou superior a 16 anos. Assim ocorre, por imposição do disposto no artigo 38.º/3, *a contrario sensu* (não obstante o preceituado no artigo 149.º/3) e por respeito à configuração legal das diversas modalidades de autoria e participação (artigos 26.º, 27.º e 29.º);

(v) A tutela jurídico-penal do aparelho genital feminino revela-se mais intensa (e intransigente) do que a conferida ao bem 'vida' face a heterolesões, na medida em que o pedido sério, instante e expresso da mulher ou rapariga só pode relevar como causa de atenuação especial da pena prevista no artigo 144.º-A [cfr. artigo 72.º/2, al. *b)*], dada a recusa em prever, quanto à MGF, um qualquer tipo privilegiado (*cfr.* artigo 146.º).

II. A mutilação genital feminina como crime culturalmente motivado

1. Crime culturalmente motivado: conceito

Segundo o Preâmbulo da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural[83], "a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afectivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social

[83] Conferência Geral da UNESCO, Paris: 2.11.2001, disponível em http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf [10.08.2021].

e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os sistemas de valores, as tradições e as crenças".

A MGF constitui exemplo paradigmático de crime culturalmente motivado, pois a sua prática alicerça-se "num sistema poderoso e complexo de motivações culturais, que devem ser reconstruídas tendo em conta: i) o tipo de intervenção praticada; [e] ii) o grupo cultural de referência"[84].

Na definição de VAN BROECK[85], de que parte AUGUSTO SILVA DIAS[86], crime culturalmente motivado é o "facto praticado por um membro de uma minoria cultural, considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante", mas que, "dentro do grupo cultural do infractor, é tolerado ou aceite como comportamento normal, aprovado, promovido e incentivado na situação concreta".

Perante esta definição, AUGUSTO SILVA DIAS[87] logo sublinha que, "embora o sistema jurídico na sua totalidade esteja sociologicamente em sintonia com a cultura dominante e algumas das suas normas colham nela exclusivamente a sua razão de ser, ele não pode ser reduzido a essa dimensão". Assim sucede, "porque a pretensão de validade das normas jurídicas aponta em regra para um fundamento assente em estruturas normativas de feição universalista, como é o caso dos direitos humanos"[88].

---

[84] BASILE, Fabio, "Il reato di 'pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 24 (2013), (pp. 1-23) p. 10, disponível em https://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/3098 [10.08.2021]. O Autor define cultura, à luz das ciências humanas, designadamente da antropologia, como conjunto de "formas de viver e pensar colectivamente partilhadas".

[85] "Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)*"*, *European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice,* vol. 9 (2001) n.º 1, p. 5.

[86] *Crimes culturalmente motivados,* cit., pp. 16-17. Sobre este conceito, a justificação e a exculpação das acções culturalmente motivadas e a prova da motivação cultural, veja-se, ainda, do mesmo Autor: "Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais", in: AA.VV., *Emoções e Crime. Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal (Coord.: Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/ Paulo de Sousa Mendes*), (pp. 57-80) pp. 67-80); "O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências", in: AA.VV., *Multiculturalismo e Direito* Penal (Org.: Teresa Pizarro Beleza, Pedro Caeiro, Frederico de Lacerda da Costa Pinto), Coimbra: Almedina, 2014, (pp. 15-31) pp. 28-31.

[87] *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 16, n. 21.

[88] Próxima TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena ("La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado", *Cuadernos electrónicos de filosofia del derecho*, n.º 17, 2008, (pp. 1-21) pp. 13-14, disponível em https://www.researchgate.net/publication/28318082_La_mutilacion_genital_femenina_un_delito_culturalmente_condicionado [2.07.2021]), sustentando: "os conflitos derivados do multiculturalismo" devem resolver-se considerando o valor da dignidade pessoal como fundamento do ordenamento jurídico. À luz desse valor, "o respeito dos direitos humanos" constitui "o 'mínimo denominador comum' no tratamento da diferença entre pessoas e culturas, mínimo respaldado pelo consenso internacional que o torna irrenunciável em qualquer circunstância". O respeito pelos direitos humanos básicos perfila-se como "mínimo comum imprescindível à convivência pacífica" nas sociedades democráticas e, assim, como "limite ao relativismo cultural". Daí que "a incorporação de sistemas de valores diversos, procedentes de culturas diferentes", não possa legitimar "a violação de direitos humanos".

No que concerne ao conceito de crime culturalmente motivado, AUGUSTO SILVA DIAS[89] conclui: "para a caracterização de um crime como culturalmente motivado basta que a acção provoque um conflito normativo (...) em que a motivação cultural permaneça como um 'motivo-porque', não actualizado pelo agente nos fins da acção". Este conflito encerra: [i] "uma *dimensão cultural*, entre regras e valores da cultura dominante e da cultura minoritária, e [ii] uma *dimensão jurídica*, *maxime* jurídico-penal, na medida em que (...) uma norma jurídico-penal foi infringida pelo comportamento do agente".

Saber se o conflito foi ou não interiorizado pelo agente, não condiciona a caracterização do facto como crime culturalmente motivado, embora releve na "apreciação da responsabilidade criminal do agente". Efectivamente, nesta sede, importa determinar "se o facto culturalmente motivado foi praticado num contexto de conflito cultural interno ou externo, pois (...) não significa o mesmo que o forasteiro tenha actualizado o conflito e se tenha posicionado perante ele, ou que tenha agido ignorando a existência deste"[90].

Por detrás da primeira situação (actualização interna do conflito) tanto pode estar um crime por "convicção identitária do agente", como um crime que expressa "uma saída angustiada de um estado de inadaptação ou de exclusão social" que lhe não é imputável; já a segunda situação (não actualização do conflito) "pode reflectir uma atitude do agente respeitadora do Direito"[91].

2. Razões culturais para a prática da MGF

Nas sínteses de AUGUSTO SILVA DIAS[92] e ELENA TORRES FERNÁNDEZ[93], a MGF pode alicerçar-se em razões distintas[94]:

(i) *De índole sexual e reprodutiva*, como a crença de que melhora a fertilidade, ou aqueloutra, ligada aos "mitos andróginos", de que se o clítoris não for

[89] *Idem*, pp. 19-20.

[90] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 20.

[91] AUGUSTO SILVA DIAS, *idem*, p. 20 e 489. Atitude de respeito ao Direito evidenciada no comportamento do pai de Cadidjatu Baldé. Esta, em 2014, residia há 3 anos em Portugal e tinha 28 anos. Uma das avós tinha-a excisado no país de origem. Quando a MGF se tornou tema em Portugal, então, há pouco mais de uma década, o pai chamou-a a ela e às irmãs e pediu-lhes desculpa. "Disse que não sabia bem como era, que, se soubesse, nunca teria aceitado." Esta reacção evidencia o secretismo e o silêncio que rodeiam esta prática, tanto entre as mulheres que a realizam, como entre as que a ela são sujeitas. Este e outros relatos na primeira pessoa encontram-se em "Quando a tradição é um crime", VISÃO, 13.02.2014, disponível em https://visao.sapo.pt/sociedade/visaosolidaria/2014-02-13-quando-a-tradicao-e-um-crimef768518/ [2.07.2021].

[92] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 9-12; e *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 453-455.

[93] "La mutilación genital femenina: um delito culturalmente condicionado", cit., pp. 12-13.

[94] Outras apresentações dos motivos para a prática da MGF podem ver-se, por exemplo, em *Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Declaração conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS*, Organização Mundial de Saúde/Associação Portuguesa para o Planeamento da Família, 2008, pp. 7-9, disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43839/9789241596442_por.pdf;jsessionid=D85CF3BE04B2F36E60433C3495A4704C?sequence=3 [3.07.2021]); *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Mutilación genital femenina*, cit., 2014, p. 5; e *Female genital mutilation, "*Cultural and social factors for performing FGM", World Health Organization, 3.02.2020, disponível em https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation [3.07.2021].

cortado, poderá crescer desmesuradamente e, em consequência, "ferir ou matar o nascituro"[95], ser perigoso para o homem com quem a mulher se relaciona sexualmente[96], ou "tornar a mulher sexualmente obcecada"[97];

(ii) *De índole estética*, por se considerarem feios os genitais femininos havendo por isso que "cortá-los" (para corresponderem aos padrões de beleza feminina), ou por o clítoris ser visto como "uma parte masculina no corpo da mulher", impondo-se cortá-lo para "integrar a mulher na sua plena feminidade"[98]. Aqui se inserem os rituais comunitários de passagem do sexualmente neutro e híbrido (ao nascer a criança é andrógina) ao sexualmente definido, eliminando, nos rapazes, o prepúcio que neles simboliza o feminino, e, nas raparigas, o clítoris que nelas representa o masculino. Rituais que são também de aquisição do "estatuto de membro apto para o desempenho de funções sociais, principalmente casar e procriar"[99], pois "constitui grave pecado" ter relações sexuais com pessoa não circuncisada[100];

(iii) *De purificação*: a sujeição à MGF torna a rapariga ou mulher e a respectiva família mais dignas, honradas e respeitáveis[101];

(iv) *De passagem da idade infantil assexuada para a idade adulta sexuada*, passagem da qual dependem "as possibilidades de participação e incorporação efectivas na vida social" do grupo[102]. Assim, a MGF garante a sobrevivência da rapariga, ao mesmo tempo que fortalece a coesão do grupo a que pertence e assegura a sua continuidade, ameaçada por seres sexualmente híbridos e indiferenciados[103]. As mães e outros familiares acreditam que, "se não cuidarem da excisão" da rapariga, esta não conseguirá casar, será olhada como um "ser estranho", o que a condenará ao "isolamento social e psicológico". Por isso, mães e familiares encaram a MGF como um dever e um acto de amor e de protecção[104];

---

[95] AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 10; e *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 454.

[96] ELENA TORRES FERNÁNDEZ, *idem*, p. 12.

[97] AUGUSTO SILVA DIAS, *ibidem*.

[98] ELENA TORRES FERNÁNDEZ, "La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado", cit., p. 12.

[99] AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 10-11; e *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 454.

[100] SILVA, Artur Augusto, *Usos e costumes jurídicos dos mandingas*, *BCGP*, Vol. XXIII, n.os 91-92, 1968, p. 291, *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 454, n. 1289.

[101] ELENA TORRES FERNÁNDEZ, "La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado", cit., p. 12.

[102] ELENA TORRES FERNÁNDEZ, *ibidem*. A Autora reconhece que se trata de uma prática caracterizada "por uma marcada componente identitária de pertença ao grupo social", a qual "condiciona de modo inevitável a integração efectiva das mulheres no grupo e as suas expectativas de desenvolvimento pessoal".

[103] AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 11-12.

[104] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 454-455 e 488.

(v) *De controlo da sexualidade da mulher*, nas sociedades em que o prazer feminino não é permitido e a virgindade sobrevalorizada. A MGF destinar-se-ia a "assegurar a virgindade pré-marital"[105]. Tanto que, nos casos de infibulação, a cicatrização pós-excisão, fechando o acesso ao canal vaginal, funcionaria como um "selo de garantia" extra para os homens. Também se crê que a MGF garante e "fidelidade marital", ao reduzir a líbido das raparigas e mulheres[106] e, supostamente, aumentar o prazer sexual masculino[107].

Trata-se de uma prática, para a qual concorre "um misto de factores sócio-culturais dentro das famílias e comunidades"[108], mas que pouco ou nada tem de religioso. Aliás, nenhuns escritos religiosos impõem a MGF[109], sendo realizada indiferenciadamente por (algumas) comunidades cristãs, judaicas e muçulmanas[110]. MARIE-PIERRE ROBERT[111], depois de ter afirmado que a MGF "não é uma prática essencialmente religiosa, mas antes cultural ou tradicional", associada a "certas regiões geográficas", rejeita a sua qualificação como crime religioso, destinado a combater uma prática religiosa[112]. Todavia, a Autora reconhece que, não sendo um crime religioso, a MGF pode assumir para aqueles que a adoptam "uma significação religiosa", embora a sua incriminação não seja constitucionalmente problemática face ao direito à liberdade de religião e de culto, por visar proteger "a integridade física e sexual", bem como a "igualdade das raparigas".

---

[105] FREITAS, Pedro Miguel, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", in: AA.VV. *Igualdade de género. Velhos e novos desafios* (Coord. Patrícia Jerónimo), Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, (pp. 81-97), p. 84, disponível em https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/igualdade-genero-pt/ [5.07.2021].

[106] *Female genital mutilation, "*Cultural and social factors for performing FGM", World Health Organization, 2020.

[107] *Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Declaração conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS,* 2008, p. 8; PEDRO MIGUEL FREITAS, *ibidem*.

[108] *Female genital mutilation, "*Cultural and social factors for performing FGM", World Health Organization, 2020.

[109] *Female genital mutilation, "*Cultural and social factors for performing FGM", World Health Organization, 2020.

[110] *Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Declaração conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS,* 2008, pp. 8-9; MARIE-PIERRE ROBERT, "Des crimes religieux: aux confluents du droit pénal et de la liberté de religion", cit., p. 680; AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 10.

[111] *Idem*, pp. 680-681.

[112] Peremptório o Considerando 5 da Resolução do Parlamento Europeu sobre as mutilações genitais femininas (2001/2035(INI)), de 20 de setembro de 2001, disponível em https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5dd0b2f0-1a46-421c-8fc8-4c2e5040beb2/language-pt [11.08.2021]: "as razões apresentadas por muitas comunidades para manter as práticas tradicionais nocivas para a saúde das mulheres e das meninas não assentam em qualquer base científica nem têm qualquer origem ou justificação de carácter religioso".

3. Motivação cultural e autonomização do crime de MGF

Neste ponto, pretende relacionar-se as razões invocadas para a autonomização da MGF entre os crimes contra a integridade física – âmbito em que tal conduta já se inseria, antes da Lei n.º 83/2015, ao abrigo dos artigos 143.º e 144.º, als. *a)*[113], *b)* e/ou *d)*[114] – com as motivações para a sua prática, identificadas no anterior ponto 2. Tudo em ordem a determinar a *ratio* e o âmbito de protecção da nova incriminação, assim como os bens jurídicos que a mesma pretende tutelar, para, na terceira e última parte deste estudo, se tentar compreender (ou não) o disposto no artigo 149.º/3 e averiguar da sua legitimidade constitucional e compatibilidade com o sistema jurídico-penal no seu conjunto.

De forma paradigmática, CLARA SOTTOMAYOR[115] considera que a Convenção de Istambul impõe aos Estados a criminalização da mutilação genital feminina, enquanto "prática discriminatória das meninas e das mulheres, que resulta da visão destas como objectos, propriedade dos homens, cuja sexualidade deve ser controlada por estes". A Autora aponta a tipificação autónoma como "mais adequada ao conceito de violência de género" dirigida contra as mulheres (art. 3.º, al. *d)*, da CI)[116], pois esta assume "natureza estrutural", integrando "elementos históricos e culturais que lhe conferem o significado político e ideológico de mecanismo social pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens". CLARA SOTTOMAYOR entende que a autonomização da MGF é, ainda, mais adequada "à proteção do bem jurídico em causa", o qual abrangeria, "para além da integridade corporal ou física, também a integridade psíquica, mental e sexual das mulheres e meninas, e a liberdade de decisão sobre o seu corpo"[117]. Por outro lado, a tipificação

[113] AUGUSTO SILVA DIAS ("Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 18): "sobretudo nas modalidades de excisão propriamente dita e de infibulação, a mutilação priva a vítima de um órgão importante [para o] desempenho de uma função final do organismo: no caso a função sexual". Concordante, PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 105), admitindo que a MGF possa também colocar em perigo a vida da vítima em grande parte dos casos.

[114] ANTÓNIO BRITO NEVES ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., p. 130): designadamente nas modalidades mais gravosas (excisão e infibulação), a MGF traduz-se numa desfiguração grave e permanente de órgão importante, na afectação da capacidade de fruição sexual e/ou na provocação de perigo para a vida.

[115] "Assédio sexual nas ruas e no trabalho", cit., pp. 71-74.

[116] Próximo, ANTÓNIO BRITO NEVES (*ibidem*): o artigo 144.º-A tem o intento de combater a violência contra as mulheres, "no pressuposto de que as mulheres e raparigas estão expostas a maior risco de violência de género [do] que os homens e que esse risco se concretiza efectivamente com muito maior frequência em relação [àquelas] do que em relação a homens e rapazes".

[117] Se bem se vê, a integridade psíquica, mental, sexual e a liberdade de decisão sobre o corpo constituem manifestações do bem jurídico da integridade física e autodeterminação do seu titular relativamente ao mesmo bem. Se assim for, afinal, o bem jurídico protegido pela incriminação da MGF não se distinguiria do tutelado pelos demais crimes de lesão contra a integridade física, tornando ainda mais difícil explicar e compreender a autonomização da MGF e do respectivo regime punitivo (punição dos actos preparatórios; submissão de todas as modalidades de MGF, independentemente dos seus efeitos, à moldura penal das ofensas graves à integridade física; total irrelevância do consentimento da mulher; e exclusão da possibilidade de privilegiamento pelas motivações referidas no artigo 133.º, *ex vi* artigo 146.º).

autónoma da MGF prosseguiria "importantes objectivos de prevenção geral, associados ao simbolismo do Direito Penal", chamando a atenção para "o valor do bem jurídico em causa e para o género feminino da vítima", em ordem a aumentar a "consciência social [do] carácter ilícito destas práticas enquanto violação dos direitos humanos das mulheres".

FABIO BASILE[118] sublinha: "a estigmatização clara – mesmo por vezes brutal – da ilicitude penal da MGF" talvez proporcione "a muitas mães e jovens raparigas uma âncora (...) para se rebelarem contra o imperativo da sua cultura de origem (...) [permitindo-lhes] assim salvar as filhas ou elas próprias" de intervenções prejudiciais nos órgãos genitais femininos.

Por seu turno, a favor da autonomização do crime de MGF, PAULA RIBEIRO DE FARIA[119] invoca: (i) a especificidade do bem jurídico protegido (não apenas "a integridade corpórea da vítima, mas também a sua liberdade sexual e a sua igualdade perante os homens do mesmo grupo social"[120]); (ii) a necessidade de interiorização da gravidade da conduta "por parte dos agentes e da coletividade"; e (iii) o objectivo de intensificar a eficácia dissuasora (i.e., de prevenção geral negativa) da norma penal[121]. A Autora concorda com a inserção sistemática da nova incriminação entre os crimes contra a integridade física, dada a "tendencial similitude" dos bens jurídicos tutelados, apesar da "maior abrangência do âmbito de protecção da norma do artigo 144.º-A"; e reputa de "tendencialmente correta e equilibrada" a moldura penal fixada para a MGF. Com efeito, esclarece PAULA RIBEIRO DE FARIA[122], o artigo 144.º-A descreve "um 'facto' diferente (...) das ofensas corporais, (...) uma outra ilicitude", à

[118] "Il reato di 'pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza", cit., pp. 19-20.

[119] "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 105-106.

[120] Próximo, MÁRIO F. MONTE ("Mutilação genital, perseguição (Stalking) e casamento forçado", cit., pp. 75-76 e n. 2): tendo em conta a inserção sistemática e a formulação típica, "o legislador não se desligou da tipicidade contra a integridade física", embora o objecto da conduta se limite ao aparelho genital feminino; "o bem jurídico só pode ser a *integridade física,* mental, psíquica e *sexual* da vítima, *compreendida aqui a violação da igualdade*" (itálico acrescentado). Portanto, a igualdade seria mediatamente protegida, por via da tutela da integridade físico-sexual.

A mesma ideia parece subjazer à posição de GARCÍA SEDANO, Tania ("Mutilación genital", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* n.º 13, octubre 2017 – marzo 2018, (pp. 293-306) pp. 300-301). A Autora sustenta que o bem jurídico protegido é "a integridade corporal, a saúde física e mental de uma pessoa", em sintonia com a opção do Código Penal espanhol (artigo 149/2) de inserir a mutilação genital *de outrem,* independentemente do sexo, entre os crimes de *lesiones*. Apesar disso, TANIA GARCÍA SEDANO considera que o preceito tipifica "condutas aberrantes que prejudicam seriamente a dignidade da pessoa, sob pretexto de um ritual iniciático, relegando a mulher a puro instrumento do homem quando mantém relações sexuais", *assim tomando a parte pelo todo*.

[121] MÁRIO F. MONTE (*idem*, pp. 76 e 83) sublinha este aspecto: mais do que a prevenção geral de tutela de bens jurídicos (já de algum modo protegidos por outras incriminações), a tipificação autónoma visou "chamar a atenção para estes fenómenos e sobre eles lançar um maior efeito dissuasor". Desse modo, o legislador impediu que as condutas em causa "se diluíssem num tipo mais aberto e vago"; criou um "crime de ofensa à integridade física (psíquica e mental sexual) especialmente grave", mas "não necessariamente qualificado", "para poder, em seguida, aumentar a [específica] censura jurídico-penal nestas situações".

[122] "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 117.

qual "corresponderá uma censura própria e específica que pode – ou não – ser agravada nos termos do n.º 1, alíneas *b)* e *c)*, do art. 145.º". Segundo a Autora, o específico conteúdo de ilicitude e de culpa da MGF residiria no seu "cunho de tortura e discriminação", no seu peculiar sentido "enquanto instrumento de diminuição de género e de desigualdade" e forma de "legitimação de uma ordem sexual fundada na diferenciação sexual extrema e na necessidade de subjugar violentamente o sexo feminino potencialmente subversivo"[123].

Se assim fosse, então, deveria proceder-se a uma *redução teleológica do artigo 144.º-A*, de modo a excluir da sua *ratio* e do seu âmbito de protecção, bem como do seu "musculado" regime punitivo, todas as situações referidas no ponto anterior em que a *mutilação* (circuncisão masculina e clitoridectomia) é indiferenciada e sistematicamente praticada em rapazes e raparigas, por se tratar de ritual comunitário de passagem do sexualmente neutro e híbrido (ao nascer a criança é andrógina) ao sexualmente definido, e/ou de passagem da idade infantil assexuada para a idade adulta sexuada[124]. Mas não só destes casos. Também não corresponderiam a "verdadeiras mutilações genitais" a colocação de um *piercing* no clítoris, a realização de uma tatuagem nos genitais femininos ou o reposicionamento do clítoris por alegadas razões estéticas. Tendo em conta o sentido social destes factos e o dolo do agente ("de ofensas corporais e não de mutilação"), não poderia falar-se de "tortura" ou "discriminação". Logo, tais condutas deveriam ser tratadas como ofensas simples ou graves à integridade física, ou, até, como intervenções médicas[125], "adquirindo relevância o bem-estar

[123] PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem,* pp. 114, e n. 26, 117 e 124. De notar que o artigo 583-bis/2.º parágrafo do CP italiano exige, para os casos diversos da clitoridectomia, excisão, infibulação e qualquer outra prática que provoque efeitos do mesmo tipo (previstos no 1.º parágrafo), que o agente lese os órgãos genitais femininos com "o fim de mutilar as funções sexuais". Ou seja, a tipicidade depende da realização de actos "concretamente adequados", em função do tipo ou da natureza de intervenção e das concretas motivações do agente (não exclusivamente interpretadas à luz das representações do julgador), a "prejudicar as funções sexuais da pessoa ofendida", a "alterar, de um ponto de vista físico, as funções sexuais da mulher (...), comprometendo o desejo ou a praticabilidade do acto sexual" – FABIO BASILE, "Il reato di 'pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza", cit., pp. 11-13.

[124] Já se deu conta de que esta verificação leva autores como Richard SHWEDER, ("What about female genital mutilation?" and why understanding culture matters in the first place", cit., pp. 226-227) a contestar que na MGF se trate necessariamente de uma prática expressiva do domínio patriarcal.
DUSTIN, Moira ("Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", *European Journal of Women's Studies*, vol. 17 (2010), n.º 1, (pp. 7-23) p. 12) confronta a MGF (habitualmente *carried out on children below the age of legal or reasoned consent*) com as intervenções cirúrgicas efectuadas por médicos em crianças inter-sexuadas, nos seguintes termos: *in western countries, surgery has been carried out on perfectly healthy children without consent – sometimes without parental consent – in cases that are termed 'intersex': where a baby's genitalia are 'ambiguous' in terms of sex, it has been common for medical practitioners to determine the sex of the child and operate to make that determination a reality (Chase, 2002; Meyers, 2000: 472). In both intersex and FGM/C cases, a young child's healthy tissue is being removed or altered to make the child sexually 'normal' in the eyes of its culture.*

[125] PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 121, n. 34) dá, como exemplo de uma intervenção médica sobre o aparelho genital feminino, a extracção do clítoris e a modificação dos órgãos genitais, antes da operação de mudança definitiva de sexo, de uma mulher que se identifica em termos psicossomáticos como homem.

psíquico da vítima" e o consentimento por esta prestado, com o consequente retorno ao regime geral dos artigos 38.º, 146.º, 149.º/1 e 2 e 150.º/1[126].

Porém, esta redução teleológica da incriminação autónoma da MGF contraria frontalmente o tipo legal e a *ratio* do artigo 144.º-A/1, que se consubstanciam na proibição de "qualquer prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas"[127]. Também nesta sede (para além da já referida opção de punir os actos preparatórios da MGF), o Código Penal português foi mais longe do que o imposto pelo artigo 38.º da CI, incriminando todas as modalidades de MGF segundo a classificação da OMS[128], incluindo as de tipo Ia (remoção total ou parcial do prepúcio do clítoris[129]) e de tipo IV ("todos os demais procedimentos lesivos dos genitais

[126] PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, pp. 106, 120-121 e 123.

[127] Justamente por esta razão tratar-se-ia de uma redução teleológica da incriminação, destinada a aproximar o (muito mais amplo) tipo legal, do (bem mais restrito) tipo sócio-cultural da MGF ("condutas e práticas [com] o cunho da tortura e da discriminação" de mulheres e raparigas), em ordem a assegurar a "coerência interna do próprio Código Penal" (PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, pp. 106 e 120-121) face ao regime punitivo geral das ofensas à integridade física. Não se estaria perante uma interpretação restritiva do texto legal em ordem a adequá-lo a uma supostamente mais estreita *mens legislatoris*. Referindo-se, porém, a uma interpretação restritiva exigida pelo "espírito da norma", PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 87.
No sentido do texto, de que uma redução do âmbito de aplicação do artigo 144.º, seria desde logo "de legitimidade duvidosa face à forma como o legislador formulou a incriminação", à proibição absoluta de intervenções não médicas no aparelho genital feminino e à "equiparação [das] várias práticas que integram a mutilação genital feminina", PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 121). Todavia, a Autoria (p. 123) acaba por defender a necessidade de "uma interpretação e valoração (...) do sentido da lesão concreta por parte do juiz e do Ministério Público", de modo a permitir "que, onde não se trate de verdadeira mutilação genital, seja possível a justificação [por consentimento da ofendida] atendendo ao significado do facto, ao grau de autonomia exercida pela titular do bem jurídico, à intensidade da lesão e ao sentido concreto do dolo do agente".

[128] Cfr. *Eliminação da mutilação genital feminina. Declaração conjunta*, 2008, cit., p. 6; *WHO – Female genital mutilation*, 3.02.2020.

[129] Lesões estas que CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA ("Mutilação genital feminina", in: *Convenção de Istambul. Notas sobre os projetos legislativos*, FDUL/IDPCC, 2015, disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c32597a4d545a6a5a44466d4c5446684e6a6b744e47566c5a5331684e6a41334c54597a5a444e6b5a444a6c4d4467324e6935775a47593d&fich=f316cd1f-1a69-4eee-a607-63d3dd2e0866.pdf&Inline=true [8.07.2021]) pretende que sejam afastadas do crime de MGF e tratadas em paralelo com circuncisão masculina.
Contra, PAULA RIBEIRO DE FARIA (*idem*, pp. 112-113): face à política criminal de "tolerância zero" para com todas as práticas de MGF, não pode defender-se "a lógica da quantidade da lesão para afastar a tipicidade da conduta". Lapidar PEDRO MIGUEL FREITAS ("Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 87): a proibição legal de "qualquer conduta lesiva do aparelho genital feminino, a não ser por razões médicas", obsta à invocação do "princípio da insignificância ou da bagatela e [à] desconsideração [como MGF] de comportamentos de lesividade diminuta".
De outra opinião, mas apenas como eventual hipótese para salvaguardar o artigo 144.º-A e o regime punitivo da MGF da inconstitucionalidade material por violação do princípio da igualdade, quando confrontada com a circuncisão masculina, ANTÓNIO BRITO NEVES ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., p. 137). Efectivamente, também o Autor propõe um regime de punibilidade idêntico para a circuncisão ritual masculina e para o ritual da MGF, à luz dos princípios da igualdade e da "carência de protecção dos bens jurídicos envolvidos".

femininos por razões não médicas, como a punção, perfuração, incisão, raspagem/escarificação e cauterização"). Em contrapartida, o artigo 38.º da CI somente impõe aos Estados a criminalização da excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da *labia majora*, da *labia minora* ou do clítoris de uma mulher ou rapariga. Por seu turno, o §199 do Relatório Explicativo da CI esclarece: *The term "excising" refers to the partial or total removal of the clitoris and the labia majora* [tipo II]. *"Infibulating"* [tipo III]*, on the other hand, covers the closure of the labia majora by partially sewing together the outer lips of the vulva in order to narrow the vaginal opening. The term "performing any other mutilation" refers to all other physical alterations of the female genitals*.

Portanto, a CI só considera MGF as práticas que impliquem alterações físicas dos órgãos genitais femininos externos[130]. O que não sucede com o tipo Ia (remoção total o parcial do prepúcio que reveste o clítoris) e com alguns comportamentos incluídos no tipo IV da classificação da OMS (*v.g.* "introdução de substâncias na vagina para provocar hemorragias ou de ervas para estreitar ou tonificar o canal vaginal"), posto que não determinem uma alteração anatómica definitiva[131].

Além disso, bem nota PEDRO MIGUEL FREITAS[132], a tentativa de identificar e *delimitar a MGF através do significado simbólico do contexto em que é praticada*

[130] O mesmo fazem, aliás, a secção 1 do *Female Genital Mutilation Act 2003* no Reino Unido (*A person is guilty of an offence if he excises, infibulates or otherwise mutilates the whole or any part of a girl's labia majora, labia minora or clitoris*); o artigo 222-9 do CP francês (*Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende*); o artigo 383-bis do CP italiano *([S]i intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo*); o §226-a (1) do CP alemão (*Wer die äußeren Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft*); e o artigo 149/2 do CP espanhol (*El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años*).

[131] Assim, PEDRO MIGUEL FREITAS (*idem*, pp. 85-87 e 89), criticando o artigo 144.º-A pela "fluidez de conceitos e categorias", dificilmente compatível com "a exigência de determinabilidade e precisão [na] descrição da matéria proibida", e pela excessiva amplitude da descrição típica, permitindo nela enquadrar "condutas tidas correntemente como legais" (*v.g.* "operações estéticas de corte dos lábios genitais, *piercings* ou reconstituição do hímen").
Também TANIA GARCÍA SEDANO ("Mutilación genital", cit., p. 302) critica o artigo 149/2 do CP español pelo uso da fórmula "*mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones"*, por se tratar de "conceito jurídico indeterminado", a preencher recorrendo às modalidades de MGF descritas pela OMS, mas reconhecendo que as de tipo IV são as que mais dúvidas suscitam quanto à respectiva inclusão naquele preceito.
M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 3) aponta ao tipo IV da definição da OMS a sua excessiva amplitude, geradora de problemas de aplicação, porque, *literally understood, it would include cosmetic interventions such as genital piercing and genitoplasty that are broadly spread in Western cosmetic clinics, while the WHO only aimed at referring to ritual (read: Other's) interventions [on female genitalia] only*. Por isso, a Autora interpreta a ausência de uma ampla discussão sobre *se* e *em que medida* as intervenções cosméticas ocidentais nos genitais femininos se incluem no tipo IV da MGF, como *confirming the suspect of cultural biases carried by a purportedly medical-based approach.*

[132] "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., pp. 89 e 95.

(expressão de "uma visão machista, misógina, de menorização da mulher e de afirmação e agudização de assimetrias sociais, culturais e económicas entre homens e mulheres") implica violar o princípio da igualdade. Estar-se-á a tratar diferentemente, de um lado, a mulher europeia que decide realizar uma intervenção alegadamente estética nos seus genitais (*v.g.* redução dos lábios, remoção de zonas de pigmentação, reposicionamento do clítoris[133]), sem sequer equacionar se tal intervenção "simboliza um controlo masculino e um abuso do corpo da mulher e da sua sexualidade"[134]; e, de outro, a mulher africana que solicita ou aceita submeter-se a tais práticas por razões sócio-culturais ou religiosas[135]. Admite-se, sem questionar, a relevância de supostas razões estéticas

[133] Exemplos de PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 119. Outros exemplos são dados por PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., pp. 89 e 97.

[134] Expressão de MOIRA DUSTIN, "Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 12). A Autora, perante as similaridades entre a circuncisão masculina e feminina (*both are often done to children too young to make a decision to have the surgery and both can be seen as an infringement of bodily integrity that is likely to reduce sexual pleasure*), interroga-se sobre a pouca atenção dada às campanhas contra a circuncisão masculina por confronto com a suscitada pelas campanhas contra a circuncisão feminina. Conclui que esta diferença se explica pelo simbolismo de cada prática: *Male circumcision is perceived as a religious requirement for Jewish and Muslim boys, associated with cleanliness, the naming of the child and religious identity. In contrast, (...) FGM/C symbolizes male control and abuse of women's bodies and their sexuality, and is the ultimate manifestation of misogyny*.
No que concerne às intervenções cosméticas amplamente publicitadas e realizadas no Ocidente, MOIRA DUSTIN escreve: *Like FGM/C, [breast enhancement, [genital] labial reduction and 'trimming'] are therapeutically unnecessary surgeries carried out with the intention of making women fit a cultural norm. Which, if any, of these practices one finds shocking depends on one's perspective*. E conclui (p. 13): *if there is a single factor that distinguishes FGM/C from practices or surgical interventions tolerated in the West, the answer is the attribution of a cultural imperative. FGM/C is perceived as beyond the pale because it is carried out for 'cultural' reasons, while male circumcision is carried out for religious reasons and cosmetic surgery is carried out by women to make themselves more attractive.*
Veja-se PAULA RIBEIRO DE FARIA (*idem*, pp. 118-120 e 123) sobre a questão de saber quais são as intervenções na área genital, inclusive por razões estéticas, cuja não realização, podendo determinar um perigo para a saúde psíquica da mulher, permite classificar a sua efectivação como atípica intervenção médico-cirúrgica (artigo 150.º/1), ou, pelo menos, como ofensa à integridade física porventura justificada pelo livre consentimento da mulher, sempre que "não se apresentem de forma óbvia e evidente como mutilação ou como efeito de imposição cultural e religiosa de um grupo sobre ela". Com alguma razão a Autora afasta a primeira solução, por entender que abre a porta a uma *avaliação diferenciada do prejuízo psíquico em função da "origem étnica e sociocultural da mulher", violadora do princípio da igualdade*, pronunciando-se a favor da segunda.
A verdade, porém, é que a leitura conjugada dos artigos 144.º-A/1 e 149.º/3 parece afastar liminarmente a segunda solução, deixando subsistir somente a primeira: intervenções médicas nos genitais femininos só por razões inequivocamente curativas e enquanto indubitáveis tratamentos médico-cirúrgicos (artigo 150.º/1), independentemente da origem étnica e sócio-cultural da mulher.

[135] Lapidar, M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 1): no caso de intervenções alegadamente estéticas nos órgãos genitais femininos, *[c]ultural reasons, societal constraints, and the possible internalization of patriarchal structures [patriarchal ideal of femininity] are immaterial to define consent as a sufficient legal justification. Informed consent, and its problematic evaluation, appears to be the crucial discriminating element to distinguish between lawful and outlawed interventions.* Em contrapartida, *[r]itual interventions on female genitalia are assumed to be barbaric traditions imposed on female bodies within patriarchal communities that are brought along in the migratory context. This assumption, which has been scarcely discussed or questioned,* (...) *portraits both minors and adult women as victims of backlash culture, while rituals*

invocadas pela mulher ocidental e condena-se à total irrelevância as motivações culturais ou religiosas assumidas pela mulher africana, naquilo que constitui um inequívoco "*standard* duplo"[136]conducente à discriminação entre culturas (a ocidental e "as outras") e à discriminação entre mulheres em função da respectiva origem étnica e sócio-cultural ou do respectivo "contexto sociogeográfico"[137].

Outras vias de delimitação da "verdadeira mutilação" das demais intervenções no aparelho genital feminino, a tratar como ofensas à integridade física, seriam, por um lado, a consideração da "*gravidade da lesão*", e, por outro, "a *natureza e relevância das pressões religiosas e culturais*"[138].

A primeira via é inoperativa, dada a equiparação típica de todas as modalidades de MGF, independentemente do respectivo tipo e efeitos. O legislador português optou por sujeitar todas as práticas de MGF à moldura penal cominada para as ofensas graves à integridade física (prisão de 2 a 10 anos) e por só admitir a respectiva agravação pelo resultado morte, e não pelo resultado ofensa grave à integridade física (artigo 147.º). Opção que se compreende, tendo em conta a multiplicidade indeterminada e indeterminável das consequências da MGF, tanto as imediatas como as de longo prazo, as quais dependem do tipo de MGF e das condições em que esta é realizada[139].

Entre os efeitos imediatos estão: dor intensa, choque emocional, hemorragias, infecções, lesões dos tecidos genitais vizinhos, ulceração da região genital, dificuldades em urinar e defecar, ou morte. Os efeitos a longo prazo são: dores e infecções urinárias crónicas; diminuição do prazer sexual, por vezes, ao ponto da anorgasmia; relações sexuais dolorosas; problemas urinários (*v.g.* incontinência); infertilidade; complicações no parto e aumento da mortalidade materno-infantil; stress pós-traumático, ansiedade, depressão, baixa auto-estima e perda de memória[140].

---

performed on male genitalia are rarely called into question (...). *On this basis, consent of adult women is deemed as invalid. Women's choices in traditional and patriarchal societies are assumed to be culturally conditioned, and therefore not free or informed (Nussbaum 1999).*

[136] PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 97. Paradigmática, uma vez mais, M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 4.1): *An unbiased application of equality and non-discrimination principle would require an equal legal consideration of cosmetic and ritual interventions on female genitalia performed on adult consenting women, irrespectively of their culture or race. Altering the genitalia of adults for cosmetic or rituals reasons should be regarded as mutilation in either cases or none (LaBarbera 2010; 2009b)*.

[137] PEDRO MIGUEL FREITAS, *idem*, p. 88. Chamam igualmente a atenção para este aspecto, MOIRA DUSTIN, "Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 11; e PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 120.

[138] PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 89.

[139] PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 84. TANIA GARCÍA SEDANO ("Mutilación genital", cit., 302) dá conta da utilização no corte de instrumentos rudimentares, como vidros, pedaços de metal, navalhas, tesouras, sem assepsia nem anestesia, e da cobertura da ferida com plantas ou outros unguentos que se acredita terem virtudes medicinais.

[140] Cfr. Anexo 5, *Eliminação da mutilação genital feminina. Declaração conjunta*, 2008, pp. 38-40; WHO – *Female genital mutilation*, 3.02.2020; TANIA GARCÍA SEDANO, "Mutilación genital", cit., pp. 302-303.

A última via de delimitação da "verdadeira" MGF reporta-se à "natureza e [ir]relevância das pressões religiosas e culturais". Quando se opta por este trilho, somos confrontados com um outro "*standard* duplo", agora de discriminação entre homens e mulheres. Se se tratar da remoção do prepúcio (circuncisão masculina) ou da alteração anatómica dos genitais masculinos, "passam a valer considerações religiosas ou culturais e é reconhecida autonomia e liberdade decisória" ao homem[141]. Motivações e pressões religiosas e étnico-culturais de conteúdo e intensidade por vezes idênticos àquelas cuja consideração é banida da MGF[142], e cuja simples existência (ainda que apenas presumida) leva a negar à mulher (de certa origem étnico-cultural) toda a autonomia e liberdade de decisão relativamente ao seu aparelho genital. Por isso, tem toda a razão MOIRA DUSTIN[143] ao propor a aplicação *of consistent principles of choice and the recognition of all non-therapeutic bodily modifications as 'cultural'.*

A razão assiste igualmente a PAULA RIBEIRO DE FARIA[144] ao sublinhar que a assimetria das regras aplicáveis a formas similares de mutilação genital masculina e de MGF[145] contradiz a própria "opção política e valorativa", subjacente ao artigo

[141] PEDRO MIGUEL FREITAS, *idem*, pp. 95 e 97. Atente-se ainda na exposição que o Autor faz, a pp. 91-95, de alguns casos de circuncisão masculina, realizada por motivos religiosos e culturais em bebés rapazes a pedido dos progenitores; casos que foram julgados por tribunais alemães e finlandeses e nos quais se consideraram relevantes tais motivações.

[142] Tome-se o exemplo, dado por PEDRO MIGUEL FREITAS ("Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., pp. 96-97) da subincisão peniana: corte feito ao longo do pénis até ao orifício da uretra, expondo esta. Trata-se de uma prática de algumas comunidades aborígenes, vista, ora como requisito para que os homens possam casar ou assumir posições de poder na comunidade; ora como "tentativa de combinação imagética dos genitais masculinos e femininos"; ora como imitação dos genitais do canguru; ora associada à crença nos poderes mágicos do sangue de um pénis sujeito a subincisão ("menstruação do homem").

[143] "Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 20.

[144] "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 122-124.

[145] Num paralelo curioso M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 3) equipara *todo o tipo I da MGF na classificação da OMS* (remoção do prepúcio do clítoris ou ablação parcial do clítoris) *à circuncisão ritual masculina e à redução por laser do prepúcio por alegadas razões estéticas*. A Autora estabelece, ainda, um paralelo entre a MGF de tipo II, conhecida como *"excisão" ou "clitoridectomia"* (remoção dos pequenos lábios; parcial ou total remoção do clítoris e dos pequenos lábios, ou também dos grandes lábios), *e o rejuvenescimento vaginal por laser*, que implica a redução dos pequenos lábios.
Quanto à MGF de tipo III (infibulação), M. CATERINA LA BARBERA reconhece que se trata da intervenção mais invasiva, geradora de riscos muito graves para a saúde das raparigas e mulheres. Apesar de as mulheres infibuladas representarem menos de 10% do total da população sujeita a intervenções rituais nos genitais, os activistas anti-MGF enganosamente associam os riscos inerentes à infibulação a qualquer intervenção ritual nos genitais femininos. Próxima MOIRA DUSTIN "Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 8): *Campaigns to eradicate FGM/C have often ignored this diversity, and treated FGM/C as a single procedure – usually the more extreme infibulation – in all its manifestations.*
No que concerne à MGF de tipo IV, M. CATERINA LA BARBERA assinala: a OMS, ao referir-se a "quaisquer outras intervenções nos órgãos genitais femininos por razões não médicas", apenas tinha em vista qualquer tradição cultural de modificação genital feminina não abrangida pelos tipos anteriores; portanto, *visava apenas as intervenções rituais e não também as cosméticas*. O que, no seu entender, resultaria do uso da expressão "outra", sugerindo assim uma *equiparação (cultural) às tipologias anteriores.*

144.º-A, de asseguramento da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, pois menoriza as opções da mulher (embora apenas da mulher "não ocidental"), "transmitindo-se a ideia de que está presente uma 'falsa consciência' da sua parte sempre que consente em lesões do seu aparelho genital por razões não médicas"[146].

Por seu turno, PEDRO MIGUEL FREITAS[147] alerta: a negação de que a MGF e a circuncisão masculina possam ter, em certos casos, "algum grau de similitude ignora (...) a natureza poliédrica de cada um dos fenómenos", incompatível com uma "postura monolítica (...) [nesta] matéria"[148]. Aliás, adverte, "rejeitar a MGF não significa esquecer que as alterações genitais masculinas e femininas assumem tipologias múltiplas e decorrem de inúmeras razões e tradições culturais". O Autor propõe mesmo que, em termos científicos, éticos e jurídicos, se debata a "(i)legalidade da circuncisão, tendo como pano de fundo o crime de mutilação genital feminina".

Em vez de uma separação radical de regimes da mutilação genital feminina e masculina, como aquela que existe entre nós, PEDRO MIGUEL FREITAS parece sugerir (embora implicitamente) a submissão de ambas ao mesmo tratamento jurídico-penal[149]. O que, acrescenta-se, implicaria considerar *in casu* a idade da vítima, o tipo e a gravidade da lesão, as condições médicas e/ou sanitárias em que a mutilação

---

Porém, se, com MOIRA DUSTIN, se reconhecer que todas as modificações corporais não terapêuticas são culturais, incluindo as estéticas, a afirmação de M. CATERINA LA BARBERA serve apenas o propósito de sublinhar que a OMS (e na sua linha a CI) apenas têm em vista as intervenções rituais nos genitais femininos, e não amplamente toda e qualquer "prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas" (cfr. artigo 144.º-A/1), incluindo as intervenções cosméticas.

[146] No mesmo sentido: MOIRA DUSTIN ("Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 11): *The vocabulary of FGM/C discussions plays a significant role in reinforcing this polarization between 'us' – women who make choices and are part of the modern world – and 'them' – victims of an oppressive culture*.

[147] "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., pp. 95-96.

[148] Elucidativo o exemplo que o Autor dá, a p. 96, da prática do *Metzitzah b'peh* numa comunidade judaica ultra-ortodoxa, em que o *mohel* retirava o prepúcio do bebé e limpava a ferida succionando o sangue. Em consequência, várias crianças foram infectadas com o vírus do herpes simples (HSV), a quase totalidade delas teve de ser hospitalizada e algumas morreram. Está-se perante um caso de circuncisão masculina "indubitavelmente grave", ante o risco de infecção, de danos cerebrais ou mesmo de morte da criança.

[149] Da mesma opinião, MOIRA DUSTIN ("Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 30) e, entre nós, ANTÓNIO BRITO NEVES ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., pp. 136-137).
Também M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 4.1) sublinha, com acutilância: as leis anti-MGF, ao referir-se à violência de género e somente aos genitais femininos evidenciam que "'género' é usado como sinónimo de 'mulher'" e que "a noção de 'violência baseada no género' é exclusivamente construída como violência contra as mulheres". Contudo, as estruturas sociais *shape women's and men's bodies, options, behaviors, choices, and desire within complex matrixes of subordination where race, class, sexuality, and geo-political locationality also matters. Indeed, not only women have a gender, also men do. Not only women's role and expectations are socially constructed, also men's are. By virtue of equality and non-discrimination principle, also ritual male infant circumcision should be included under the same category. Altering genitalia of girls and boys should be considered as mutilation in either cases or none.* Próximo RICHARD A. SCHWEDER ("'What about Female Genital Mutilation'?", cit., p. 248): *the question of toleration versus eradication of other people's valued way of life is not just a women's issue.*

genital (masculina ou feminina) foi realizada, a valoração ético-afectiva dos motivos que a determinaram e a pressão sócio-cultural ou religiosa exercida sobre a vítima e/ou os agentes do facto.

Este, aliás, o caminho trilhado pelo artigo 222-9 do CP francês, que se refere à provocação de uma mutilação ou enfermidade permanente noutrem, sem identificar a vítima com o sexo feminino. O mesmo faz, como se viu, o artigo 149/2 do CP espanhol, aludindo à causação noutra pessoa de mutilação genital em qualquer das suas formas. Também o §85/2, al. *a)*, do Código Penal austríaco[150], incrimina a mutilação ou outra lesão dos órgãos genitais que seja adequada a provocar um efeito de duradouro de diminuição da sensibilidade sexual, sem limitar a vítima a pessoa do sexo feminino.

4. Tipo legal da MGF e inexistência de razões (efectivas) para a autonomização do respectivo regime punitivo

Como se viu, as razões invocadas para a autonomização do crime de MGF prendem-se, essencialmente, com (i) a indeterminabilidade dos riscos para a integridade física, a saúde física e psíquica, e até para a vida, implicados nessa prática, em regra realizada em péssimas ou inexistentes condições médico-sanitárias; e (ii) um contexto sócio-cultural e simbólico de menorização, subalternização, "coisificação" ou instrumentalização das raparigas e mulheres à satisfação da sexualidade masculina, e de controlo e subjugação violentos da sexualidade feminina, por parte dos homens do mesmo grupo étnico.

Se, por um lado, são inegáveis e insuportáveis os (indeterminados e indetermináveis) riscos envolvidos no modo tradicional de realização da MGF, a verdade é que riscos graves, com idêntica característica de indeterminabilidade, poderão estar também presentes em certos tipos e/ou condições de efectivação de intervenções rituais sobre os genitais masculinos. O aponta para a *ilegitimidade, à luz do princípio da igualdade efectiva entre homens e mulheres, de um tratamento diferenciado da mutilação sexual feminina face à mutilação sexual masculina*. Tratamento diferenciado que se manifesta, dupla e contraditoriamente. À uma, na negação à mutilação sexual masculina de um merecimento criminal idêntico ao da MGF, quando se justificaria, porventura, a submissão de ambas a uma pena idêntica e mais grave do que a cominada para as ofensas simples à integridade física. À outra, no reconhecimento ao homem adulto, independentemente da sua origem étnico-cultural e/ou sócio-geográfica e da sua religião, de liberdade de decisão relativamente aos seus órgãos sexuais; a mesma liberdade que, porém, se nega às mulheres, inclusive do mesmo grupo étnico-cultural ou religioso. O que, contra todas as expectativas, redunda numa menorização e discriminação negativa da mulher face ao homem[151].

[150] Disponível em https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/44/Austria/show [12.08.2021].

[151] Chamam igualmente a atenção para este aspecto PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 122 e 124); e M. CATERINA LA BARBERA ("Ban

Por outro lado, quando se fundamenta a tipificação autónoma no referido contexto sócio-cultural e simbólico que caracteriza o tipo social da MGF – indubitavelmente o único visado pela CI (cfr. artigos 1.º/1, al. *b*), 3.º, als. *a)*, *c)* e *d)*, 4.º, 6.º, 12.º/1, 4 e 5, 13.º-15.º, 38.º e 42.º/1)[152] – somos confrontados com outro "*standard* duplo", agora o de *discriminação entre culturas (a ocidental e as "outras") e entre mulheres (as europeias ou ocidentais e as "outras")*. Este *standard* conduz, por um lado, à proscrição cega da MGF, em função da origem étnico-cultural e/ou sócio-geográfica das vítimas[153], e, por outro, à permissão irreflectida de intervenções cosméticas nos genitais femininos, por parte das mulheres socializadas na cultura ocidental[154]. E origina um debate interminável entre "feminismo *versus* multiculturalismo e igualdade de género *versus* diversidade cultural". A regulação da MGF, ao "coloca[r] o corpo feminino no centro do palco", obriga a reflectir sobre: (i) "os direitos das mulheres, a igualdade, a autonomia e a diversidade cultural", e (ii) *se* é possível e *como* conciliar "a protecção de direitos fundamentais, como a saúde e a integridade corporal das mulheres, por um lado, e a não-discriminação com base no sexo, [etnia] ou cultura, por outro"[155].

Talvez para evitar este último *standard* duplo (discriminatório das culturas e das mulheres não ocidentais), o tipo legal da MGF (artigo 144.º-A/1) afasta-se do respectivo tipo social[156], o único considerado pela CI, ao proibir toda e qualquer prática lesiva do aparelho genital feminino, excepto se realizada por razões médicas. O que força o intérprete-aplicador a recorrer ao conceito de tratamento médico-cirúrgico vertido no artigo 150.º/1 para afastar a tipicidade das intervenções sobre o aparelho genital

---

without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting: a critical appraisal of Anti-FGM Laws in Europe", cit., pontos 4.1 e 6), aludindo a "uma perspectiva paternalista que determina o tratamento de mulheres adultas como legalmente menores" e às "tensões não resolvidas entre igualdade de género, auto-determinação e diversidade cultural" presentes nas regulações de países ocidentais sobre intervenções rituais nos genitais femininos.

[152] M. CATERINA LA BARBERA (*idem*, ponto 3, *in fine*): *Istanbul Convention* (...) *specifically addresses ritual interventions on female genitalia and binds States to criminalize infibulation, excision and circumcision performed on women and girls (art. 38)*. (...) *it disproportionately focuses on Others' violent practices, depicting gender-based violence as problem brought in by migrant population and revealing the neo-colonialist approach of European institutions".*

[153] PAULA RIBEIRO DE FARIA (*idem*, p. 120) refere-se a um "ponto de vista ético e valorativo cego a ponderações de autonomia e dos contornos do caso concreto".

[154] M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 1): *Ritual interventions on female genitalia* (...) *are internationally defined as "gender-based violence" and punished as "cultural crimes" [w]hile cosmetic interventions on female sexual organs steadily increase* (...) *in Western countries*".

[155] M. CATERINA LA BARBERA, *ibidem*.

[156] Sobre os conceitos e relações entre tipo legal e tipo social, veja-se, em geral, SILVA DIAS, Augusto, *"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, pp. 414-420 e *passim*; QUINTELA DE BRITO, Teresa, "O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa", *Anatomia do Crime*. *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 8 (2018), (pp. 39-85) pp. 54-55; e, a propósito da incriminação da violência doméstica, FERREIRA LEITE, Inês, "Violência doméstica e violência interpessoal: contributos sob a perspetiva do Direito para a racionalização dos meios de prevenção e protecção", *Anatomia do Crime*. *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 10 (2019), (pp. 31-65) pp. 35-45.

feminino[157]. Na certeza de que, se não for excluída a tipicidade ao abrigo do artigo 150.º/1, também não poderá, "em caso algum", o consentimento da mulher afastar a ilicitude de tal intervenção, ainda que se não trate de "verdadeira" MGF, mas de uma operação estética (artigo 149.º/3). O que, por sua vez, implica *discriminar e diferenciar as intervenções cosméticas sobre o aparelho genital feminino (irremediavelmente ilícitas e injustificadas) das demais intervenções estéticas*, mesmo as que incidem sobre os órgãos sexuais masculinos; todas estas sujeitas ao regime geral dos artigos 38.º e 149.º/1 e 2.

Ora bem, o afastamento do tipo legal da MGF do respectivo tipo social – esse sim, discriminatório, controlador e violentamente subjugador da sexualidade feminina – tem inevitáveis repercussões sobre o âmbito de protecção e o bem jurídico efectivamente tutelado pelo artigo 144.º-A.

Em virtude da proibição total de quaisquer práticas lesivas do aparelho genital feminino por razões não médicas, o bem jurídico protegido por aquele tipo incriminador deixa de poder incluir a dignidade humana das raparigas e mulheres referida à sua (livre) sexualidade e à igualdade perante os homens do mesmo grupo social. No final, apenas sobra a integridade física e sexual, a saúde física e psíquica das raparigas e mulheres.

Pois bem, a identidade do bem jurídico tutelado pela incriminação da MGF e pelos demais tipos de crime contra a integridade física torna o regime punitivo àquela associado ainda mais incompreensível e desproporcionado e adensa as dúvidas sobre a respectiva constitucionalidade; sobretudo quando se confronta, por um lado, a penalidade prevista no artigo 144.º-A com a cominada para a mutilação sexual masculina (artigos 143.º ou 144.º, se se considerarem imediatamente verificados alguns dos efeitos aqui descritos)[158], e, por outro, o regime geral dos artigos 38.º e 149.º/1 e 2 com a absoluta e incondicional irrelevância do livre consentimento de mulher adulta quanto a lesões do seu aparelho genital (artigo 149.º/3).

III. Questões de consentimento

1. Artigo 149.º/3 e indisponibilidade dos interesses afectados pela MGF: enquadramento internacional

Esta outra opção do legislador português que não é imposta pela CI. Resulta sim do direito internacional, à luz do qual o consentimento para a heteromutilação genital feminina não deve ser válido: (i) por (o respectivo tipo social) implicar um atentado

[157] PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 118.

[158] Sobre esta questão, PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 123-124); ANTÓNIO BRITO NEVES ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto de perspectivas", cit., pp. 136-137); PEDRO MIGUEL FREITAS ("Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., pp. 89-97); e D EARP, Brian ("Female genital mutilation and male circumcision: towards an autonomy-based ethical Framework", *Medicolegal and Bioethics,* 2015:5, pp. 89-100, disponível em https://www.dovepress.com/female-genital-mutilation-and-male-circumcision-toward-an-autonomy-bas-peer-reviewed-fulltext-article-MB [6.08.2021].

à dignidade humana da mulher; *e/ou* (ii) por esse consentimento dificilmente ser livre em virtude da pressão social, cultural e porventura religiosa que alimenta a sua prática[159].

Efectivamente, lê-se no *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*, apresentado por MANFRED NOWAK, a 15.01.2008[160]: *The Special Rapporteur* (...) *strongly recommends that torture and ill-treatment be understood in a gender-inclusive way and that States extend their prevention efforts to fully include torture and ill-treatment of women, even if it occurs in the "private" sphere* [§73]. (...) *the purpose element [of torture] is always fulfilled when it comes to gender-specific violence against women, in that such violence is inherently discriminatory and one of the possible purposes enumerated in the Convention [against Torture] is discrimination* [§68]. *Like torture, female genital mutilation (FGM) involves the deliberate infliction of severe pain and suffering* [§50]. *The pain inflicted by FGM does not stop with the initial procedure, but often continues as ongoing torture throughout a woman's life* [§51]. (...) *from a human rights perspective, medicalization does not in any way make the practice more acceptable* [§53]. (...) *adolescent girls and women very often agree to undergo FGM because they fear the non-acceptance of their communities, families, and peers* [§52].

Contudo, o mesmo Relatório só preconiza a concessão do estatuto de refugiada à mulher que receie ser submetida a MGF *contra a sua vontade,* ou que tema ser perseguida *por recusar sujeitar-se a tal prática* ou *por não permitir que a mesma seja realizada nas suas filhas*[161]. O que se coaduna com a exclusiva qualificação como tortura da MGF[162] que seja expressão de *violência* contra a mulher baseada no género (§§50, 53 e 68), constituindo *a gender-specific form of torture and ill-treatment*

[159] Amnistia Internacional Portugal: *Recomendações relativas ao Projeto de* Projeto de Lei n.º 504/XII/3.ª *que altera o Código Penal autonomizando crime de Mutilação Genital Feminina, ao Projeto de Lei n.º 515/XII que procede alteração ao Código Penal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), criando crime de Mutilação Genital Feminina, ao Projeto de 517/XII, que autonomiza a criminalização da Mutilação Genital Feminina – 31.ª Alteração ao Código Penal,* p. 7, disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5131596a67314e7a466b4c544a6c4d6d59744e4442694e5330345a6a63794c5455324e7a6b314e7a646859575264d4f5335775a47593d&fich=45b8571d-2e2f-40b5-8f72-5679577aadf9.pdf&Inline=true [12.08.2021].

[160] United Nations/General Assembly/Human Rights Council, A/HRC/7/3, §§50-55, 68 e 73, disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/61/PDF/G0810161.pdf?OpenElement [12.08.2021].

[161] Neste ponto (§55), o Relatório remete para o *Memorandum on female genital mutilation,* Office of the United Nations – High Commissioner for Refugees (UNHCR), de 10.05.1994, §7.

[162] O considerando Y da *Resolução do Parlamento Europeu sobre as mutilações genitais femininas* dá conta de que já o Relatório, aprovado em 3 de Maio de 2001 pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, preconizava "a proibição da prática das mutilações sexuais femininas, considerando-as um tratamento desumano e degradante na acepção do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", e recordava "que a defesa das culturas e tradições deve ser limitada pelo respeito dos direitos fundamentais e pela proibição de costumes que se aproximam da tortura".

(§75)[163]. Portanto, de tal classificação não decorre – não pode decorrer – a irrelevância do consentimento livre e esclarecido prestado por mulher à alteração dos seus órgãos genitais externos, em todo e qualquer contexto e independentemente da motivação do agente e/ou da ofendida para a sua prática.

Neste sentido, porém, parece ter-se manifestado a *Resolução do Parlamento Europeu sobre as mutilações genitais femininas*, de 20.09.2001, solicitando aos Estados-Membros que "considerem delito qualquer mutilação genital feminina, independentemente de ter havido ou não consentimento por parte da mulher afectada"[164]. Contudo, esta solicitação deve ser interpretada tendo em conta os considerandos F. e G.: "qualquer mutilação genital feminina, independentemente do grau que assume, constitui um *acto de violência contra a mulher* que se traduz numa *violação dos seus direitos fundamentais, nomeadamente o direito à integridade pessoal* e à saúde física e mental, bem como aos seus direitos sexuais e reprodutivos, (...) esta violação em nenhum caso deve ser justificada pelo respeito por tradições culturais de diversa índole ou cerimónias iniciáticas; os direitos das mulheres, das jovens e das meninas são ameaçados em nome de culturas, práticas tradicionais ou costumes, ou ainda de um extremismo religioso, os quais, na sua maior parte, *concedem às mulheres uma posição social e um estatuto inferiores aos dos homens*"[165].

Ou seja: apenas a MGF que configure uma forma de violência contra as mulheres baseada no género – portanto, discriminatória e "coisificante" destas – deve constituir crime, independentemente de ter existido ou não consentimento da mulher "afectada". Só a MGF correspondente ao respectivo tipo social se traduz numa "violação dos direitos fundamentais [das mulheres, jovens e meninas], nomeadamente [do] direito à integridade pessoal e à saúde física e mental, bem como [dos] seus direitos sexuais e reprodutivos", e lhes impõe "uma posição social e um estatuto inferiores aos dos homens".

À presunção (*juris et de jure*) de que o consentimento da mulher adulta e mentalmente sã dificilmente pode ser livre em virtude da pressão social, cultural e porventura religiosa que alimenta a prática da MGF, AUGUSTO SILVA DIAS[166] – com toda a razão – contrapõe fundamentalmente três objecções.

Primeira: "Os indivíduos não são apenas pessoas deliberativas, capazes de comunicar e de fazer escolhas baseadas em razões, mas também seres de 'carne e osso' marcados por traços genéticos, constituição neuronal, capacidades mentais, etc., e 'ligados' a línguas, religiões e culturas singulares". "Quem não subscreve uma concepção radical do livre-arbítrio, quem aceita que a liberdade que o ser humano reclama e é capaz de exercer é sempre uma liberdade situada num dado contexto histórico e social (...), tem de reconhecer que o espaço de decisão livre é (...) um espaço pressionado por condicionantes internas e externas, de índole pessoal, natural

[163] O que, como se viu em II 2. e 3., não sucede em todos os contextos de realização desta prática.

[164] Assim, as *Recomendações da Amnistia Internacional – Portugal relativas ao crime de MGF*, cit., p. 7.

[165] Itálicos acrescentados.

[166] *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 343-348.

e social". "Decidir livremente é, assim, escolher entre alternativas possíveis (...) [no] contexto (...) em que se encontra quem decide"[167].

Segunda: "O modo como a cultura condiciona as escolhas individuais é distinto dos constrangimentos externos". Se uma jovem adulta, com idade para consentir, se sujeita à MGF "sob ameaça concreta de ostracização e expulsão da sua comunidade", estamos perante a imposição de uma regra cultural através de um acto de coacção da comunidade e dos pais. Diferentemente, "a cultura modela a identidade pessoal (...) integra o substrato psíquico – a mente – que coordena e condiciona as nossas emoções e acções. Não podemos pensarmos como seres livres fora dela", porque "não há seres humanos que decidam fora do mundo, i.e., fora do contexto de tradições, regras e práticas em que estão inseridos". Mas isso não significa que a cultura determine o nosso comportamento de forma cega e mecânica[168].

Terceira: A pessoa não é livre apenas quando rejeita o uso e a regra cultural, também o é quando decide segui-los, sem que sobre ela se exerça um constrangimento externo. "A influência da cultura ou o tradicionalismo (...) não bastam (...) para retirar ao seu consentimento a qualidade de vontade livre"[169].

2. Artigo 149.º/3 do CP e soluções legislativas estrangeiras

Os ordenamentos jurídico-penais culturalmente mais próximos do português apresentam soluções díspares para o problema da alteração consentida dos órgãos genitais, mas só a do Reino Unido é quase tão radical (e contestável) quanto a consagrada no artigo 149.º/3.

Como se viu, a secção 2, do *Female Genital Mutilation Act* do Reino Unido, pune com a pena aplicável à heteromutilação [secção 5 (1)] a conduta de ajudar, incitar, aconselhar ou criar condições para que uma rapariga ou mulher [secção 6 (1)] excise, infibule ou mutile por qualquer outra forma, no todo ou em parte, os seus próprios *labia majora*, *labia minora* ou clítoris. Por seu turno, a secção 1 (2) só exclui a existência de um crime de MGF quando uma pessoa autorizada realiza uma intervenção cirúrgica numa mulher ou rapariga que seja necessária para preservar a sua saúde física e mental. Mas a secção 1(5) logo esclarece: *For the purpose of determining whether an operation is necessary for the mental health of a girl [or woman] it is immaterial whether she or any other person believes that the operation is required as a matter of custom or ritual*.

Da conjugação destes preceitos, resulta a proibição absoluta de qualquer heteromutilação genital feminina e, até, da interferência de terceiros na decisão e execução da automutilação. A única hipótese de consentimento relevante para uma heterolesão – então com efeitos excludentes da própria ofensa – é a prevista na secção 1 (2) e (5), a qual, embora negue a consideração como "atentado à saúde mental" do sofrimento decorrente do "desrespeito a um ritual ou costume", não obsta a "uma valoração di-

[167] *Idem*, p. 344.

[168] *Idem*, pp. 344-346.

[169] *Idem*, pp. 346-347.

ferenciada da conduta" (tratamento médico-cirúrgico *vs*. MGF) "e do próprio consentimento" (relevante *vs.* irrelevante) consoante a origem étnica e sociocultural da mulher"[170]: a "ocidental" que solicita uma intervenção nos órgãos genitais por alegadas razões estéticas *vs*. a "culturalmente outra" que demanda ou aceita o mesmo tipo de intervenção.

Com efeito, no sistema jurídico e na praxis judiciária do Reino Unido, *although consent works as a legal justification for tattoos, piercings, violent sports and ritual male circumcision (...) it is immaterial in the case of ritual interventions on female genitalia. By equating adult consenting women to legal minors, the British legislation reveals its paternalistic attitude (...). In addition, in the UK the anti-FGM law only serves symbolic purposes since no prosecution for 'female genital mutilation' has been hold so far. This second model* [de legislação anti-MGF] *can be described as a 'ban without prosecution'"*[171].

A regulamentação do Reino Unido só não é tão punitiva quanto a portuguesa porque restringe o crime de MGF à excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação, total ou parcial, dos *labia majora*, *labia minora* ou do clítoris de pessoa do sexo feminino, i.e., às práticas que impliquem uma "alteração anatómica definitiva do aparelho genital feminino"[172]. Contudo, esta limitação não deixa de ser problemática e criticável, ao apontar para uma incriminação a estabelecer caso-a-caso, em função da "invasividade do corte"[173]. O que não sucede com o artigo 149.º/1 do CP português, ao proscrever "qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas".

Este preceito, além de incluir os quatro tipos de MGF identificados pela OMS, inequivocamente proíbe todas as intervenções estéticas nos órgãos genitais femininos, mesmo que não configurem uma mutilação ou corte. Por seu turno, a leitura conjugada da secção 1 (1) e (2), do *Female Genital Mutilation Act* do Reino Unido, aponta igualmente para a incriminação de toda e qualquer mutilação sexual feminina, excepto a que puder ser qualificada como intervenção médica.

Apesar da diferente extensão do âmbito da proibição penal (mais ampla em Portugal), ambas as regulamentações enfrentam duas inconsistências morais graves. À uma: a diversidade de tratamento da alteração genital em função do sexo ou género masculino ou feminino da vítima (a circuncisão masculina não beneficia do mesmo regime punitivo)[174]. À outra: a discriminação negativa das mulheres "não ocidentais",

[170] Assim, PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 111 (n. 22) e 119-120. Também PEDRO MIGUEL FREITAS ("da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 89) chama a atenção para este duplo *standard*, quando se atende ao contexto sócio-cultural em que a intervenção ocorre.

[171] M. CATERINA LA BARBERA, "Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 4.2.

[172] Expressão de PEDRO MIGUEL FREITAS, *idem*, pp. 86-87.

[173] M. CATERINA LA BARBERA, *idem*, ponto 4.1.

[174] Para um questionamento da base empírica e moral do distinto tratamento conferido à mutilação sexual masculina e feminina, desmontando os argumentos do dano e do significado simbólico, veja-se BRIAN D EARP, "Female genital mutilation and male circumcision: towards an autonomy-based ethical Framework",

já que a proibição absoluta de intervenções lesivas nos órgãos genitais femininos, excepto por razões médicas, não tem impedido a proliferação imparável e impune de procedimentos estéticos sobre o aparelho genital feminino, tão em voga no mundo ocidental[175]. Nisto se traduzindo a já referida valoração diferenciada da conduta (tratamento médico-cirúrgico *vs*. MGF) e do próprio consentimento" (relevante *vs.* irrelevante) consoante a origem étnica e sócio-cultural da mulher. O que faz daquela proibição (dita absoluta) uma mera proclamação de princípios (*Law in books*), sem deixar de ser extremamente perigosa por poder ser usada para fins de perseguição pessoal ou de (algum) caso concreto mais mediático.

As referidas inconsistências morais estão ausentes dos ordenamentos jurídicos que: (i) incriminam a mutilação genital independentemente do sexo ou género da vítima e a submetem ao mesmo regime de consentimento, e (ii) daqueloutros que incriminam autonomamente a MGF, mas estabelecem penalidades diferentes para os "casos menos graves" e a sujeitam ao regime geral do consentimento relativo às ofensas à integridade física.

Incluem-se no primeiro grupo, os Códigos Penais espanhol e austríaco. O artigo 149/2 do CP espanhol pune a mutilação genital de qualquer pessoa; segundo o artigo 155, no delito de *lesiones,* o consentimento do ofendido, prestado de forma válida, livre, espontânea e expressa, determina uma atenuação especial modificativa da pena; o artigo 156 admite, excepcionalmente, a validade do consentimento nos casos de transplante de órgãos efectuado em conformidade com a lei, de esterilizações e de cirurgia transsexual realizadas por médico, excepto se o consentimento tiver sido obtido "viciadamente, mediante preço ou recompensa", ou se o consenciente for menor de idade ou carecer "em absoluto de capacidade para o prestar". Por sua vez, o §85/2, al. *a)*, do CP austríaco, incrimina, no quadro da mutilação importante ou desfiguração grave, "a mutilação ou outra lesão dos órgãos genitais de outra pessoa, que seja adequada a provocar um efeito duradouro de diminuição da sensibilidade sexual"; o §90/3 estabelece: a "mutilação genital [feminina ou masculina] não pode ser consentida" [§ 85/1 e 2, al. *a)*], depois de o respectivo n.º 1 ter determinado: "[u]ma lesão corporal ou a colocação em perigo da segurança corporal não é ilícita se a pessoa lesada ou colocada em perigo nela consentir e a lesão ou colocação em perigo como tal não for contrária aos bons costumes".

O Código Penal alemão integra-se no segundo grupo. Autonomiza a incriminação da MGF (§226a), sujeitando-a a uma pena idêntica à estabelecida no §226/1 para as ofensas graves à integridade física (como faz o artigo 144.º-A/1 do CP português), mas prevê, para "os casos menos graves", uma pena de prisão de 6 meses a 5 anos. Esta é,

---

cit., pp. 91-100 e *passim*. Abordam sobretudo este problema PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", *maxime* pp. 89-97; e ANTÓNIO BRITO NEVES, "Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., pp. 136-137 e *passim*.

[175] Nesta sede, são paradigmáticos os textos de M. CATERINA LA BARBERA, "Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., pontos 1, 3, 4.5, 5 e 6; e de PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 106, 110-111, 118-124 e *passim*.

ainda assim, uma pena mais grave do que a cominada pelo §223 para as ofensas simples à integridade física (prisão até 5 anos ou multa). Apesar disso, o CP alemão submete a MGF ao regime geral do consentimento relativo às ofensas à integridade física (§228): "quem inflige uma ofensa corporal com o consentimento da vítima só comete um facto ilícito se, apesar do consentimento, o acto ofender os bons costumes".

3. Artigo 149.º/3: âmbito de aplicação e possíveis razões da irrelevância do consentimento

Tendo em conta o regime geral do consentimento do ofendido como causa de justificação do facto (artigos 38.º e 149.º/1 e 2), qual o efectivo e autónomo âmbito de aplicação do artigo 149.º/3?

A ineficácia do consentimento de menor de 16 anos para a prática de MFG já decorre do artigo 38.º/3. A realização de MGF em menor de 16 anos, com ou sem o seu consentimento, recorrendo ou não a constrangimento, ardil, engano ou manobra fraudulenta, configura o ilícito típico do artigo 144.º-A/1. Aquele que constrange ou engana a vítima (neste último caso, afastando-a da sua esfera de segurança), para conseguir que se submeta à excisão praticada por outrem, é co-autor desta, já que intervém na sua execução ao menos nos termos do artigo 22.º/2, al. *c)*.

A irrelevância também se verifica quando o consentimento não é livre, independentemente da idade da vítima e dos meios explicitamente violentos ou enganosos utilizados (ou não) pelos agentes (artigo 38.º/2). Bem nota AUGUSTO SILVA DIAS[176]: "a pressão efectiva da comunidade de origem para a sujeição ao ritual, respaldada por sanções informais aplicáveis à recusa, retiram o carácter livre ao consentimento. Muitos dos relatos na primeira pessoa de imigrantes excisadas confirmam a ideia de que a excisão está longe de ser vista pelas vítimas como a livre expressão e assunção de uma identidade cultural"[177]. Com efeito, a recusa da MGF pode ter sérias consequências negativas para as famílias, as raparigas e as mulheres: perseguição, discriminação, exclusão de eventos comunitários importantes e das redes de apoio da comunidade. O que pode levá-las a sobrevalorizar os riscos sociais relativamente às restrições jurídicas e aos riscos para a saúde física e mental das vítimas[178].

Perante isto, a razão assiste a ANTÓNIO BRITO NEVES[179] ao concluir: o único efeito prático do artigo 149.º/3 é o de negar a eficácia ao consentimento livre e esclarecido prestado por mulher maior de 16 anos (*rectius*: maior de 18 anos – artigo 3.º, al. *f)*, da CI, e artigo 8.º/2 da CRP: vigência na ordem interna da CI enquanto

[176] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 21-22.

[177] No mesmo sentido, mas deixando também um alerta, MCKINNON, Catriona (*Toleration. A critical introduction*, London/New York: Routledge, 2006, p. 112, disponível em https://www.researchgate.net/publication/46283792_Toleration_A_Critical_Introduction [18.08.2021]): *Testimony from immigrant women who have undergone FGM does not tend to support a view of the practice as a free expression and confirmation of cultural identity, but the reasonableness defense does not contain the resources to rule out this possibility and place every case of consensual FGM outside the limits of toleration*.

[178] *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Mutilación genital femenina*, cit., p. 4.

[179] "Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., p. 132.

vincular o Estado português). Assiste-se, portanto, a uma proibição total e absoluta da MGF, ainda que consentida por mulher adulta, independentemente dos motivos do consentimento e do contexto em que é praticada (i.e., mesmo "em condições sanitárias minimamente aceitáveis", sem "exposição a um elevado perigo para a vida ou a saúde"[180]).

Dir-se-á que esta opção se explica pela contrariedade aos bons costumes resultante (i) da irreversibilidade e/ou gravidade das lesões provocadas pela MGF, ou (ii) da coisificação da vítima que o respectivo tipo social pressupõe, enquanto manifestação de violência contra as mulheres baseada no género, visando controlar e subjugar a sexualidade e autonomia da mulher[181].

Diante da primeira hipótese (*contrariedade aos bons costumes em virtude da irreversibilidade das lesões causadas pela MGF*), releva o alerta de AUGUSTO SILVA DIAS[182]: não se use a cláusula dos bons costumes como porta de entrada a uma "concepção anti-liberal das relações entre o Estado e o indivíduo que encara este como um ser menor, carecido de protecção contra si próprio e incapaz de assumir a responsabilidade pelas suas decisões, mesmo quando plenamente informadas e tomadas em condições de liberdade". Em nome da irreversibilidade da lesão, alguém negará relevância ao consentimento prestado por rapaz maior de 16 anos que solicita a sua circuncisão por motivos religiosos[183]? Ou por adulto que pretende efectuar uma operação de mudança de sexo ou uma tatuagem indelével?[184]

A segunda hipótese explicativa do disposto no artigo 149.º/3 (*contrariedade aos bons costumes pela gravidade das lesões causadas por algumas modalidades de MGF*) apenas intentaria obstar à eficácia justificante do consentimento livre e esclarecido de mulher adulta nos casos em que a alteração anatómica dos seus genitais configurasse imediatamente uma ofensa grave à integridade física nos termos do artigo 144.º. Além disso, bem nota AUGUSTO SILVA DIAS[185], "o critério da gravidade e da irreversibilidade da lesão não garante *a priori* uma solução para o problema da conformidade ou contrariedade aos bons costumes"[186]. A doação de um rim para

[180] AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 22.

[181] *Recomendações da Amnistia Internacional – Portugal relativas ao crime de MGF*, cit., p. 5.

[182] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 22-23.

[183] ANTÓNIO BRITO NEVES, *idem*, p. 133.

[184] AUGUSTO SILVA DIAS, *idem*, p. 23. Já antes CATRIONA MACKINNON (*idem*, p. 111): *the state ought not to prohibit sex change operations, or tattooing, on the grounds that a person may later come to regret her gender reassignment, or all-over body tattoo.*

[185] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 24.

[186] Em sentido contrário, por exemplo, PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 111, n. 22), ao admitir a relevância do consentimento para uma ofensa simples à integridade física visando dar cobertura a uma fraude desportiva, mas negando-a quando se trate de uma lesão grave da integridade física (*v.g.* amputação de um membro). Veja-se, ainda, o que a Autora escreve a p. 120, ao apontar "o critério da gravidade e irreversibilidade da lesão" como o critério tradicional de distinção entre as ofensas lícitas e justificadas pelo consentimento do titular e as ilícitas e reprováveis; e a p. 124, ao contrapor a "maior amplitude [legalmente concedida] às escolhas e à liberdade individual masculinas onde se trate de lesões de menor dimensão na área genital, do que a que é conferida à mulher em idênticas circunstâncias".

transplante (ofensa grave à integridade física) não ofende os bons costumes, mas já os desrespeita o facto de alguém, "para gáudio" de outrem[187], consentir em ser usado como cinzeiro (ofensa simples à integridade física desde que não exista desfiguração grave e permanente). Para resolver o problema da contrariedade aos bons costumes, assevera AUGUSTO SILVA DIAS, há que proceder à "confrontação argumentativa dos diversos topoi que o caso concreto permite convocar (alguns dos quais vêm previstos no n.º 2 do art. 149.º), sempre orientada pela questão de saber se o facto consentido atenta contra, ou [ao invés] realiza, na situação, a dignidade humana". Assim sucede, por um lado, porque o princípio da dignidade humana, na sua "dimensão prática negativa, de obstáculo à coisificação do ser humano", configura "um corrector normativo" destinado a "dar sentido à cláusula dos bons costumes e aos critérios que a integram"[188]; por outro, porque "os critérios para aferir essa contrariedade são normativos, requerendo a articulação da situação fáctica com a ordem jurídica". Na certeza de que "cada um dos critérios normativos", referidos pelo artigo 149.º/2 – "e de outros que se considerem pertinentes – não opera de forma isolada e absoluta, mas em articulação com um referente normativo, constituído, não por imperativos de ordem sistémico-social, [e sim] pela dignidade da pessoa humana"[189]. Logo, decisivo é que a consenciente não se trate, nem seja tratada em primeiro lugar e exclusivamente como um mero instrumento[190]. O que, no entender de AUGUSTO SILVA DIAS[191], não sucede quando "alguém competente para consentir se predispõe à mutilação genital (...) por desejo sério de ascetismo, celibato, missionarismo ou (por que não?) de pertença integral a uma certa comunidade", pois, "é ainda uma dimensão do humano que desse modo se realiza".

Com efeito, o Autor propõe que se interprete a cláusula dos bons costumes à luz das valorações constitucionais respeitantes à dignidade humana – já que no consentimento do ofendido está em causa "a autonomia das pessoas, a administração autónoma de bens pessoais"[192] – a fim de a "despir de conotações moralizantes" e de "restringir a sua ampla margem de indeterminação"[193]. Nesta perspectiva, explica AUGUSTO SILVA DIAS[194], "o que se pretende evitar é que a pessoa seja degradada ou se degrade ela própria ao nível das coisas ou dos animais e se torne assim, voluntariamente, um objecto desumanizado nas mãos de outros. (...) Mas o diagnóstico de coisificação não deve alhear-se da vontade, dos projectos e dos ideais de vida boa dos sujeitos concretos". Não se pode afirmar um diagnóstico de coisificação, quando se "possa ver no consentimento a realização de fins ou desejos humanos em condições aceitáveis de uso

[187] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 338.

[188] *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 337.

[189] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, cit., p. 95; *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 337.

[190] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 338.

[191] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 24.

[192] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 337.

[193] "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., p. 22; *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 337.

[194] *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 337-338.

da liberdade". O que, na sua opinião, ocorre nas situações referidas por BHIKHNU PAREKH[195], nas quais a MGF é consentida por mulheres adultas e mentalmente sãs "para regular a sua sexualidade, assumir primeiramente a condição de mãe e só depois a de mulher, romper de forma simbólica com uma fase da vida, ou pertencer à sua comunidade assumindo de forma plena a qualidade de membro"[196].

A terceira hipótese explicativa do disposto no artigo 149.º/3 prende-se com a *proibição de relevância justificante da cultura, religião, tradição ou dos costumes* (artigo 42.º/1 da CI). A esta luz dir-se-á: o artigo 149.º/2, ao apontar para os motivos e fins do agente e/ou da ofendida como critérios valorativos da contrariedade aos bons costumes da MGF, poderia permitir que a causa de justificação do consentimento da vítima funcionasse como porta de entrada à proscrita justificante da "motivação cultural"[197]. Todavia, este receio deve ser afastado por duas ordens de considerações.

À uma: o direito à própria cultura, "na dimensão individual [ou] colectiva", nunca prevalece *per se* quando estejam em causa valores tão fundamentais como o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da sexualidade, sob pena de dupla violação do princípio da igualdade. Uma, que consistiria em negar à criança, rapariga ou mulher, "membro da comunidade praticante da excisão (...), a protecção dos seus direitos à integridade física e ao desenvolvimento sexual (...) de que beneficiaria se não fosse membro daquela comunidade", naquilo que seria "uma discriminação negativa em função do género e da origem". Outra, que se traduziria em permitir a excisão "a coberto do argumento cultural", proibindo-a e punindo-a "quando realizada a descoberto daquele argumento (tratada então como um caso vulgar de castração)"[198].

À outra: o princípio da dignidade humana, na sua "dimensão negativa de obstáculo à coisificação do ser humano", deve operar como "corrector normativo" conferidor de "sentido à cláusula dos bons costumes e aos critérios que a integram", impedindo assim a relevância *per se* da "motivação cultural" como causa justificativa da MGF[199].

---

[195] "A varied moral world", in: AA.VV., *Is multiculturalism bad for women?* (Ed.: Susan Moller Okin), New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 71, *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 337.

[196] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 338. Também ANTÓNIO BRITO NEVES ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., p. 133) apresenta um elenco de motivos humanamente relevantes e atendíveis para que uma mulher, "em condições de liberdade e discernimento", decida submeter-se a uma alteração dos seus genitais: desejo de "integrar na sua vida todos os significados culturais [*v.g.* pertença à comunidade, partilha empática de experiências com os que lhe são próximos] ou eventualmente religiosos que associe ao ritual, ou (...) simplesmente [de] ser igual à mãe, e/ou [de ser] uma mulher bonita de acordo com as concepções de beleza dominantes na comunidade em questão".

[197] Assim, porém, PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 110): "o consentimento, só por si, mostra-se incapaz de justificar a conduta. Não sendo de considerar o ritual ou a prática social, o costume, ou o interesse na sua preservação, como [uma finalidade social e jurídica penalmente relevante], então, ter-se-á de negar a eficácia justificativa ao consentimento".

[198] AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 30-31.

[199] Neste sentido, todavia, JOÃO VARELA ("O Direito Penal numa sociedade multicultural. O caso especial da mutilação genital feminina", cit., p. 169), ao sustentar que o direito à integridade física "compreende, implicitamente, (...) o direito à não integridade física", e que "a particular relevância étnico-cultural dos motivos do ofendido assegura só por si a lisura do ato consentido".

Esta última consideração evidencia que, para a irrelevância do consentimento de mulher adulta e mentalmente sã, nunca basta a motivação cultural ou religiosa do agente e/ou da ofendida. A "verdadeira mutilação" não se identifica num "plano subjectivo" do agente e/ou da vítima, nem no plano "objectivo" da "gravidade da lesão", nem se relaciona com a "natureza e [ir]relevância das pressões religiosas e culturais" da MGF por confronto com a circuncisão masculina[200]. Quer esteja em causa a mutilação sexual feminina ou masculina, a relevância do consentimento só será afastada quando o acto em causa implicar que a/o consenciente se trate ou seja tratado, em primeiro lugar e exclusivamente, como mero instrumento de outrem, destituído de toda a "substância humana". O que está muito longe de suceder perante qualquer prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas (artigos 144.º-A/1 e 149.º/3).

4. Desnecessidade e inconstitucionalidade do artigo 149.º/3

Neste quadro, o único objectivo constitucionalmente legítimo do artigo 149.º/3 seria o de deixar claro que, apesar da autonomização da MGF, esta continua a sujeitar-se aos critérios valorativos da cláusula dos bons costumes em sede de lesão da integridade física, interpretados à luz da "dimensão prática negativa" da dignidade humana como "obstáculo à coisificação do ser humano"[201]. Desse modo se asseguraria, efectivamente, que nas situações da vida correspondentes ao tipo social da MGF,

[200] As expressões colocadas entre aspas são de PEDRO MIGUEL FREITAS ("Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., p. 89), questionando-se sobre os critérios identificativos da "verdadeira" MGF.

[201] Justamente na linha do disposto no artigo 160.º/8, a propósito do crime de tráfico de pessoas e crimes afins, que, usando a mesma linguagem do artigo 149.º/3, estabelece: "O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto". E, também, daquela que levou o Tribunal Constitucional (TC), no seu recente Acórdão n.º 72/2021, a pronunciar-se pela não inconstitucionalidade da incriminação do lenocínio simples (artigo 169.º/1), apesar do exercício consentido da prostituição por adulto com capacidade para consentir. Nesta sede o TC concluiu (ponto 2.4): "existe uma diferença substancial entre a (...) atividade de *prostituição* (não punida), e a (outra) atividade que a *fomenta, favorece ou facilita*, deslocando a segunda do campo da mera liberdade individual para uma constelação de relações sociais muito mais complexas, e desligadas das circunstâncias referenciáveis à individualização do ato de prostituição, que é inevitavelmente próxima – demasiado próxima – de movimentos (...) organizados, cujo resultado (...), quase invariavelmente, corresponde à perpetuação de situações de diminuição da liberdade e de sujeição a um poder de facto que, as mais das vezes, escapa a qualquer controlo, visto que se exerce fora de relações formalizadas ou declaradas, as quais, uma vez iniciadas, são difíceis de quebrar ou interromper, tendendo a perpetuar-se enquanto se mantiver a respetiva "utilidade comercial".
Com tal proximidade se gera um risco socialmente inaceitável (...) *conatural* ao *proxenetismo*, cujo empresário – como o de qualquer outro negócio – tende a organizar-se de modo a potenciar o lucro (criando redes ou procurando redes já estabelecidas, que lhe propiciem economias de escala, maximizando o controlo da atividade [...]), objetivo ao qual, mais tarde ou mais cedo, dificilmente escapará (o dano d)a vontade e (d)a liberdade das pessoas que se prostituem.
Mesmo que a expressão *exploração* esteja fora do tipo – e, como tal, não seja facto a provar *in concreto* – o risco da sua materialização é suficientemente forte para conter a norma dentro dos limites da proporcionalidade e, em particular, da necessidade da intervenção penal".

enquanto "instrumento de diminuição de género e de desigualdade"[202] ou forma de violência contra as mulheres baseada no género – e só nessas –, o "consentimento da vítima não exclui em caso algum a ilicitude do facto", por tal facto se traduzir no "esvaziamento da substância humana [da mulher] que densifica o conceito indeterminado de 'bons costumes' no âmbito" desta causa de justificação[203].

O artigo 149.º/3 não pode interpretar-se como arredando, *a priori* e de modo irreversível, a ampla incriminação da MGF do campo de aplicação do consentimento do ofendido. Tal solução seria paternalismo insuportável por parte de um Estado que se diz de Direito e alicerçado na dignidade e liberdade de cada pessoa humana (artigos 1.º e 2.º da CRP)[204]. *A total retirada do aparelho genital feminino da autonomia e livre disponibilidade de mulher adulta, fora dos casos de indubitáveis intervenções médico-cirúrgicas* (artigo 150.º/1)*, teria implícitos pelo menos três entendimentos contrários à Constituição portuguesa*.

Primeiro: tal retirada pressupõe a categorização das mulheres (de todas elas, sem consideração da sua origem étnica ou sócio-cultural) essencialmente como "agentes sexuais", cuja realização como pessoa depende decisivamente da "natureza [e qualidade] da sua vida sexual". Subjacente a esta visão está a ideia de que a mulher – somente ela e não o homem – "não pode levar uma vida digna e plena de significado abdicando [do prazer sexual] e dos seus focos físicos", naquilo que constitui "imposição paternalista (...) de uma mundividência hedonista", ao arrepio da neutralidade característica de "qualquer ordenamento de cariz liberal", como se os ideais de vida boa da concreta mulher consenciente não pudessem realizar-se "por meio da privação física de fontes de prazer"[205].

Segundo: contrariamente à ideia de um Estado de Direito, alicerçado na dignidade de cada pessoa humana, "no pluralismo de expressão e organização política democráticas" e "no respeito e garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais", incluindo os direitos à integridade e identidade pessoais, ao livre desenvolvimento da personalidade individual, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à livre expressão do pensamento, à liberdade de consciência, de religião e de culto (artigos l.º, 2.º, 25.º/1, 26.º/1, 37.º/1 e 2, e 41.º, da CRP), nenhuma mulher se conceberia a consentir numa MGF, ou alguma vez poderia consentir autenticamente na sua

[202] Fórmula de PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 124.

[203] As palavras colocadas entre aspas são de AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 337-338.

[204] Assim, PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., pp. 121-122): "colocar a autonomia da mulher fora do discurso e do enquadramento legal", quanto a todas as práticas lesivas do aparelho genital feminino por razões não médicas, traduz-se num "alargamento excessivo de considerações de ordem pública por parte do Estado, capaz de comprometer a sua qualificação como Estado de Direito democrático e social", e numa "menorização das opções da mulher relativamente a decisões que afectam o seu próprio corpo, transmitindo a ideia de que (...) [há] uma 'falsa consciência' da sua parte sempre que consente em lesões do seu aparelho genital por razões não médicas".

[205] AUGUSTO SILVA DIAS, "Faz sentido punir o ritual do *fanado*?", cit., pp. 23-24.

realização[206]. O que, por um lado, implica uma "visão universalizada de 'mulher', *as if one could 'became a woman' irrespectively of her race, ethnicity, culture, religion, national origin, migration status, age, sexuality, education, and body-ability*. Tal visão transcultural de mulher *leads to represent any woman that does not conform to that model as a victim of patriarchal cultural traditions in need to be saved (...). It results in a paternalistic approach that shapes the legal treatment of adult women as legal minors*[207]. Por outro, traduz-se em "tomar os limites da própria experiência cultural como os limites do pensável", naquilo que constitui uma clara manifestação de iliberalismo[208] e de imposição imperialista da concepção "ocidental" de mulher, almejando colonizar, pela força do Direito Penal, outras visões culturais do "ser-se mulher"[209].

Terceiro: na prática dos ordenamentos jurídico-penais ocidentais (*Law in action*), a proclamada irrelevância do consentimento da vítima para intervenções não médicas no aparelho genital feminino[210], opera, em exclusivo, quanto à MGF ritual, numa clara discriminação das mulheres "não ocidentais"[211]. Estas representam o "'outro culturalmente marginalizado", afastado da "arena pública", impedido de apresentar "o seu entendimento das intervenções rituais nos genitais femininos". O que, enquanto manifestação de

[206] Sobre este argumento, CATRIONA MCKINNON, *Toleration. A critical introduction*, pp. 110-112.

[207] M. CATERINA LA BARBERA, "Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 4.1.

[208] Assim, CATRIONA MCKINNON, *Toleration. A critical introduction*, cit., p. 112. Eis o que escreve a Autora (pp. 111-112): *the practice of FGM on adult women ought to be regulated (in part) according to the principle 'volenti non fit injuria',* [porque] *blanket prohibition is an intolerant approach at the level of principle*; *consensual FGM* [can] *lies within the limits of reasonable pluralism*; *liberals should demand a proper account of the significance of the practice to women who wish to practice it (as – indeed – they should of those who wish to engage in SM [sadomasochistic] sex practices and other forms of bodily mutilation) to place in the context of a more general, philosophical account of the importance of membership of communities of meaning to the individual good*; *blanket prohibitions* (...) *applied at the level of principle* (...) [configuram um] *a priori knowledge of the limits of consent for all women,* [o que constitui] *a morally unacceptable strategy given a commitment to political justification within the limits of reasonable pluralism.*

[209] Com toda a razão ANTÓNIO BRITO NEVES ("Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas", cit., p. 132) recorda que o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) deve ser interpretado à luz da democracia pluralista, que a Constituição impõe que seja o Estado português (artigo 2.º da CRP), o qual está, ademais, obrigado a reconhecer a todas as mulheres o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade e a protegê-las contra qualquer forma de discriminação (artigo 26.º/1 da CRP). Acrescenta-se: o Estado está obrigado a proteger as mulheres contra qualquer forma de discriminação, incluindo a proveniente dele próprio e do seu Direito Criminal, nem que seja através da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas penais positivas pelos tribunais judiciais (artigos 18.º/1 e 204.º da CRP). Por isso, conclui ANTÓNIO BRITO NEVES: "impor a intervenção penal em qualquer caso de mutilação genital feminina, com indiferença pelos motivos que guiaram o consentimento e pelo contexto em que a prática teve lugar, [traduz-se numa] irrogação paternalista e até moralmente autoritária das concepções maioritárias sobre o que corresponde ao bem-estar de cada um[a]". À mesma conclusão chega JOÃO VARELA, "O Direito Penal numa sociedade multicultural. O caso especial da mutilação genital feminina", cit., pp. 169-170.

[210] Na senda da definição do tipo IV da MGF pela OMS.

[211] Correctamente denuncia M. CATERINA LA BARBERA ("Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 3) a presença de enviesamentos culturais por detrás de uma abordagem supostamente médica das intervenções sobre os genitais femininos por parte da OMS.

segregacionismo e autoritarismo estatais[212], volta a violar, desde logo, o "pluralismo de expressão e organização política democráticas" que, segundo a Constituição portuguesa (artigo 2.º), deveria caracterizar o nosso Estado de Direito democrático. Mas, ademais, a falta de diálogo com a "população-alvo" obsta à "transformação de comportamentos sociais profundamente enraizados", a partir do interior das comunidades que os assumem, levando, pelo contrário, à sua cristalização como "instrumento de resistência à dominação colonial" da cultura ocidental (e da sua concepção da mulher) e modo de afirmação da identidade do respectivo grupo étnico ou sócio-cultural. O que, em vez de integrar as mulheres que se pretende proteger, acaba por aumentar, ainda mais, a sua vulnerabilidade ao próprio ritual e às péssimas ou inexistentes condições sanitárias em que o mesmo continua a ser realizado, numa clandestinidade e secretismo intensificados pela própria perseguição criminal sem tréguas. Perseguição que não é só dos agentes, mas acaba por sê-lo, igualmente, das vítimas[213].

Neste ponto, importa considerar outro ensinamento e mais uma proposta de AUGUSTO SILVA DIAS. O ensinamento é o de que "as normas jurídicas não devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com a cultura dominante e com exclusão dos pontos de vista das demais, mas com base numa cultura cívica comum que é produto da autonomia pública de cidadãos deliberativos, portanto, de um exercício inclusivo de razão pública, na qual comparticipa o 'outro' e cujo acervo abarca as suas interpretações"[214]. A proposta é de uma "hermenêutica intercultural [que] não se queda pela consideração pelo intérprete/aplicador da motivação cultural que conduziu ao facto", mas pretende ir "mais fundo, confrontando o conteúdo dessa motivação, designadamente as regras etnoculturais em que ela se funda, com as estruturas normativas

[212] CATRIONA MCKINNON (*Toleration. A critical introduction*, cit., pp. 110-112) confronta, com interesse, a questão da consensualidade na MGF e a controvérsia suscitada no Reino Unido pelo *caso Spanner*, que, em 1990, levou à condenação de alguns homossexuais por ofensas à integridade física (algumas graves), na sequência de práticas sadomasoquistas consensuais. Com acutilância a Autora nota: *Many liberals are disturbed by the ruling in the Spanner case: it raises worrying questions about privacy, individual autonomy, and sexual freedom, and may set dangerous precedents for legal intrusion into areas of life that liberals have historically conceived of as beyond the reach of the state. With respect to the Spanner case, many liberals argued that consent should have been a defense, and that the judgements involved betrayed establishment homophobia and fear-generated prejudice against SM practitioners. However, if the prohibition of FGM for (putatively) consenting adult women is justified by liberals with reference to the claim that the rights it violates are inalienable or non-waivable, or that no-one could, or ever does, consent to such a procedure, then it is not clear that these liberal responses to the Spanner case can be defended. The physical damage of the assaults for which men in the Spanner case were prosecuted were as serious and damaging as much of the physical damage caused to women who undergo FGM, and consenting to beatings and genital laceration for sexual pleasure is as unthinkable to most people as giving consent to FGM is for most Western women (or as consensual castration is for most men). Liberals who opposed the prosecution of the Spanner defendants should oppose the prohibition of consensual FGM.*

[213] Sobre estas questões, M. CATERINA LA BARBERA, "Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., pontos 4.2, 4.5 e 6. Também FABIO BASILE ("Il reato di 'pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza", cit., p. 20) sublinha: a proibição e perseguição penal da MGF, em lugar de terem erradicado a sua prática, reforçaram "os laços de cumplicidade e silêncio no seio dos grupos imigrantes ainda ligados a esta tradição, resultando num maior fechamento em relação à sociedade e à cultura italianas".

[214] *Crimes culturalmente motivados*, cit., p. 44.

da cultura cívica comum que o ordenamento jurídico incorpora, testando as possibilidades de harmonização entre aquelas regras e estas estruturas". O objectivo é o de "verificar se o comportamento culturalmente motivado, apesar de infringir uma norma jurídico-penal, pode ser, ainda assim, valorado globalmente como permitido ou tolerado" e, em caso de resposta negativa, se "há fundamento bastante para desculpar o agente ou atenuar a pena"[215].

Também convém não perder de vista os efeitos das leis e campanhas anti-MGF sobre a representação de si e a sexualidade das mulheres e raparigas que foram excisadas antes de emigrarem. *The discovery of being permanently mutilated and unable to achieve sexual satisfaction can lead to distress and sexual dysfunction, which is in turn erroneously attributed to ritual interventions on female genitalia*[216]. Entre nós, a equipa de enfermeiras, que no Hospital Fernando da Fonseca se especializou no acompanhamento de parturientes excisadas, alerta: "Para estas mulheres é algo cultural que lhes faz sentido, e não as podemos abordar falando em mutilação, é extremamente agressivo. Temos de falar no 'corte' ou no 'fanado'". O que evidencia a importância da própria linguagem que se usa no diálogo com a "culturalmente outra"[217].

A tudo isto acresce que a pretensão de retirar toda a ampla incriminação da MGF (artigo 149.º/1) do âmbito de aplicação do consentimento justificante (artigos 38.º e 149.º/1 e 2) desrespeita tanto a concepção internacional da MGF como tortura (somente quando se trate de *violência contra a mulher baseada no género*), como ainda a CI e o respectivo Relatório Explicativo. Com efeito, o artigo 41.º/1 da CI não impõe aos Estados-Parte a criminalização das condutas de auxílio ou instigação à automutilação (mas somente à heteromutilação), reconhecendo assim a livre disponibilidade do aparelho genital feminino por parte da sua titular. O artigo 38.º, als. *b)* e *c)*, da CI, ao diferenciar o âmbito de protecção contra a heteromutilação conferida à rapariga e à mulher (excluindo o incitamento de mulher à heteromutilação), inequivocamente lhe reconhece o direito à auto-determinação quanto a heterolesões do seu aparelho genital. Tanto assim que (convém recordá-lo) se lê no respectivo Relatório Explicativo (n.º 201): *The drafters felt it important to differentiate between adult and child victims because they did not wish to criminalise the incitement of women to undergo any of the acts listed in lit.a.* Portanto, a CI nunca pretendeu tratar ou transformar a mulher adulta numa menor, incapaz e necessitada de protecção contra si mesma, sempre que estivesse em causa uma lesão dos seus órgãos genitais por razões não médicas.

---

[215] AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados*, cit., pp. 51-52. Sobre a apreciação paralela na esfera do leigo, o diálogo intercultural e a hermenêutica intercultural, veja-se, ainda, do mesmo Autor, "Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau", RPCC 6 (1996), Abril-Junho, (pp. 209-232) 226-232; "Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais", cit., pp. 69-80; e "A responsabilidade criminal do 'outro': os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural", cit., pp. 101-108.

[216] M. CATERINA LA BARBERA, "Ban without prosecution, conviction without punishment, and circumcision without cutting", cit., ponto 4.5.

[217] CHRISTIANA MARTINS, "Há notícia de 40 mutilações genitais em 2021", *Jornal Expresso*, 21.05.2021, Primeiro Caderno, p. 21.

Nas situações de heteromutilação genital, baseada em consentimento livre, esclarecido e não contrário aos bons costumes de mulher adulta e mentalmente sã (por não atentar contra a sua "substância humana"), o consentimento da ofendida opera (tem de operar) como cláusula de exclusão da ilicitude (artigos 38.º e 149.º/1 e 2) do facto previsto no artigo 144.º-A/1[218]. A alternativa não é considerar que, nestes casos, se está fora do tipo da MGF (enquanto forma de violência de género atentatória da igualdade entre mulheres e homens e da dignidade das mulheres, raparigas e crianças), reentrando-se plenamente no âmbito de protecção dos artigos 143.º e 144.º. O que, afastando o tipo do artigo 144.º-A/1, permitiria a aplicação dos artigos 143.º e 144.º e do regime jurídico-penal geral do consentimento do ofendido[219].

A conclusão que se impõe deve ser outra: a da total desnecessidade, incompreensão e incongruência do disposto no artigo 149.º/3 – além da sua inconstitucionalidade – tendo em conta que o alargamento da incriminação da MGF a todas as práticas lesivas do aparelho genital feminino por razões não médicas determinou a limitação do bem jurídico tutelado à integridade física da pessoa do sexo feminino. O mesmo interesse que o artigo 149.º/1 considera livremente disponível, com as restrições ditadas pela cláusula dos bons costumes, interpretada à luz princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão negativa de obstáculo à coisificação do ser humano (artigo 149.º/2).

Conclusão

O tipo social da MGF é o de um crime culturalmente motivado e expressivo de uma forma de violência contra as mulheres baseada no género, almejando o controlo e a subjugação dos seus corpos, da sua autonomia e sexualidade. Contudo, o respectivo tipo legal foi ampliado a quaisquer práticas lesivas do aparelho genital feminino por razões não médicas (artigo 144.º-A/1).

Por isso, na sua literalidade, o texto legal do artigo 149.º/3 afasta a relevância do livre consentimento de mulher adulta e mentalmente sã quanto a todas as intervenções não terapêuticas no aparelho genital feminino, mesmo as supostamente estéticas.

[218] Não me parece que esta solução (exclusão da ilicitude por consentimento da ofendida) possa aplicar-se à heteromutilação genital livremente consentida por menor de 16 ou 17 anos de idade. Nestas e noutras hipóteses de menoridade (alargada) da vítima – como sucede no quadro dos crimes contra a liberdade sexual –, deverá manter-se a punição dos autores e participantes na MGF nos termos do artigo 144.º-A/1, tendo em conta que, à luz da CI [artigo 3.º, al. *f)*] e do Direito Internacional (artigo 3.º, al. *a)*, da Convenção de Lanzarote), mulher é a pessoa de idade superior a 18 anos.

[219] Afasta igualmente esta alternativa PAULA RIBEIRO DE FARIA ("A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 121), por entender que a mesma conduz "a uma valoração bastante ampla do sentido da lesão, de legitimidade duvidosa face à forma como o legislador formulou a incriminação. (...) o que o tipo legal proíbe e pune é 'qualquer prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas'". O que, acrescenta-se, no plano da exclusão da ilicitude por consentimento da ofendida, não pode obstar "a uma interpretação e valoração rigorosa (...) do sentido da lesão concreta por parte do juiz e do Ministério Público, permitindo que onde não se trate de verdadeira mutilação genital [com o seu "cunho de tortura e discriminação"] seja possível a justificação". As expressões colocadas entre aspas são de PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, p. 123.

Contudo, a mulher já pode livre e validamente consentir noutras intervenções cosméticas (*v.g.* ao rosto, lábios, seios, barriga ou nádegas).

A opção vertida no artigo 149.º/3 contrasta, à uma, com a condescendência legislativa quanto às alterações genitais masculinas, mesmo que rituais, as quais continuam submetidas aos artigos 143.º e 144.º e, assim, ao regime geral do consentimento justificante, somente limitado pela necessidade de preservar a "substância humana" do consenciente capaz de consentir. O que, ao contrário do pretendido, tem um efeito de menorização das mulheres, face aos homens, no que concerne a decisões relativas aos respectivos órgãos genitais. E, à outra, com a restrição do bem jurídico tutelado pela incriminação da MGF à integridade física de pessoa do sexo feminino logo que se estendeu a incriminação a quaisquer práticas lesivas do aparelho genital feminino por razões não médicas. Extensão que terá sido, porventura, ditada pelo intuito (axiologicamente justificado, mas de aplicação prática fracassada) de evitar a discriminação entre mulheres e culturas, permitindo alterações genitais cosméticas solicitadas por mulheres socializadas na cultura ocidental, do mesmo passo que se proscrevia as intervenções rituais nos genitais das "outras" mulheres, socializadas fora da cultura ocidental e da sua concepção (pretensamente universal e "transcultural") de mulher e de bem-estar feminino. Porém, tal ampliação arredou – definitivamente – do âmbito de protecção do artigo 144.º-A/1 a livre sexualidade da rapariga ou mulher e "a sua igualdade perante os homens do mesmo grupo"[220].

Sendo idêntico o bem jurídico protegido pelos artigos 143.º, 144.º e 144.º-A, surge incompreensível o "musculado" regime punitivo previsto para a MGF, que inclui a incriminação dos actos preparatórios (artigo 144.º-A/2), a irrelevância do livre consentimento prestado por mulher adulta e mentalmente sã (artigo 149.º/3) e o afastamento do privilegiamento pelos motivos referidos no artigo 133.º (cfr. artigo 146.º).

Tal regime punitivo revela-se materialmente inconstitucional por violação dos seguintes princípios: (i) *legalidade*, ao menos no que respeita à incriminação genérica, indeterminada e indeterminável, dos actos preparatórios; (ii) *proporcionalidade*, por se limitar à MGF, quando a circuncisão masculina pode ser também culturalmente condicionada, realizada em deploráveis condições sanitárias, em crianças sem idade para consentir, e com sequelas graves para a sua integridade corporal, a sua saúde física e psíquica[221]; (iii) *igualdade entre homens e mulheres*, por afinal implicar uma menorização das decisões e opções da mulher relativamente ao seu aparelho genital e à sua sexualidade; (iv) da *igualdade entre mulheres*, excluindo as não socializadas

[220] Expressão de PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 105.

[221] BRIAN D EARP ("Female genital mutilation and male circumcision: towards an autonomy-based ethical Framework", cit., p. 99): os órgãos genitais têm um significado psicossexual único. *Indeed, genitals are not like other parts of the body. This can be seen in the fact that sexual assault, in Western societies, is typically regarded as a more severe and more personal violation than other kinds of bodily assault. Accordingly, the outright cutting and/or alteration of a child's genitals seems much more likely to be the sort of interference that would later be experienced as a harm, compared against various other childhood bodily alterations that are sometimes raised in the literature.*

na cultura ocidental da "arena pública" e da construção de uma "cultura cívica comum" que também integre a sua perspectiva sobre o "ser-se" mulher, o que redunda numa violação do *pluralismo de expressão e de organização política democráticas* que deve caracterizar o Estado de Direito português (artigo 2.º da CRP).

Em face disto, considera-se imprescindível e urgente uma reforma legislativa que assegure a unidade e coerência do sistema jurídico-penal e dos próprios crimes contra a integridade física:

(a) *Revogando o artigo 144.º-A/2*, a fim de afastar a violação dos princípios da legalidade e estrita necessidade da intervenção penal (artigo 18.º/2 da CRP) e, ainda, o risco de punição da mera tentativa de participação na MGF;

(b) *Incluindo no artigo 144.º-A qualquer prática lesiva do aparelho genital de outrem* (pessoa do sexo masculino ou feminino) *por razões não médicas*, reconhecendo que são culturais todas as modificações corporais não terapêuticas[222];

(c) *Sujeitando a mutilação sexual de outrem por razões não médicas ao regime geral do consentimento para lesões à integridade física* (artigos 38.º e 149.º/1 e 2), com a consequente revogação do artigo 149.º/3, cuja constitucionalidade depende da respectiva redução teleológica às intervenções nos genitais femininos que, correspondendo ao tipo social da MGF, tragam consigo "o cunho da tortura e da discriminação" das meninas e mulheres[223];

(d) Admitindo o privilegiamento das alterações genitais de outrem nos termos gerais dos crimes contra a integridade física.

---

[222] Assim, com toda a razão, MOIRA DUSTIN ("Female genital mutilation/cutting in the UK: Challenging the inconsistencies", cit., p. 20), propondo: *the application of consistent principles of choice and the recognition of all non-therapeutic bodily modifications as 'cultural'. This could mean making a distinction between adults who can choose how to modify their bodies in irreversible ways – however much the majority might deplore their choices – and children who cannot. Application of this framework would have several implications. (...) male circumcision of boy babies, where it has been established that it has no medical benefits, is unacceptable; (...) it would be illegal to circumcise a girl under the age of consent; and (...) if an adult woman wants to have her genitals 'tidied up' after childbirth or her labia reduced through 'cosmetic' surgery, then she should be allowed to make that choice. This may not be a satisfactory position, but it is a way of avoiding double standards while the real work of changing the attitudes that produce these practices takes place.*

Concordante, BRIAN D EARP ("Female genital mutilation and male circumcision: towards an autonomy-based ethical Framework", cit., pp. 99-100): *the test for moral permissibility (...) would rest not so much on considerations of sex or gender – according to which boys, compared to girls, are treated less favorably – but more on considerations of informed consent, reflecting an underlying concern for the "genital autonomy" of children. (...) FGA [female genital alteration] and MGA [male genital alteration] are both highly problematic practices, with far more overlap between them (both physically and symbolically) than is commonly understood: they should not be discussed, therefore, in hermetically-sealed moral discourses*.

Da mesma opinião, entre nós, PEDRO MIGUEL FREITAS, "Da circuncisão feminina (mutilação genital feminina) à circuncisão masculina", cit., pp. 95-97.

[223] Fórmula de PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina", cit., p. 121.

DOGMÁTICA PENAL COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Thiago Pierobom de Ávila*

SUMÁRIO: Introdução; I. A introdução da perspectiva de gênero no ordenamento jurídico brasileiro; II. A violência psicológica na VDFCM como coerção imanente e como lesão à saúde; III. A violência sexual e a exigência de resistência; IV. A criminalidade feminina; 1. Legítima defesa da mulher em contexto de violência doméstica crônica; 2. Mulheres e o tráfico de drogas; 3. Outras áreas: crimes omissivos impróprios e o aborto; Conclusão.

Introdução

Há muito tempo a crítica feminista tem denunciado um conjunto de violências às mulheres normalizado pelas representações socioculturais sobre as relações de gênero[1]. Apesar de diretrizes de direito internacional e novas leis que procuram incorporar aspectos dessa perspectiva, o funcionamento prático do sistema de justiça criminal segue replicando as históricas discriminações às mulheres[2]. Segmento

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, sob orientação do Prof. Doutor Augusto Silva Dias, com pós-doutorado em Criminologia pela Universidade Monash (Austrália). Professor Associado do programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Investigador integrado do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do MPDFT. O autor agradece às colaborações a este texto por Amom Albernaz Pires.

[1] MACHADO, Lia Zanotta, "Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?", *Série Antropologia* 284, 2000, (pp. 1-12). SANTOS, Cecília Macdowell; PASINATO, Wânia, "Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil", *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe* 16(1), 2005, (pp. 147-164). SEGATO, Rita Laura, "Que és un feminicídio: notas para un debate emergente", Série Antropologia, n. 401, 2006, (pp. 1-11). BANDEIRA, Lourdes Maria, "Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação", *Revista Sociedade e Estado* 29(2), 2014 (pp. 449-469). ZANELLO, Waleska, *Saúde mental, gênero e dispositivos – cultura e processos de subjetivação*, Curitiba: Appris, 2018. CAMPOS, Carmen Hein de; SEVERI, Fabiana Cristina, "Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira", *Direito & Práxis* 10(2), 2019, (pp. 962-990).

[2] CAMPOS, Carmen Hein de, "Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha", in: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.), *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, (pp. 1-12). GOMES, Camilla de Magalhães, "Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito: das possibilidades de uma hermenêutica constitucional antiessencialista e decolonial", *História: Debates e Tendências* 18(3), 2018, (pp. 343-365). PIMENTEL, Elaine; MENDES, Soraia, "A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 146(26), 2018, (pp. 305-328). CNJ; IPEA, *O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres,* Brasília: CNJ, 2019.

doutrinário tem argumentado quanto à necessidade de uma incorporação da "perspectiva de gênero" pelo sistema criminal[3].

O presente artigo argumenta que o reconhecimento do caráter estrutural da violência de gênero exige uma reconfiguração do campo político-criminal e das categorias dogmáticas tradicionais do direito penal, para refletirem adequadamente as experiências de violências de mulheres diversas e a nova diretriz político-jurídica de equidade de gênero. O trabalho não pretende realizar uma revisão aprofundada dos fundamentos das estruturas dogmáticas, apenas sinalizar, por meio de uma metodologia indutiva derivada da visão panorâmica da coleção de casos de recalibragem das estruturas dogmáticas do direito penal brasileiro, a possível emergência de um campo jurídico-hermenêutico próprio da dogmática penal com perspectiva de gênero[4].

Utiliza-se como referencial teórico a teoria feminista do direito, aqui compreendida como um corpo teórico de análise da ciência jurídica e de seus fundamentos, produzido a partir de estudos que utilizam predominantemente aportes feministas sobre as relações de gênero[5]. Na crítica de Larrauri, "a aplicação 'objetiva' do direito tende a reproduzir a versão social dominante"[6], e esta é a visão a partir da perspectiva do homem (branco, cis, heterossexual e de classe média). Esta visão estaria explícita no recurso argumentativo do "homem médio razoável", diluindo literalmente as mulheres na visão masculina do mundo[7]. As perspectivas feministas buscam inquirir como o direito, tanto na perspectiva teórica quanto em sua operacionalidade prática, tem tratado as mulheres, reconhecendo e criticando as diversas micronormalizações invisíveis da opressão e subordinação das mulheres reproduzidas pelo sistema jurídico e propondo mecanismos

[3] ONU MULHERES; BRASIL, *Diretrizes nacionais feminicídio:* investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres, Brasília: ONU, SPM/PR e Senasp/MJ, 2016. SEVERI, Fabiana Cristina, "Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos", *Revista Digital de Direito Administrativo* 3(3), 2016, (pp. 574-601). CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de, "Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 146(26), 2018, (pp. 273-303).

[4] Por dogmática penal não se está referindo à mera construção mecânica de dogmas a partir da teoria do crime, mas a um campo do conhecimento mais alargado responsável por conferir racionalidade, previsibilidade e segurança à aplicação correta do direito penal positivado.

[5] MACKINNON, Catharine, *Feminism unmodified – discourses on life and law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987. BARLETT, Katherine T., "Feminism Legal Methods", in: *Feminism Legal Theory* (coord: Katherine T. Barlett, Rosanne Kennedy)*,* Colorado: Westview Press, 1991 (pp. 370-403). SMART, Carol, *Feminism and the Power of Law,* Londres: Routledge, 1995. CAMPOS, "Razão e sensibilidade", cit. CASALEIRO, Paula, "O poder do Direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart", *Ex æquo* 29, 2014, (pp. 39-53). FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro, "Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância", in: VVAA., *Discursos negros:* legislação penal, política criminal e racismo, Brasília: Brado Negro, 2015, (pp. 115-144). SEVERI, "Justiça em uma perspectiva de gênero", cit. CASTILHO/CAMPOS, "Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero", cit. PIMENTEL/MENDES, "A violência sexual", cit. CHAKIAN, Silvia, *A construção dos direitos das mulheres*: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

[6] LARRAURI, Elena, "Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal", *Jueces para la democracia* 23, 1994, (pp. 22-33) p. 22.

[7] AVELLA, Marcela Roa, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad", *Nova et Vétera* 21(65), 2012, (pp. 49-70), p. 62.

jurídicos para superar esta forma de violência institucional. Ela busca trazer o ponto de vista (*standpoint*) da experiência das mulheres e a "lógica dos sujeitos múltiplos"[8]. Novas correntes trazem a perspectiva interseccional e decolonial para a complexificação desta teoria feminista do direito[9].

A análise das consequências hermenêuticas a partir dessa nova visão das relações de gênero utiliza-se dos insumos da teoria estruturante do direito de Müller, para o qual a norma jurídica deriva de um processo de concretização que tem como ponto de partida o texto normativo, mas deve necessariamente considerar o programa normativo (interpretação hipotética a partir da finalidade legal), o âmbito material (dados do caso concreto) e o âmbito normativo (confronto entre âmbito material e programa normativo), para a construção da norma-decisão[10]. Nesta visão, não há propriamente uma separação entre "ser" e "dever ser" na hermenêutica jurídica, mas uma construção entre fatos, diretrizes políticas e texto normativo necessariamente informada pelos saberes interdisciplinares (como os da sociologia, psicologia, economia, ciências de saúde, dentre outros). Esta perspectiva também influencia a hermenêutica criminal, que deve estar integrada pelos fins político-criminais materiais subjacentes à norma penal, criando um direito penal orientado às suas consequências e aberto à dimensão empírica[11]. Ou seja, a adequada compreensão das relações de gênero deve integrar o âmbito normativo, o que altera o resultado da atividade hermenêutica criminal.

Destaca-se de partida que o direito penal não é o instrumento primário de afirmação dos direitos das mulheres, que devem estar calcados num conjunto de políticas públicas de promoção da equidade de gênero, nas áreas de educação para relações de respeito, conscientização social, promoção de maior participação das mulheres nos espaços de poder, promoção de autonomia econômica, relações trabalhistas equânimes, além de atenção à saúde, assistência social, segurança pública e tutela cível de proteção[12].

Apesar destas considerações sobre o caráter residual do direito penal, quando determinado tipo de conduta violenta é reiteradamente praticado e não sancionado, transmite-se a mensagem ao corpo social de que ela é aceita, tolerada, normalizada, o que reforça a prática de outros comportamentos semelhantes. Isso é especialmente

---

[8] HARDING, Sandra, "Rethinking standpoint epistemology: what is 'strong objectivity?'", *The Centennial Review* 36(3), 1992, (pp. 437-470), p. 455.

[9] CRENSHAW, Kimberlé, "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero", *Estudos Feministas* 10, 2002, (pp. 171-188). FLAUZINA, "Lei Maria da Penha", cit. GOMES, Camilla de Magalhães, "Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito", cit. Vale registrar que o pensamento feminista não é monolítico e estático, mas diverso e em evolução, pelo que seria mais correto falar em feminismos no plural. Usualmente estas correntes teóricas estão ligadas pelo reconhecimento da condição da mulher e o compromisso com os valores de equidade e cidadania.

[10] MÜLLER, Friedrich, *Teoria estruturante do direito,* São Paulo: RT, 2008.

[11] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo", in: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución* (coord.: Carlos María Romeo Casabona), San Cristóbal de La Laguna: Centro de Estudios Criminológicos Universidad de La Laguna, 1997, (pp. 309-323). ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal,* trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79.

[12] PASINATO, Wania; MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA; Thiago Pierobom de (Orgs.), *Políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher,* São Paulo: Marcial Pons, 2019.

sensível em se tratando de violência contra as mulheres, por sua invisibilidade histórica. Portanto, afirmar a não tolerância da violência contra a mulher faz parte do projeto político mais amplo do feminismo *mainstream* de desconstruir a normalidade da violência contra a mulher, sempre dentro de uma moldura de respeito às garantias fundamentais dos sujeitos passivos da persecução penal[13].

Em seu percurso, o artigo analisará em que consiste a "perspectiva de gênero" enquanto uma adequada compreensão de dinâmicas fáticas derivadas das relações de poder entre homens e mulheres e como diretriz axiológica de inadmissibilidade da discriminação às mulheres. Em seguida, serão analisadas situações de envolvimento de mulheres como vítimas ou autoras de crimes, procurando-se destacar como a adequada compreensão desta perspectiva traz uma reconfiguração das estruturas dogmáticas criminais tradicionais, como ação, resultado, elementos típicos de grave ameaça ou ausência de consentimento, e excludentes da ilicitude ou culpabilidade. No aspecto de vitimização das mulheres, serão analisados os aspectos de coerção imanentes nas situações de violência psicológica em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher – VDFCM e de crimes sexuais sem uso de violência física. Em relação à autoria criminal feminina, serão analisados os tópicos de reação defensiva à mulher contra o autor de violência doméstica, o envolvimento das mulheres no tráfico de drogas, bem como uma análise *en passant* sobre crimes omissivos impróprios derivados da função de garante da mãe e o aborto. A análise ilustra a emergência de um campo hermenêutico próprio da dogmática penal com perspectiva de gênero.

Penso que as ideias aqui defendidas possuem eco no pensamento crítico do Prof. Augusto Silva Dias, que defendia, por exemplo, que a culpa criminal deveria ser construída a partir de um "tipo social do agente", não construída a partir de juízos normativos abstratos de homem médio, mas a partir de "uma construção hermenêutico-sociológica", ou seja, "a personalidade inserida num determinado mundo de vida"[14]. Esta proposta estabelece uma clara conexão entre a dogmática penal com os saberes multidisciplinares, em especial a sociologia, abrindo portas à exigência de compreensão de como os aspectos políticos e sociais influenciam a ação humana. O Prof. Augusto era uma pessoa ímpar, de profundo conhecimento sobre os desafios das ciências criminais, um crítico da expansão desenfreada e desnecessária do campo punitivo, mas igualmente um defensor da aplicação necessária do direito penal em sua justa resposta ao injusto. Espera-se com este artigo dar continuidade aos ensinamentos de pensamento crítico do Prof. Silva Dias e produzir uma homenagem digna da enorme influência que ele teve (e ainda tem) em minha carreira acadêmica. A publicação deste artigo na presente coletânea de estudos em sua homenagem é uma singela retribuição pelos inúmeros encontros e discussões, tanto em Lisboa quanto em Friburgo, pela orientação zelosa durante meu doutorado, e, acima de tudo, pela marca indelével de seu legado pelo exemplo de humanismo e de pensamento crítico.

[13] V. CAMPOS, "Razão e sensibilidade", cit.

[14] 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 Ed., 2008, p. 728-729.

I. A introdução da perspectiva de gênero no ordenamento jurídico brasileiro

Durante os anos 1970 e 1980, os estudos sobre a violência contra as mulheres no Brasil centravam-se nas críticas ao funcionamento do sistema de justiça criminal, especialmente à impunidade decorrente da aceitação de teses como a da legítima defesa da honra em casos de homicídio perpetrado contra parceiro íntimo[15]. Neste período, os estudos sobre a violência contra as mulheres desenvolveram-se a partir de três teorias: dominação masculina (por Marilena Chauí), dominação patriarcal (por Heleieth Saffioti) e violência relacional (por Gregori)[16].

Durante os anos 1990, os estudos internacionais sobre gênero foram incorporados às discussões nacionais[17]. A incorporação passou por um processo de adaptação dessas teorias do "Norte Global" às especificidades brasileiras, tomando em consideração especialmente o histórico de colonialidade, de racismo e as graves desigualdades sociais[18].

Esta transição de paradigmas pode ser sintetizada por Machado[19]:

> [...] a utilização do conceito de gênero propiciou um novo paradigma metodológico: em primeiro lugar porque se está diante da afirmação compartilhada da ruptura radical entre a noção biológica de sexo e a noção social de gênero. Em segundo lugar, porque se está diante da afirmação do privilegiamento metodológico das relações de gênero, sobre qualquer substancialidade das categorias de mulher e homem ou de feminino e masculino. Em terceiro lugar porque se está diante da afirmação da transversalidade de gênero, isto é, do entendimento de que a construção social de gênero perpassa as mais diferentes áreas do social. Estes me parecem os três pilares que permitem diferenciar a proposta paradigmática dos estudos de gênero frente à proposta metodológica dos estudos sobre mulheres [...]. No meu entender, caminhamos e, em parte, chegamos, no campo dos estudos de gênero, a um bom refinamento teórico e metodológico a partir da introdução deste novo conceito e de todas as novas formas e ferramentas correlatas de refletir, indagar e interrogar as formas da construção social e cultural do que, por muito tempo, foram as naturalizadas relações derivadas das diferenças de sexo.

Este paradigma metodológico dos estudos de gênero parte da constatação de que há estereótipos quanto às posições masculina e feminina nas relações sociais, usualmente atribuindo ao homem o papel de domínio sobre a esfera pública, portanto de provedor e de exercício de autoridade, enquanto atribui à mulher a relegação à esfera privada, nas funções de cuidado e em subalternidade. Esta visão cultural dos papéis de gênero

[15] CAMPOS/SEVERI, "Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista", cit.

[16] SANTOS/PASINATO, "Violência contra as mulheres e violência de gênero", cit.

[17] MACHADO, Lia Zanotta, "Onde não há igualdade", in: *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira* (coord: Aparecida Moraes, Bila Sorj), Rio de Janeiro: Ed. 7 Letras, 2009, (pp. 158-183).

[18] CAMPOS/SEVERI, "Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista", cit. GOMES, "Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito", cit. FLAUZINA, "Lei Maria da Penha", cit.

[19] MACHADO, Lia Zanotta, "Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?", *Série Antropologia* 284, 2000, (pp. 1-12), p. 6.

impõe um forte controle sobre a sexualidade da mulher, legitimando reações de disciplina quando há uma violação das expectativas quanto ao cumprimento desses papéis. O exercício dessa disciplina é uma expectativa fortemente cobrada dos homens, enquanto sinônimo de sua virilidade, e a falha em exercer essa disciplina pode levar o homem a também sofrer uma sanção disciplinar por não cumprir seu papel masculino de autoridade.

Nas palavras de Segato, há uma "fraternidade patriarcal" que controla o exercício da masculinidade; não basta ser homem, é necessário constantemente reafirmar sua masculinidade perante os pares para ser aceito como "homem de verdade"[20]. Esta "fraternidade" normaliza as condutas de disciplina sexista praticadas por homens, através de "mitos sexistas", gerando impunidade e reforçando a ordem sexista como inevitável. Para além da diferença de força física entre homens e mulheres, o que está verdadeiramente em jogo é a relação desigual de poder, expressa em quais comportamentos são aceitáveis ou não, e quais reações são exigidas diante de violações de expectativas. A tônica da categoria de análise "gênero" está no caráter histórico e sociocultural das relações entre homens e mulheres, acentuando a não naturalidade dessas relações desiguais de poder e, portanto, abrindo a possibilidade a um projeto político de alteração da forma como elas são construídas.

Um dos aspectos centrais desse conjunto de relações de poder entre homens e mulheres é que ele é estrutural. Há uma dimensão ecológica da violência de gênero, que reconhece a violência contra a mulher como fenômeno complexo e multicausal, com raízes nas dimensões social, comunitária, relacional e individual[21]. Homens e mulheres são socializados, desde a tenra infância, para aceitarem como normal os papeis de gênero e as reações contra o não cumprimento desses papéis. Não é necessário que ninguém exija de uma mulher que seja dócil, cuidadosa, submissa, casta, que ela precisa estar numa relação afetiva para se realizar enquanto mulher e que deve sempre perdoar os rompantes masculinos, pois ela já sabe que todos têm essa expectativa sobre ela. Da mesma forma, ninguém precisa relembrar a um homem que ele não pode levar desaforo para casa, que precisa ter sucesso na vida profissional para ser valorizado, que não pode chorar e expressar suas emoções, que precisa ter um comportamento de hipersexualidade para afirmação de sua virilidade, que precisa exercer uma posição de autoridade na relação com a "sua mulher" e, se necessário, usar da força física para se afirmar como macho, pois o homem também tem consciência dessas expectativas.

Há "dispositivos de controle" que são internalizados por homens e mulheres e impõem uma autodisciplina para que as pessoas continuem a atuar de acordo com a programação social sobre os papéis de gênero, gerando sentimento de culpa quando não se adere ao papel prescrito, e aceitando como normal eventual disciplina recebida[22]. Assim, homens e mulheres replicam estes comportamentos sexistas sem se darem

[20] SEGATO, "Que és un feminicídio", cit., p. 7.

[21] DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G., "Violência: um problema global de saúde pública", *Ciência & Saúde Coletiva* 11, 2007, (pp. 1163-1178).

[22] ZANELLO, *Saúde mental, gênero e dispositivos", cit.*

conta que estão praticando atos de discriminação. Ainda que haja nuances nesta "cultura sexista" e seja possível que determinados indivíduos sejam por ela mais ou menos influenciados, ela é uma tendência. A coerção derivada da violência de gênero é usualmente invisível, imanente nas relações, há uma verdadeira microfísica do poder[23]. Esta cultura sexista cria um ambiente endêmico de violência contra as mulheres, que pode ter seu ápice no feminicídio. Segundo dados do FBSP, em 2017 ocorreram 1.151 feminicídios, e em 2018 foram 1.206 (segundo a definição legal do art. 121, § 2º, inciso VI, do CP), sendo que eles representam apenas 29,6% do total de homicídios de mulheres, muitos dos quais também escondem formas mais invisíveis de violência de gênero[24].

Estes estereótipos de gênero não devem universalizar as mulheres, mas estar abertos à intersecção com outros marcadores de discriminação, como raça, classe social, idade, deficiência, orientação sexual, dentre outros, que constroem um sujeito complexo e plural[25]. Portanto, uma teoria da experiência das mulheres deve considerar que diferentes mulheres experimentam violências potencializadas por múltiplos fatores. Por exemplo, mulheres negras sofrem o acréscimo da violência racista, como no estereótipo de maior lascívia das mulheres negras, que incrementa o risco de mais violências sexuais contra elas[26]. E as mulheres negras e pobres sofrem violências (racistas e de exclusão social) ainda mais intensas que as mulheres negras de classe média. Os estudos de gênero estão fortemente interligados com o ativismo feminista de um projeto político de emancipação das mulheres, com o reconhecimento de que os valores culturais não são imutáveis, mas dinâmicos[27].

Portanto, um duplo movimento de ativismo político por movimentos de mulheres e feministas e de produção acadêmica sobre o campo da violência de gênero criou uma agenda política para que o sistema jurídico pudesse reconhecer e adequadamente enfrentar a violência contra as mulheres[28]. A partir da promulgação de normas jurídicas reconhecendo as especificidades das relações de gênero, criou-se um campo de conhecimento, tanto sociológico quanto jurídico[29], que passou a gerar novas demandas de refinamento dos antigos instrumentos dogmáticos de aplicação do direito, para se tornarem coerentes e operacionais aos novos valores jus-fundamentais.

Esta nova ordem de valores parte da premissa de que comportamentos socialmente tolerados que violam direitos fundamentais não podem ser normalizados por um sistema jurídico efetivamente compromissado com estes direitos. Há um

[23] FOUCAULT, Michel, *Microfísica do poder,* 20ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 2004.

[24] FBSP, *Anuário brasileiro de segurança pública 2019,* São Paulo: FBSP, 2019.

[25] HARDING, "Rethinking standpoint epistemology", cit. CRENSHAW, "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero", cit. CAMPOS, "Razão e sensibilidade", cit. GOMES, "Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito", cit.

[26] FLAUZINA, "Lei Maria da Penha", cit.

[27] MACHADO, "Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?", cit.

[28] SANTOS/PASINATO, "Violência contra as mulheres e violência de gênero", cit.

[29] BANDEIRA, "Violência de gênero", cit. CAMPOS, "Razão e sensibilidade", cit. CASALEIRO, "O poder do Direito e o poder do feminismo", cit. SEVERI, "Justiça em uma perspectiva de gênero", cit.

dever jus-fundamental de enfrentamento à discriminação contra as mulheres que impede a legitimação de tais violências. No contexto jurídico brasileiro, a fundação deste dever de proteção às mulheres está calcada na Constituição Federal de 1988, que reconhece a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e declara o compromisso do Estado em enfrentar a violência doméstica em todas as suas formas (art. 226, § 8º).

No plano internacional, o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, aprovada pela ONU em 1979, e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4.377/2002. Também é signatário da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará – CBP, aprovada pela OEA em 1994, e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.973/1996. Ambos tratados preveem o dever de promover a proteção jurídica dos direitos das mulheres, à luz do princípio da igualdade e da vedação de toda forma de discriminação, bem como de derrogar leis, regulamentos e práticas que respaldem a tolerância da discriminação às mulheres (CEDAW, art. 2º, alíneas "c" e "f"; CBP, art. 7º, alíneas "c" e "e").

Conforme a CF/1988, art. 5º, § 2º, os tratados internacionais sobre direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional após a EC n. 45/2004 e com supralegalidade antes de tal norma[30]. Assim, estes tratados internacionais sobre os direitos humanos das mulheres condicionam a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, exigindo uma verdadeira "interpretação conforme" aos tratados internacionais, sob pena de invalidade da legislação ordinária que contrarie tais diretrizes, permitindo o denominado "controle de convencionalidade"[31].

A convenção CEDAW previu a criação de um comitê para o monitoramento de sua implementação, com representantes dos países signatários e com poder de expedir recomendações de caráter geral (CEDAW, art. 21.1). Há ainda documentos internacionais que orientam a interpretação destas normas, como a Plataforma de Ação de Pequim, aprovada pela ONU em 1995, derivada da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Tais recomendações integram o denominado direito internacional consuetudinário, compondo o arcabouço interpretativo do tratado, por se tratar de uma interpretação dos próprios representantes dos Estados signatários, nos termos do art. 31.3 da Convenção de Viena (Decreto n. 7.030/2009), sobre a interpretação de tratados internacionais.

Há três recomendações do comitê CEDAW de especial interesse para a conformação do sistema jurídico à perspectiva de gênero: Recomendação n. 19/1992 (sobre a violência contra as mulheres); Recomendação n. 33/2015 (sobre o direito das mulheres

[30] BRASIL, STF, HC 87.585, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 3 dez. 2008.

[31] PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia, "A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil", in: *Lei Maria da Penha*: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina (coord: Carmen Hein de Campos), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, (pp. 101-118). SEVERI, "Justiça em uma perspectiva de gênero", cit. CASTILHO/CAMPOS, "Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero", cit.

de acesso à justiça); e Recomendação n. 35/2017 (sobre violência de gênero contra as mulheres, que atualiza as diretrizes constantes da Recomendação n. 19/1992). Estas recomendações trazem uma lista de prescrições quanto ao dever estatal de prevenir, investigar e punir com sensibilidade quanto ao gênero.

Segundo a Recomendação n. 33/2015 do Comitê CEDAW, há discriminação às mulheres pela legislação criminal nas seguintes situações:

> a) ao criminalizar formas de comportamento que não são criminalizadas ou punidas tão duramente caso sejam realizadas por homens, b) ao criminalizar comportamentos que somente podem ser realizados por mulheres, como o aborto, c) ao falhar em criminalizar ou em agir com a devida diligência para prevenir e prover reparação a crimes que afetam desproporcionalmente ou apenas as mulheres, e d) ao encarcerar mulheres por pequenos delitos e/ou pela incapacidade de pagamento de fiança para tais crimes. (CEDAW, 2015, item 47)

No âmbito da legislação doméstica, a principal referência normativa de incorporação dessa perspectiva de gênero é a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Apesar de ser focada no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, ela tem como ponto de partida o reconhecimento das relações de gênero subjacentes à violência, do dever estatal de promover a prevenção da violência de gênero em suas diversas manifestações, de proteger as mulheres e de promover a responsabilização dos agressores. O acolhimento de um novo modelo hermenêutico é expresso no art. 4º da lei, ao estabelecer que "Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar" e ao referir expressamente em seu art. 5º em "violência baseada no gênero". Ou seja, conecta-se a atividade hermenêutica com o programa político-normativo subjacente à norma e uma nova perspectiva de âmbito material moldadas expressamente a partir da compreensão das relações de gênero[32]. Enquanto o direito penal tradicional foca-se apenas no delinquente, o acento interpretativo deste novo paradigma é sobre a experiência da violência pelas mulheres e o dever estatal de proteção eficiente. Assim, a Lei Maria da Penha configura um ponto de vista feminista no Direito brasileiro[33].

A LMP possui um claro programa político-criminal de alteração das relações sociais para a superação da normalização da violência de gênero, o que traz impactos em categorias jurídicas tradicionais. Por exemplo, a substituição da expressão "vítima" por "mulher em situação de violência", busca trazer um deslocamento discursivo de uma posição estática e imutável de passividade da mulher, para uma posição dinâmica de transição rumo à superação da violência[34].

Além da LMP, merece destaque no âmbito da legislação "gender sensitive" a lei do feminicídio (Lei n. 13.104/2015) e as reformas relacionadas aos crimes contra a

[32] V. MÜLLER, *Teoria estruturante do direito,* cit.

[33] CAMPOS, Carmen Hein de, *Criminologia feminista*: teoria feminista e crítica às criminologias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

[34] CAMPOS, "Razão e sensibilidade", cit.

dignidade sexual, especialmente a elevação do estupro a crime hediondo pela Lei n. 8.930/1994, a criação do crime de assédio sexual no trabalho pela Lei n. 10.224/2001, a mudança de nomenclatura dos crimes contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual pela Lei n. 12.015/2009 e a criação do crime de importunação sexual pela Lei n. 13.718/2018. No que tange aos crimes praticados por mulheres, a principal inovação jurídica é a Lei n. 13.257/2016, que introduziu o art. 381-A do CPP para criar a possibilidade de prisão domiciliar à gestante ou mulher com filho até 12 anos de idade incompletos, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Há intenso debate dentro das correntes feministas sobre a legitimidade da utilização do direito penal (ou do próprio direito) enquanto instrumento de proteção às mulheres. Segmento teórico feminista tem sido cético com o potencial do direito em reconhecer e promover a equidade de gênero, reconhecendo que ele é mais propenso a gerar prejuízos às mulheres do que mudanças sociais benéficas[35]. Todavia, como destaca Casaleiro, este posicionamento tem um caráter essencialista e desconsidera que o Direito é um local de disputa sobre os significados de gênero, sendo, portanto, possível uma reconstrução do Direito a partir de premissas feministas[36]. Advoga-se uma nova hermenêutica constitucional não essencialista[37].

Especificamente em relação ao uso do direito penal, correntes dentro do próprio movimento feminista questionam a legitimidade de sua utilização em favor das mulheres. Segundo Vasconcellos, "a utilização do direito penal como forma de garantir a igualdade de gênero e prevenir a violência implica em prejuízos para a administração dos conflitos domésticos e familiares, uma vez que a lógica penal coloniza todos os demais mecanismos voltados para a prevenção da violência e garantia de direitos"[38]. Vozes dentro do feminismo têm advogado por uma absoluta descriminalização da violência doméstica ou por privilegiar intervenções sem caráter punitivo, como forma de prestigiar a liberdade, autonomia e agência da mulher[39].

Outras correntes sustentavam que o fortalecimento do sistema criminal em um contexto brasileiro de não assimilação plena de uma cultura de respeito por direitos humanos poderia representar a legitimação de mais violências institucionais, como as decorrentes do crescente encarceramento feminino (majoritariamente pelo tráfico de drogas), as mortes de jovens negros decorrentes de confrontos com a polícia, a criminalização do aborto e diversas outras formas de revitimização estatal às mulheres em seus relacionamentos com o sistema de justiça, como sua culpabilização quando denunciam uma violência sexual, risco de serem criminalizadas por denunciação caluniosa, conduções coercitivas a audiências ou consequências familiares adversas

[35] SMART, *Feminism and the Power of Law,* cit.

[36] CASALEIRO, "O poder do Direito e o poder do feminismo", cit.

[37] GOMES, "Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito", cit.

[38] VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti, *Punir, Proteger, Prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal,* Tese de Doutorado em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2015, p. 9.

[39] GOODMARK, Leigh, *Decriminalizing domestic violence – a balanced policy approach to intimate partner violence*, Oakland: University of California Press. 2018. MONTENEGRO, Marília, *Lei Maria da Penha – uma análise criminológico-crítica*, Rio de Janeiro: Revan, 2015.

derivadas da intervenção do direito penal[40]. Em relação às mulheres negras e socialmente excluídas, há riscos acentuados de revitimização nas interações com o sistema de justiça criminal[41].

Todavia, por outro lado, forte segmento feminista advogou a legitimidade e necessidade do uso do direito penal (ao menos neste momento histórico) em conjunto com diversas outras soluções não punitivas, para promover o reconhecimento e a superação da violência experimentada pelas mulheres, sem prescindir da humanização do sistema penal, dentro de uma perspectiva de respeito às garantias fundamentais do sujeito passivo da persecução[42]. Em outras palavras, apesar de a tutela penal não ser central na proteção às mulheres (e sim as políticas públicas de proteção e as intervenções jurisdicionais de cunho não punitivo), a justiça criminal é um instrumento necessário para a proteção à mulher e enquanto meio de comunicação da inadmissibilidade estatal à violência contra as mulheres, trazendo a violência privada à esfera pública. Segundo Silva Sánchez, esta demanda do movimento feminista e outros (como o ecológico) argumenta que a proteção ao mais fraco, nesses contextos, passa não pela abolição da tutela criminal, mas por uma "reabilitação científica do direito penal liberal"[43].

Sobre a tensão entre criminologia crítica e o uso do direito penal para a proteção das mulheres, afirmam Campos e Carvalho[44]:

> Desde esta perspectiva, entendemos que a Lei Maria da Penha pode proporcionar uma importante agenda para a superação e o enfrentamento aberto das tensões apresentadas, sobretudo porque sua proposta ultrapassa o campo meramente repressivo e os maniqueísmos determinados pela lógica binária das jurisdições cíveis ou criminais. Neste aspecto entendemos crucial reforçar a ideia de que estamos perante um novo modelo, regido por uma lógica diversa da *forma mentis* misógina que vem regendo o Direito na Modernidade. [...] Assim, ao que tudo indica, ser feminista e crítica/o seria possível apenas à medida que formos nos submetendo à complexidade e à fragmentariedade da contemporaneidade.

[40] ANDRADE, Vera Regina Pereira de, "Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 48, 2004, (pp. 260-290).

[41] FLAUZINA, "Lei Maria da Penha", cit.

[42] CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de, "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira", in: *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista* (Carmen Hein de Campos), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, (pp. 143-169). MENDES, Soraia da Rosa, "A violência de gênero e a lei dos mais fracos: a proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara penal", in: *A mulher e a justiça – a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos* (coord: Thereza Karina de Figueiredo Gaudêncio Barbosa), Brasília: AMAGIS, 2016, (pp. 65-78). PRANDO, Camila Cardoso de Mello, "O que veem as mulheres quando o direito as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances de intervenção do direito nos casos de violência doméstica", *Revista de Estudos Criminais* 60, 2016, (pp. 115-142). BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia, *Crimes contra mulheres,* Salvador: Jus Podivm, 2019.

[43] SILVA SÁNCHEZ, "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo", cit., p. 331.

[44] CAMPOS/CARVALHO, "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica", cit., pp. 166-167.

Segundo Smart, o direito possui diversos mecanismos de desqualificação da experiência das mulheres[45]. A incorporação da perspectiva de gênero pelo sistema jurídico-criminal implica no reconhecimento dessas relações estruturais de poder subjacentes às infrações penais envolvendo mulheres como sujeito ativo ou passivo e os impulsos que advêm destas relações, mas cria uma diretriz de não desqualificação da experiência das mulheres diante do compromisso ético e constitucional com o paradigma dos direitos fundamentais.

Aqui há um desafio. Se o sistema penal simplesmente normaliza os impulsos socioculturais que exigem reações de violência diante de determinados comportamentos das mulheres, ao violarem as expectativas sexistas, legitimará institucionalmente a violência de gênero, tornando-se uma "tecnologia de gênero" e perpetuando as históricas desigualdades[46]. Aliás, esse foi o papel histórico do direito penal; as Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título XXXVIII, legitimavam o homicídio praticado pelo marido ao flagrar a mulher em adultério, desde que contra homem de extrato social inferior; e até o advento da Lei n. 11.106/2005, o Código Penal brasileiro ainda trabalhava com o conceito de "mulher honesta" como vítima aceitável nos crimes sexuais[47]. Portanto, a perspectiva de gênero releva a necessidade de valoração do aspecto ético das condutas violentas moldadas em emoções e sentimentos derivados de valores socioculturais sexistas como comportamentos que não podem ser tolerados pelo Estado de Direito, da mesma forma que os demais comportamentos discriminatórios, como o racismo, xenofobia, intolerância religiosa ou homofobia[48]. Assim, a perspectiva de gênero altera a compreensão do ciúme enquanto manifestação de amor e paixão para a do exercício de poder, controle e possessão sobre outra pessoa, bem como revela o aspecto autoritário do valor da "honra do chefe de família".

Ou seja, o fato de normalmente (ordinariamente) os homens reagirem com violência dita passional diante de determinados comportamentos das mulheres não torna este comportamento normal (aceitável); ao contrário, torna esta conduta ainda mais reprovável, pois para além de praticar uma violação a um direito individual, está-se reforçando a vigência de uma ordem de valores sexista que normalizará a mesma violência contra diversas outras mulheres. Isso porque a violência contra as mulheres é uma metalinguagem, é um ato que possui o significado de criticar a conduta da mulher e reafirmar a masculinidade do agressor, no caso concreto, mas também de reforçar a exigência de que os demais homens cumpram seus papéis de macho[49].

Há diversos mecanismos dogmáticos para o direito penal desqualificar a experiência das mulheres e normalizar a violência sexista, seja a argumentação de atipicidade por

[45] SMART, *Feminism and the Power of Law,* cit.

[46] LAURETIS, Teresa de, "A tecnologia do gênero", in: *Feminismo como crítica da cultura* (coord: Heloisa B. de Holanda)*,* Rio de Janeiro: Rocco, 1994, (pp. 7-21).

[47] CHAKIAN, *A construção dos direitos das mulheres,* cit., p. 99.

[48] Neste sentido, Palma afirma que "a base da diminuição da culpa não é, assim, apenas o poder das emoções sobre a liberdade ou a vontade, mas sobretudo – ou pelo menos também, o valor da própria emoção numa certa perspectiva ética"; PALMA, Maria Fernanda, *O princípio da desculpa em direito penal,* Coimbra: Almedina, 2005, p. 169.

[49] MACHADO, "Perspectivas em confronto", cit. SEGATO, "Que és un feminicídio", cit.

ausência de lesividade (insignificância) ou por invisibilidade de elementares típicas ligadas ao caráter coercitivo e abusivo da conduta, a justificante de legítima defesa da honra ou exercício regular de direito, a exculpante de inexigibilidade de conduta diversa, ou um privilégio de "violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima" (CP, art. 121, § 1º). Há ainda a mobilização de estereótipos negativos das mulheres, como mentirosa, vingativa, interesseira, desonesta, de vida fácil, para colocar em dúvida a palavra da mulher e gerar uma absolvição por insuficiência de provas.

Uma das consequências destas relações hierárquicas de poder entre homens e mulheres está na construção de estereótipos de vítimas ideais e vítimas não-ideais[50]. Quando uma mulher cumpre todos os pré-requisitos de seu papel de gênero e, ainda assim, vem a sofrer um ato de violência, ela se torna digna de ser reconhecida como uma verdadeira vítima e somos capazes de enxergar a perversidade do agressor. Todavia, quando de alguma forma a mulher desafia os estereótipos de gênero e sofre um ato de violência, o julgamento moral da vítima, à luz das expectativas sexistas, retira-a da posição de vítima digna de proteção. Por exemplo, se a mulher reage a um ato de violência doméstica, inicia-se uma dúvida sobre sua provocação, pois as mulheres deveriam serem dóceis e submissas, efetivamente passivas. Se a mulher foi agredida após romper a relação, violando a expectativa de castidade ou de lealdade eterna, há o argumento de que a relação extraconjugal seria uma injusta provocação ao homem, que exigiria uma "legítima defesa da honra". Se ela não cuidava adequadamente dos afazeres domésticos, a ofensa verbal ou ameaça do homem passa a ser vista como uma reclamação socialmente legítima à defesa dos valores familiares. Se a mulher estava andando sozinha durante a noite com roupas curtas e foi vítima de um estupro, inicia-se um questionamento sobre sua credibilidade ou eventual "provocação"; o mesmo se ela alega ter sofrido o estupro, mas não estão presentes marcas físicas de sua resistência. Por outro lado, diversos fatos típicos praticados por mulheres também estão inseridos nesta moldura derivada da estrutura hierárquica de poder que condiciona reações pelas mulheres às violências estruturais a que estão submetidas.

Portanto, a perspectiva de gênero que emana do marco jurídico constitucional cria uma diretriz político-criminal de superação da desigualdade de gênero e implica numa reatualizada compreensão de conceitos dogmáticos criminais como bem jurídico, coerção, intimidação, consentimento, lesividade e aceitabilidade social de condutas. A característica estrutural das relações de gênero também coloca novos problemas em relação ao dolo, pois não há (nem a Lei Maria da Penha exige) consciência e vontade de se discriminar as mulheres, mas um juízo político pressuposto no programa normativo de reconhecimento e reprovação da discriminação subjacente à conduta que reproduz estereótipos sexistas, por um agente que poderia e deveria ter a compreensão da inaceitabilidade dessas condutas violentas e discriminatórias. A operacionalização desse novo paradigma jurídico exige uma dogmática jurídica com perspectiva de gênero.

[50] CHRISTIE, Nils, "The ideal victim", in: *Revisiting the 'ideal victim' – developments in critical victimology* (coord: Marian Duggan), Bristol: Bristol University Press, 2018, (pp. 11-23).

II. A violência psicológica na VDFCM como coerção imanente e como lesão à saúde[51]

Um dos pontos mais sensíveis e inovadoras da Lei Maria da Penha foi o reconhecimento da violência psicológica. Este conceito é trazido pelo art. 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006, que estabelece:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Esta é uma das formas mais usuais de violência, pois dificilmente as outras formas de violência (v.g., a física) ocorrem fora de um contexto de violências psicológicas antecedentes e sempre configurarão, concomitantemente, um atentado à integridade psicológica da mulher[52]. Segundo pesquisa de vitimização realizada com 10.000 mulheres nas capitais da região Nordeste do Brasil, 27% das entrevistadas afirmou já ter sofrido um ato de violência psicológica ao longo da vida, e 11,9% nos últimos 12 meses anteriores à entrevista[53].

Referido dispositivo traz disposições importantes para conceituar todas as formas de violência psicológica como atos ilícitos de natureza civil, independentemente da configuração criminal, a justificar as ações de proteção cabíveis, como o deferimento de medidas protetivas de urgência. Ou seja, nem todo ato de violência psicológica configurará concomitantemente um crime. Em alguns países, a legislação criminal já tipifica diretamente uma conduta de "maus tratos psíquicos" no âmbito das relações íntimas de afeto (v.g., o art. 152 do Código Penal português), o que já permite perspectivar um histórico de sofrimento psicológico. No Brasil, a Lei n. 14.188/2021 criou o crime de violência psicológica no art. 147-B do Código Penal, que terá especial aplicação prática para as violências que se prolongam no tempo (ainda que a habitualidade não seja elemento essencial). Ainda assim, o conceito jurídico de violência psicológica possui possível repercussão para os tipos penais tradicionais.

A incorporação dos estudos sobre as relações de gênero exige considerar a violência simbólica derivada do controle coercitivo inerente ao contexto de violência doméstica

[51] O texto da presente seção foi redigido antes da criação dos crimes de *stalking* e de violência psicológica nos artigos 147-A e 147-B do Código Penal Brasileiro pelas Leis n. 14.132 e 14.188, ambas de 2021. Fazemos referências pontuais aos novos crimes, sem aprofundarmos a sua análise dogmática, concentrando-nos nas possíveis repercussões da violência psicológica para os demais delitos.

[52] V. DIAS, Isabel, *Violência da família – uma abordagem sociológica*, 2ª ed., Porto: Afrontamento, 2010, p. 123.

[53] CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo, *Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher – prevalência – da violência doméstica e impacto nas novas gerações*, Fortaleza: UFC, 2016.

e as fragilidades das mulheres nesta situação, conforme diretriz hermenêutica do art. 4º da Lei n. 11.340/2006. Deve-se contextualizar o sentido da ação em um histórico de relações intersubjetivas de controle coercitivo, para além do episódio individual trazido ao conhecimento das autoridades. Assim, um ato isolado que aparentaria não ser coercitivo, quando colocado em perspectiva de uma conduta habitual de diversos outros atos de violência, de controle coercitivo e manipulação, de subjugação decorrente de uma relação assimétrica de poder, permite reconfigurar a conduta para se reconhecer a ameaça implícita em uma ordem abusiva. Quando há uma relação marcada pela violência e o homem dá uma "ordem" à mulher, ainda que ele não diga o que fará caso ela não obedeça à ordem, está implícito no contexto relacional que haverá "sanções" pelo agressor. A linguagem não verbal, como um olhar, um gesto, o tom de voz incisivo, num contexto de violências pretéritas, condiciona a compreensão de que uma violência grave é iminente e cria uma intimidação latente, que, por sua abusividade quanto à diminuição da capacidade de autodeterminação da mulher, permite a configuração da grave ameaça, com repercussões criminais. O significado da ação deve ser reconhecido à luz das normas sociais que a respaldam e lhe atribuem substrato. Assim, a incorporação da perspectiva de gênero na adequação típica criminal do conceito de ação passa a perspectivar a manutenção de uma relação abusiva permeada pela violência psicológica como um desvalor. Cria-se um verdadeiro dever de cautela masculino de não se beneficiar abusivamente da estrutura sociocultural das relações de gênero para gerar uma restrição significativa da esfera de autodeterminação feminina.

O conceito da "síndrome da mulher agredida" (*battered woman syndrome*) foi originalmente desenvolvido por Walker para descrever sintomas ordinariamente apresentados por mulheres em situação de violência doméstica, que poderiam ser considerados uma forma particular de estresse pós-traumático associado à VDFCM[54]. Segundo Dias, "estudos sobre as mulheres agredidas tem demonstrado que elas possuem frequentemente baixos níveis de autoestima e sofrem de sentimentos de perda, incapacidade, depressão e desânimo aprendido"[55].

Day et al. comentam as consequências mais usuais da violência psicológica[56]:

> Dentre os quadros orgânicos resultantes, encontram-se lesões, obesidade, síndrome de dor crônica, distúrbios gastrintestinais, fibromialgia, fumo, invalidez, distúrbios ginecológicos, aborto espontâneo, morte. Muitas vezes, as seqüelas psicológicas do abuso são ainda mais graves que seus efeitos físicos. A experiência do abuso destrói a autoestima da mulher, expondo-a a um risco mais elevado de sofrer de problemas mentais, como depressão, fobia, estresse pós-traumático, tendência ao suicídio e consumo abusivo de álcool e drogas.

Quanto maior o tempo de relacionamento, maior a tendência desta sensação de desamparo. Esta situação psicológica das mulheres agredidas gera uma perda de

[54] WALKER, Lenore E., *The Battered Woman,* Nova Iorque: Harper and Row, 1979.

[55] DIAS, *Violência da família*, cit., p. 123.

[56] DAY, Vivian Peres et al. "Violência doméstica e suas diferentes manifestações", *Revista de Psiquiatria* 25(1), 2003 (pp. 9-21), p. 16.

capacidade de vislumbrar soluções para sair da situação de violência, o que acaba prendendo estas mulheres em relações abusivas. Os sintomas podem persistir no tempo mesmo que tenha terminado a relação abusiva[57]. Segundo Ravazzola, um contexto continuado de violência doméstica gera uma "anestesia relacional", que paralisa a capacidade da mulher de reagir aos episódios de violência[58]. Há um "aprendizado da violência", que condiciona à docilidade na subserviência. Esta paralisia não apenas impede a mulher de sair da relação abusiva, mas também reduz sua capacidade de autodeterminação em opor-se às ordens abusivas do agressor, pois a mulher sabe que haverá novos atos de violência em caso de confronto. Assim, a autossubordinação se torna uma estratégia para minimizar estes episódios potencialmente conflitivos que parecem inevitáveis, de forma a controlarem "o seu comportamento adequando-o à aprovação do agressor, no sentido de prolongarem a fase anterior à eclosão da violência (a fase do aumento de tensão)"[59]. Todavia, não se trata de um consentimento verdadeiramente voluntário, pois há uma redução da capacidade de resistência. A resignação à situação de violência é uma manifestação subjetiva de um processo de natureza social e estrutural das relações de gênero.

O reconhecimento deste caráter cumulativo das condutas de violência psicológica ao longo de uma relação abusiva permite um paralelo com o conceito de delito cumulativo, típico do direito ambiental. Com a diferença que, enquanto ali há a criminalização de reiteradas microcondutas praticadas por pessoas diversas, com os respectivos problemas de imputação de responsabilidade pela potencialidade lesiva, aqui a conduta é praticada pelo mesmo agente, de forma habitual e abusiva[60].

Nixon define o conceito de *slow violence* como sendo[61]:

> Uma violência que não é nem espetacular nem instantânea, mas sim incremental e gradual, com suas repercussões calamitosas se concretizando ao longo de uma faixa temporal. [...] A dispersão temporal da violência lenta afeta a forma como percebemos e respondemos a uma variedade de problemas sociais, desde a violência doméstica até o estresse pós-traumático e, em particular, às calamidades ambientais.

[57] BIANCHINI et al., *Crimes contra mulheres,* cit., p. 101.

[58] RAVAZZOLA, Maria Cristina, *Historias infames:* los maltratos en las relaciones, Buenos Aires: Paidós, 1997.

[59] COSTA, Dália Maria de Sousa Gonçalves, *A intervenção em parceria na violência conjugal contra as mulheres: um modelo inovador?,* Tese de doutoramento em sociologia (Universidade Aberta), Lisboa, 2010, p. 70.

[60] V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro – ambiente, consumo e genética humana,* Coimbra: Coimbra, 2008. Não afastamos a possibilidade de haver um contexto de exploração abusiva da vulnerabilidade de uma mulher com um histórico de relacionamentos abusivos, ou com experiências pessoais de transgeracionalidade na violência doméstica. Neste contexto, o prévio conhecimento pelo agressor desta situação de vulnerabilidade da mulher e sua exploração em um relacionamento abusivo trariam efeitos semelhantes.

[61] NIXON, Rob, *Slow violence and the environmentalism of the poor,* Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 2-3.

Segundo Wonders, é possível construir um conceito de *slow intimate partner violence* para compreender as dinâmicas estruturais que, de forma lenta, mas certeira, aumentam o risco e a insegurança experimentados pelas mulheres de sofrerem novos atos de violência doméstica[62]. Assim, a manutenção de uma relação afetiva permeada pela violência psicológica é uma forma de *slow violence*, um delito habitual de efeitos cumulativos, que gera um estado de controle abusivo sobre a liberdade de autodeterminação da mulher, assegurado pelo histórico de violências anteriores e reforçado pela estrutura das relações de gênero, que gera um conjunto de lesões à integridade psicológica da mulher.

Não há um padrão único de violência doméstica, mas modelos relacionais mais ou menos marcados por determinadas tipologias. Segundo Johnson e Ferrano, haveria quatro "padrões de violência conjugal: violência comum, terrorismo íntimo ou patriarcal, resistência violenta e controle mútuo"[63]. A violência comum corresponderia às situações de violências recíprocas, em que o homem pratica a violência e a mulher reage. A situação de terrorismo íntimo corresponde à situação abusiva de violências reiteradas e controle sobre a vítima, que inibem uma reação defensiva da parte desta (ou as torna pouco frequentes). A mulher se paralisa pelo medo e centra-se em estratégias de sobrevivência. A resistência violenta corresponderia à situação de a mulher conseguir impor-se e resistir às investidas do agressor, e a de controle mútuo seria a rara situação de dependência simbiótica do casal, em que mulheres conseguem se impor e eventualmente se tornarem autoras de violência. Comentando o tema, afirma Costa que "ainda que o seu objetivo pareça ser 'entrar no jogo', na realidade elas pretendem impedir a conduta violenta do outro"[64]. Como recorda Machado, mesmo nos casos ordinários de violência mútua, a mulher não reage dentro de um quadro de plena igualdade, mas está sempre condicionada pela moldura das relações de gênero na sociedade que normalizam a violência masculina[65]. O padrão de relacionamento abusivo de controle e dominação pelo homem com violências reiteradas à mulher, apesar de não ser o único existente no contexto de VDFCM, é um "padrão recorrente"[66]. A compreensão desta característica da violência psicológica traz consequências imediatas para estruturas dogmáticas do Direito Penal, como o conceito de ação, resultado e em elementares típicas como "grave ameaça".

Em relação à ação, esta deixa de ser perspectivada como um ato para ser vista como um processo. Isso exige colocar em perspectiva o histórico do contexto relacional, a situação de isolamento social, de dependência emocional e econômica, e o conjunto de violências anteriores praticadas pelo agressor e/ou vivenciadas pela mulher, para

[62] WONDERS, Nancy A., "Climate change, the production of gendered insecurity and slow intimate partner violence", in: *Intimate partner violence, risk and security – securing women's lives in a global world* (coord: Kate Fitz-Gibbon, Sandra Walklate, Jude Mcculloch, JaneMaree Maher), Londres: Routledge, 2018, (pp. 34-51).

[63] JOHNSON, Michael; FERRARO, Kathleen, "Research on domestic violence in the 1990s: making distinctions", *Journal of Marriage and the Family* 62(4), 2000, (pp. 948-964), p. 952.

[64] COSTA, *A intervenção em parceria na violência conjugal contra as mulheres"*, cit., p. 52.

[65] MACHADO, "Onde não há igualdade", cit.

[66] DAY, "Violência doméstica e suas diferentes manifestações", cit., p. 15

compreender o quanto a liberdade da mulher estava comprometida pelo contexto relacional violento. Este aspecto da ação está relacionado com uma nova compreensão de elementares típicas, como ameaça, constrangimento ou sofrimento psicológico.

Por exemplo, no crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146), há uma nova compreensão da elementar típica "ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência". Assim, quando o agressor proíbe a mulher de trabalhar, de estudar, de visitar parentes, de usar determinadas roupas, ou outras ordens, quando marcadas pela abusividade podem ser reconduzidas a esta figura típica, especialmente quando o contexto de violências anteriores permite a conclusão de que estava implícito que haveria consequências graves em caso de discórdia pela mulher.

Ademais, no crime de ameaça (CP, art. 147), permite uma reconfiguração da expressão ameaçadora que em outros contextos talvez fossem relativizadas, como, por exemplo, quando o agressor diz "você não sabe do que eu sou capaz", ou "haverá consequências!". Em situações ordinárias, talvez se interpretasse que como não houve exteriorização de uma ameaça clara, ou ainda que a conduta posterior poderia ser lícita (como ajuizar uma ação), não haveria propriamente uma ameaça de mal injusto e grave. A incorporação da perspectiva de gênero permite que a expressão típica "ou qualquer outro meio simbólico" abranja a violência simbólica derivada de um relacionamento marcado por violências anteriores, contexto no qual estas expressões assumem o significado claro de prenúncio de males injustos.

Aliás, a compreensão da tendência de perdão e reconciliação cíclica nos relacionamentos violentos permite ainda relativizar a exigência do resultado naturalístico exigido por parte da doutrina quanto à "imprescindibilidade do destinatário sentir-se, realmente, temeroso"[67]. Especialmente quando, no momento dos fatos, a mulher, em desespero, diante de uma expressão claramente intimidatória (v.g., "eu vou te matar"), registra ocorrência policial e solicita medidas protetivas, mas posteriormente ela supera aquela situação de violência e afirma em juízo que não teve medo da conduta do agressor. Quando uma mulher sofre reiteradas violências ou há uma relação de duplo vínculo (medo e afeto), cria-se um dispositivo psicológico para minimizar a gravidade dos fatos, ou mesmo para se esquecer os fatos, como forma de superar a situação de violência reiterada[68]. Quando a mulher não se esquece das violências sofridas, ela passa a desenvolver um quadro de ansiedade e estresse pós-traumático tão severo que a torna forte candidata ao suicídio[69]. Portanto, esquecer-se do medo é condição essencial para superar a situação de violência, de forma que o sistema de justiça precisa reconhecer as elementares típicas a partir do conjunto das provas e relativizar determinadas afirmações das vítimas, quando devidamente explicadas pelos estudos sobre a violência de gênero[70].

---

[67] NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 672.

[68] GUIMARÃES, Fabrício Lemos, *"Ela não precisava chamar a polícia..." – anestesias relacionais e duplo-vínculos na perspectiva de homens autores de violência conjugal*, Tese de Doutorado em Psicologia Clínica e Cultura (Universidade de Brasília), Brasília, 2015.

[69] DAY et al., "Violência doméstica e suas diferentes manifestações", cit., p. 16.

[70] Nesse sentido, exemplo de uma adequada incorporação da perspectiva de gênero pode ser visto no seguinte acórdão do STJ: "1. O crime de ameaça é de natureza formal, bastando para sua consumação que

Ademais, o reconhecimento da grave ameaça implícita no comportamento violento permite uma nova configuração do crime de dano qualificado pela grave ameaça (CP, art. 163, parágrafo único, inciso I). A situação mais usual de dano é aquela praticada durante discussões, em que o agressor ofende a vítima e destrói objetos no interior da casa. O valor dos objetos domésticos danificados comumente é mais afetivo que patrimonial, de sorte que o dano se torna um ato instrumental para uma demonstração de poder: o homem é o patriarca da casa. O dano tem a função de comunicação simbólica do poder de disponibilidade do homem sobre tudo o que se encontra na casa, inclusive a própria mulher. O dano é, no fundo, um ato de violência psicológica. Quando o companheiro pratica o dano na presença da mulher, este contexto de exposição pessoal da mulher à violência também representa uma intimidação implícita à integridade física, pois ela sabe que se tentar esboçar uma reação, há praticamente certeza de que a violência contra os objetos se voltará contra sua pessoa. Há um contexto evidente de grave ameaça por meios simbólicos. O reconhecimento do dano qualificado é de extrema importância prática, pois enquanto o crime de dano simples se processa mediante ação penal privada, e frequentemente não enseja nenhuma responsabilização, a modalidade qualificada se processa mediante ação penal pública incondicionada (CP, art. 167).

Em situações de prolongada exposição a sofrimento psicológico, haverá até mesmo a possibilidade de configuração do crime de tortura (que, no Brasil, admite autoria por particular), caso haja inflição de sofrimento físico ou mental como forma de obter informação ou de aplicar castigo, como no caso de o agressor suspeitar de traição por parte da mulher e agredi-la fisicamente para que ela confesse que está traindo (Lei n. 9.455/1997, art. 1º, incisos I e II)[71]. A lei exige "intenso" sofrimento para a segunda hipótese, de aplicação de castigo. A incorporação da perspectiva de gênero permite reconhecer que a maioria dos atos de VDFCM são formas de castigo pelo não cumprimento de papéis de gênero, bem como permite olhar para além do sofrimento físico imediato, de forma a reconhecer o sofrimento mental derivado do controle coercitivo prolongado. Uma relação com constantes atos de violência doméstica pode se qualificar como um intenso sofrimento mental, pois na situação de estresse

a intimidação seja suficiente para causar temor à vítima no momento em que praticado, restando a infração penal configurada ainda que a vítima não tenha se sentido ameaçada [...]. 2. Consignado pelo Tribunal a quo que o réu ameaçou a vítima de morte caso ela chamasse a polícia ou sua mãe passasse mal de novo, não há falar em atipicidade da conduta. 3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória relativamente à condenação pelo crime de ameaça" (STJ, REsp 1712678/DF, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 02/04/2019)

[71] Neste sentido, precedente reconhecendo o crime de tortura em contexto de VDFCM: "1. Demonstrado nos autos que o réu constrangeu a vítima com emprego de violência e grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental, além de privar-lhe a liberdade mediante sequestro, a fim de obter confissão de suposta traição conjugal, caracterizado está o crime de tortura, tipificado no art. 1º, inciso I, alínea "a", c/c §4º, inciso III, da Lei 9.455/1997. [...] 3. Configura o crime de estupro, descrito no art. 213, caput, do Código Penal, o fato de o réu, após torturar a vítima durante a madrugada, manter com ela conjunção carnal ao amanhecer do dia, valendo-se do temor causado pelas recentes agressões físicas e morais praticadas, circunstância que levou a vítima a submeter-se ao ato sexual, por medo de ser novamente espancada" (TJDFT, Acórdão 1158168, 20180210002880APR, rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 3ª T. Crim., j. 14/3/2019).

pós-traumático derivado de VDFCM, "a paciente experimenta sensação muito forte de estar revivendo o evento traumático, assume conduta evitativa, vive apatia emocional, tem dificuldades para adormecer, se concentrar e assusta-se com facilidade"[72]. Este crime pode ser utilizado para casos mais graves de dominação psicológica que se prolonguem no tempo, configurando o já denominado "terrorismo íntimo"[73]. Da mesma forma, a perspectiva de gênero permite compreender que há uma relação de fato de "poder ou autoridade" nas relações de gênero, ainda que do ponto de vista jurídico o companheiro não tenha poder ou autoridade sobre sua parceira.

Ademais, uma das consequências da violência psicológica está na categoria dogmática do resultado (ou ofensividade ao bem jurídico). Em primeiro lugar, o conceito de bem jurídico se expande com a incorporação da perspectiva de gênero. Para além dos bens jurídicos tradicionais de natureza individual (vida, integridade física ou psicológica, liberdade de autodeterminação, patrimônio etc.) os crimes de VDFCM possuem também, concomitantemente, uma dimensão coletiva[74]. Como já visto, cada conduta individual de VDFCM é ao mesmo tempo exigência e reforço da ordem normativa das relações de gênero, ao naturalizar estas violências como a consequência inevitável da violação dos estereótipos de gênero. Todavia, esta dimensão coletiva não é intangível, está diretamente ancorada na violação de um bem individual da vítima em concreto, criando uma dupla objetividade jurídica. Nesse sentido, a VDFCM possui um paralelo com os crimes de ódio, como o racismo, homofobia, xenofobia e intolerância religiosa, pois é uma forma de disciplina para restabelecer uma ordem de valores nas relações sociais, do que é aceitável ou não[75]. Portanto, a introdução no Direito do paradigma hermenêutico das relações de gênero (LMP, art. 4º) permite uma nova interpretação sistemática dos diversos crimes previstos no Código Penal aplicáveis neste contexto, para se reconhecer que a punição à VDFCM assume uma relevância coletiva a fim de promover o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres (equidade de gênero), desconstruindo a naturalização da violência de gênero.

Mas, mesmo na perspectiva individual, há uma nova forma de reconhecer outro bem jurídico. O crime de lesão corporal (CP, art. 129) tipifica a conduta de "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem". A compreensão de que uma situação prolongada de violência psicológica pode gerar doenças de natureza psicológica abre as portas para a configuração do crime de lesão corporal à saúde psicológica. E mais: causar ideação suicida pode ser perspectivado como forma de lesão corporal gravíssima. Este reconhecimento da lesão corporal à saúde psicológica é ainda muito pouco

[72] DAY et al., "Violência doméstica e suas diferentes manifestações", cit., p. 16.

[73] JOHNSON/FERRARO, "Research on domestic violence in the 1990s", cit., p. 952.

[74] BIANCHINI, Alice, "Qual o bem jurídico tutelado pela Lei Maria da Penha?", in: *Estudos feministas por um direito menos machista* (coord: Aline Gostinski, Fernanda Martins), v. III. São Paulo: Tirant, 2018, (pp. 13-24).

[75] ÁVILA, Thiago Pierobom de, "The criminalization of femicide", in: *Intimate partner violence, risk and security – securing women's lives in a global world* (coord: Kate Fitz-Gibbon, Sandra Walklate, Jude Mcculloch, Janemaree Maher), Londres: Routledge, 2018, (pp. 181-198).

explorado no contexto brasileiro[76]. Certamente para a afirmação do nexo de causalidade terá especial relevância a denominada perícia psicossocial.

Esta expansão das consequências da violência psicológica permite problematizar o próprio conceito de feminicídio enquanto morte derivada da discriminação à condição de mulher (CP, art. 121, § 2º, inciso VI c/c § 2º-A, inciso II, introduzido pela Lei n. 13.104/2015). Por exemplo, levar a mulher a se suicidar dentro de uma relação permeada por um contínuo ordinário de violência psicológica pode ser perspectivado como feminicídio com dolo eventual se houve previsão e indiferença na aceitação do resultado, ou ainda lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 3º), se não houve a aceitação da ocorrência do resultado. Ademais, há diversos outros processos a partir das relações de gênero que podem levar às mortes de mulheres e que são invisibilizados, como a suicídios, drogadição, a situação de rua, pobreza extrema, problemas mentais, tudo a gerar uma significativa diminuição da expectativa de vida das mulheres, um "slow femicide"[77]. Por este motivo que se recomenda que as situações de suicídio ou mortes acidentais de mulheres tenham como ponto de partida investigativo a hipótese de feminicídio[78].

Finalmente, uma das consequências da perspectiva de gênero é a inadmissibilidade de teses como a legítima defesa da honra. Segmento da doutrina penal mais tradicional admitia expressamente a possibilidade de legítima defesa da honra em caso de adultério[79]. A criminalização do feminicídio assenta-se num programa político-criminal destinado a afirmar que a morte da mulher no contexto de violência doméstica é mais grave, e não menos[80]. Há recomendações de organismos internacionais derivados de tratados internacionais ratificados pelo Brasil que expressamente proscrevem a admissibilidade da tese da legítima defesa da honra (v. Recomendação CEDAW n. 35/2017, item 29.c.ii), o que permite concluir que este é um argumento ilícito (passível de controle de convencionalidade), cuja utilização não pode ser tolerada nos julgamentos, pois configura em si mesmo um ato de discriminação[81].

III. A violência sexual e a exigência de resistência

Já de longa data se tem denunciado o quanto o funcionamento do sistema de justiça criminal reproduz estereótipos de gênero, produzindo novas formas de violência

[76] Por exemplo, este autor realizou consulta perante o Núcleo de Gênero do MPDFT em setembro de 2020 e não há registros de nenhuma condenação por esta modalidade de crime no Distrito Federal. V. BIANCHINI et al., *Crimes contra mulheres,* cit., p. 96.

[77] WALKLATE, Sandra; FITZ-GIBBON, Kate; MCCULLOCH, Jude; MAHER, JaneMaree, *Towards a global femicide index – counting the costs*, Londres: Routledge, 2020, p. 64.

[78] ONU MULHERES; BRASIL, *Diretrizes nacionais feminicídio*, cit., p. 40.

[79] TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed., 9ª tir., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 200.

[80] ÁVILA, "The criminalization of femicide", cit.

[81] ÁVILA, Thiago Pierobom de, "Feminicídio e diretrizes internacionais: a inconvencionalidade da tese de legítima defesa da honra", in: VVAA., *Estudos em homenagem ao Prof. Augusto Silva Dias,* São Paulo: Tirant lo Blanc, [no prelo]. Nesse sentido: STF, ADPF 779, Pleno, rel. Min. Dias Tofolli, j. 15 mar. 2021.

institucional, na apreciação dos crimes contra a dignidade sexual[82]. Infelizmente é usual nestes crimes o julgamento moral da mulher, como se ela tivesse provocado o crime, ou não oferecido suficiente resistência[83]. Durante a instrução criminal, há perguntas feitas fora do escopo da investigação criminal, que acabam por devassar a privacidade da vítima, seja para considerá-la indigna e não-merecedora da tutela penal, seja com a mera finalidade de suprir a curiosidade masculina dos profissionais encarregados pela persecução penal[84].

Uma das inovações da introdução da perspectiva de gênero no sistema criminal foi a alteração da objetividade jurídica destes crimes. A antiga visão da objetividade jurídica dos crimes sexuais como sendo os bons costumes indicava que a verdadeira "vítima" seria o marido que teve sua honra maculada ou a família da mulher que teve sua dignidade lesada (os proprietários da mulher-objeto), e não propriamente o reconhecimento da dignidade intrínseca da mulher[85]. Ou seja, protegia-se o "código relacional da honra"[86]. Apenas com o advento da Lei n. 12.015/2009 é que se alterou o título VI do CP para que passasse a ser nominado "dos crimes contra a dignidade sexual". Ou seja, reconhece-se que a violência sexual não viola a honra daqueles que estão à volta da mulher (e que deveriam tutelá-la), mas a dignidade intrínseca da própria mulher, vista agora como pleno sujeito de direitos. Na mesma oportunidade, conceitos discriminatórios como "sedução de mulher virgem" (CP, art. 217), "rapto de mulher honesta" (CP, 219) foram revogados. E, pouco antes, revogou-se a causa de exclusão da punibilidade do casamento com a vítima (CP, art. 107, incisos VII e VIII, foram expressamente revogados pela Lei n. 11.106/2005), como forma de "resgatar a honra da mulher". Posteriormente, a Lei n. 13.718/2018 introduziu novas causas de aumento de pena, destinadas a explicitar o aspecto de controle e disciplina na violência sexual, como o estupro coletivo e o com finalidade corretiva "para controlar o comportamento social ou sexual da vítima" (CP, art. 226, inciso IV, alínea "b"). E a Lei n. 13.718/2019 reconheceu novas formas de violação sexual "sem anuência", mesmo que sem a violência física ou grave ameaça, antes relegadas à figura de mera contravenção penal, ao criar o crime de importunação sexual (CP, art. 215-A).

A violência sexual é um conceito amplo, que abrange diversas modalidades, como o contato verbal indesejado, a perseguição, a coerção hierárquica para favores sexuais, os toques físicos sem consentimento da vítima, até formas mais graves como o uso da violência ou grave ameaça para a prática de atos sexuais[87]. Segundo o conceito

[82] ANDRADE, "Soberania patriarcal", cit.

[83] CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein; SILVA, Alexandra dos Reis, "Cultura do estupro ou cultura antiestupro?", *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, 2017, (pp. 981-1006). PIMENTEL/MENDES, "A violência sexual", cit.

[84] MACKINNON, *Feminism unmodified,* cit.

[85] PIMENTEL/MENDES, "A violência sexual", cit.

[86] CAMPOS et al., "Cultura do estupro ou cultura antiestupro?", p. 981.

[87] Do ponto de vista criminal, estas quatro modalidades poderiam configurar a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, o crime de assédio sexual (se houver ascendência hierárquica pelo abusador), importunação sexual e estupro (LCP, art. 65 e CP, arts. 216-A, 215-A e 217).

de Kelly, a violência sexual configura ordinariamente um *continuum* complexo e interligado de atos de violência e controle, indo das piadas ao estupro (em verdade, potencialmente ao feminicídio), que são alimentadas por uma estrutura normativa e funcional que normaliza a dominação e a apropriação dos corpos das mulheres pelos homens[88].

As relações de gênero associam a posição de masculinidade com uma hipersexualidade, tida como virilidade. Esta estrutura social sexista exige que o homem tenha comportamentos de assédio para com mulheres que circulam pelos espaços públicos e desafiam a ordem de valores de gênero. Nesta racionalidade, a mulher "honesta" deveria estar em casa ou ao lado de um homem que estivesse tutelando a sua moralidade. Se a mulher anda com roupas curtas em locais públicos, está sozinha ou circula durante a noite, é porque ela não se enquadra no conceito de "mulher honesta". As "mulheres desonestas" são um território abandonado, e sua conduta de circular nos espaços públicos em violação à ordem de gênero é interpretada como um pedido para ter relações sexuais. Não assediar esta mulher é sinônimo de falta de virilidade, o que será objeto de controle pela fraternidade patriarcal. O silêncio da mulher é interpretado como estratégia de sedução que exige a continuidade do assédio. Se o assédio é expressamente rejeitado pela mulher, isso se torna uma ofensa à virilidade, equivalente a afirmar que o homem não possui suficiente potência masculina para atrair a mulher, induzindo comportamento de disciplina sobre a mulher e gerando a escalada da abordagem assediadora.

A ideia de "honra masculina" gera uma relação de cumplicidade entre os homens, que dificulta a responsabilização de agressores e culpabiliza as mulheres pelas violências sofridas. Esta normalização da violência sexual opera-se por meio de mitos sexistas, como as ideias de que as mulheres pedem para ter relações sexuais ao terem comportamentos tidos como inadequados às mulheres (como sair sozinha durante a noite), que as mulheres mentem sobre o estupro para proteger sua honra após se arrependerem de uma relação sexual consentida, que a ausência de marcas físicas significa que a mulher concordou com a relação sexual, que a demora em denunciar é indicativo da mentira, ou que não é possível haver estupro dentro de uma relação íntima de afeto[89].

Pesquisa indica que 43% dos brasileiros do sexo masculino acreditavam que "mulheres que não se dão ao respeito são estupradas"[90]. Este quadro de normalização da violência sexual tem sido denominado de "cultura do estupro"[91], que invisibiliza o estupro quando não há marcas físicas da violência e culpabiliza a mulher pela violência sofrida. Estes mitos derivados da visão misógina ganham roupas jurídicas, como na denominada "síndrome da mulher de Potifar", indicada em alguns manuais de direito penal como justificativa para a desconfiança sobre a palavra da mulher

[88] KELLY, Liz, "The continuum of sexual violence", in: HANMER, Jalna; MAYNARD, Mary (Orgs.), *Women, violence and social control,* Londres: Macmillan, 1987, (pp. 46–60).

[89] BORGES, Clara Maria Roman; LEMOS, Alessandra Prezepiorski, "Os estupros nas universidades: uma análise da heteronormalidade e seus mitos", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 133, 2017, (pp. 199-218).

[90] FBSP, *Anuário brasileiro de segurança pública 2019,* cit., p. 116.

[91] CAMPOS et al., "Cultura do estupro ou cultura antiestupro?", cit., p. 981.

como ponto de partida probatório[92]. Da mesma forma que na VDFCM, a violência sexual entre desconhecidos representa uma consequência e um reforço da ordem de valores de gênero.

A inclusão de um ponto de vista feminino na análise das estruturas dogmáticas dos crimes contra a dignidade sexual permite uma crítica à dicotomia entre constrangimento vs. consentimento, bem como de provocação pela vítima, que estão fortemente imersos em julgamentos moralistas sobre a respeitabilidade social do alegado ofensor e o cumprimento dos estereótipos de gênero pela mulher. Esta nova visão exige levar em consideração a experiência das mulheres nos crimes sexuais como ponto de partida hermenêutico[93]. Em outras palavras, não é o que os homens usualmente consideram como constrangimento ou comportamento socialmente aceitável que ditará o reconhecimento jurídico da violência. Considerando que sexualidade e violência são conceitos excludentes, deve-se olhar para a experiência da mulher de haver efetiva liberdade para a relação sexual[94]. A visão androcêntrica tradicional, que perspectiva de forma central o constrangimento como uso de força física e exige a resistência ativa como prova de não-consentimento, deve ser substituída pela avaliação do consentimento a partir da perspectiva subjetiva da mulher[95].

Portanto, em relação ao consentimento para a relação sexual, deve-se compreender que apenas o "sim" é "sim", ou seja, quem mantém relação sexual deve ter certeza de que a mulher está de acordo com esta relação. O prosseguimento da investida sexual num contexto de ausência de certeza sobre o "sim" implica um juízo de desvalor sobre a dignidade da mulher, ativando a categoria dogmática do dolo eventual. A visão tradicional (sexista) iria indagar o porquê de a mulher não ter resistido, não ter deixado claro seu dissenso. A visão a partir do paradigma das relações de gênero exige conceitualizar o constrangimento enquanto ausência de possibilidade efetiva de dissenso a partir da experiência das mulheres e exigência de precaução pelo homem para não abusar desta relação estrutural de poder. A ausência de precaução masculina se torna um risco proibido.

A consideração das pesquisas sobre relações de gênero leva a conclusões opostas aos mitos sexistas, pois os índices de denúncia da violência sexual são extremamente baixos. Nas capitais do Nordeste, 2,4% das mulheres informaram já ter sofrido violências sexuais ao longo de sua vida[96]. Pesquisa do IPEA estimou que anualmente, no Brasil, 0,26% da população sofra violência sexual, o que implica em 527 mil casos por ano, dos quais, no máximo 10% são comunicados à polícia no Brasil, sendo que

[92] GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal – parte especial*, v. II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa, 14ª ed., Niterói: Impetus, 2017.

[93] PRANDO, Camila Cardoso de Mello, "O que veem as mulheres quando o direito as olha?", cit. CAMPOS et al., "Cultura do estupro ou cultura antiestupro?", cit. GOMES, "Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito", cit.

[94] PIMENTEL/MENDES, "A violência sexual", cit.

[95] MACKINNON, *Feminism unmodified",* cit.

[96] CARVALHO/OLIVEIRA, *Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher",* cit.

88,5% das vítimas são femininas[97]. Apesar da baixa comunicação, durante os anos de 2016 e 2017 houve 127.585 registros de ocorrências policiais de estupro e estupro de vulnerável no Brasil, uma média de um registro policial de estupro a cada 8 minutos[98]. O mesmo estudo indica que a maioria das vítimas possui menos de 13 anos de idade e sofreram o crime de abusadores conhecidos. Esta baixa comunicação (estimada em no máximo 10%) aliada a uma quantidade enorme de casos que ocorrem está ligada não apenas à vergonha de expor-se publicamente enquanto vítima de estupro (como uma mácula à castidade) e o medo de retaliação do agressor, mas especialmente ao medo de ser desacreditada, das críticas que poderão ser recebidas das próprias instâncias oficiais de persecução por não ter cumprido o papel de "mulher honesta" ou de receber a pecha de "vingativa"[99]. Portanto, a excepcionalidade da denúncia deveria gerar a valorização da coragem da mulher em denunciar a violência sexual sofrida e não a desconfiança.

Ademais, estudos de neurociência têm indicado que, nos contextos de violência sexual, o cérebro ativa reações fisiológicas de acordo com o tipo de ameaça e, em 37% a 50% dos casos, esta poderá ser o "congelamento" ou a imobilidade tônica[100]. Ou seja, apesar de não haver uma única reação uniforme à violência sexual, frequentemente as mulheres estão mais preocupadas em sobreviverem à violência (não serem mortas ou mais agredidas) que propriamente em demonstrarem resistência heroica para protegerem a honra da família. Muitas vezes, a resistência pode estimular ainda mais o agressor e agravar a violência. Portanto, a ausência de resistência, ainda quando possível, não pode ser tida como consentimento. Assim como na VDFCM, a realização de perícias psicológicas se torna relevante para a documentação dos danos psicológicos da violência sexual[101].

Diversos casos têm sido denunciados de crimes sexuais contra vítimas diversas, praticados por pessoas com relação de poder ou autoridade (líderes religiosos, professores, técnicos esportivos, profissionais de saúde) ou ainda por um comportamento reiterado contra múltiplas parceiras (v.g., encontros amorosos a partir de aplicativos de encontros seguidos de uso de substância entorpecente para reduzir a resistência da vítima). Nestes casos, Mendes argumenta que a multiplicidade das vítimas e sua fungibilidade (qualquer mulher que estivesse naquela situação provavelmente sofreria a mesma violência) permite reconhecer uma "vítima coletiva", o gênero feminino. Estes casos de *serial rapist* trazem novas configurações para o bem jurídico (uma dimensão coletiva) e para a própria prova, já que o conjunto dos depoimentos convergentes reforça sua credibilidade reciprocamente[102].

---

[97] CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz, *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da Saúde, Brasília: IPEA, 2014, p. 6.

[98] FBSP, *Anuário brasileiro de segurança pública,* cit.

[99] FBSP, *Anuário brasileiro de segurança pública,* cit.

[100] ROCHA, Luciana Lopes; NOGUEIRA, Regina Lúcia, "Violência sexual: um diálogo entre o direito e a neurociência", in: *Leituras de direito:* violência doméstica e familiar contra a mulher (coord: Cornélio Alves de Azevedo Neto, Deyvis de Oliveira Marques), Natal: TJRN, 2017, (pp. 281-303).

[101] MENDES, Soraia da Rosa, *Processo penal feminista,* São Paulo: Atlas, 2020, p. 104.

[102] MENDES, Soraia da Rosa, *Processo penal feminista,* São Paulo: Atlas, 2020, p. 100.

Finalmente, a perspectiva de gênero lança luzes sobre um fenômeno amplamente invisibilizado: o estupro na conjugalidade. Por exemplo, estudo de indicou que a maioria das mulheres vítimas de violência doméstica atendidas em serviços de atendimentos psicossociais no DF narraram situações de sexo não consentido, demonstrando descontentamento e sofrimento, mas elas mesmas têm dificuldades de nominar estes atos como forma de violência[103]. A inclusão da relação de cônjuge ou companheiro do agressor como causa de aumento de pena no estupro (CP, art. 226, inciso II, originalmente introduzido pela Lei n. 13.718/2005) permite reconhecer que a legislação penal não mais aceita o conceito obsoleto de "débito conjugal". O paradigma de gênero permite problematizar o consentimento nas relações sexuais dentro de uma relação marcada por violência doméstica, diante do receio da escalada da violência.

IV. A criminalidade feminina

Em relação ao envolvimento de mulheres na prática de crimes, quatro situações permitem ilustrar as repercussões dogmáticas da perspectiva de gênero: as reações pela mulher em contexto de violência doméstica, o envolvimento no tráfico de drogas, os crimes omissivos impróprios e o aborto. Analisaremos as duas primeiras hipóteses em maior profundidade e as duas últimas de forma *en passant* para ilustrar o argumento quanto à existência de consequências dogmáticas da perspectiva de gênero na autoria criminal feminina. Vejamos.

1. Legítima defesa da mulher em contexto de violência doméstica crônica

O caso limite de reação pela mulher em contexto de violência doméstica seria o caso de terrorismo íntimo (agressões crônicas e reiteradas acompanhadas de isolamento social da vítima), seguido da prática de homicídio quando o agressor não está imediatamente agredindo (v.g., dormindo, embriagado ou desprevenido). Várias correntes procuram reconhecer uma excludente da responsabilidade criminal, enquadrando esta reação dentro do contexto de legítima defesa, estado de necessidade exculpante ou ainda uma excludente da culpabilidade em razão de excesso escusável pelo medo[104]. Aprofundaremos a análise com foco central na tese da legítima defesa.

A legítima defesa configura não apenas a proteção a um bem jurídico individual, mas igualmente uma afirmação da ordem jurídica[105]. Ou seja, a existência de uma norma permissiva retira a contrariedade do fato típico com o ordenamento jurídico como um todo. Todavia, recomenda a doutrina que o reconhecimento das excludentes de ilicitude esteja rodeado de garantias (requisitos subjetivos e objetivos de justificação)

[103] TÁVORA, Mariana Fernandes; MACHADO, Bruno Amaral, "O estupro na conjugalidade: ditos femininos escondidos", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 164(28), 2020, (pp. 311-344).

[104] BELEZA, Teresa Pizarro, "Legítima defesa e gênero feminino: paradoxos da 'feminist jurisprudence'?", *Revista Crítica de Ciências Sociais* 31, 1991, (pp. 143-159). LARRAURI, "Violencia doméstica y legítima defensa", cit. AVELLA, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad", cit.

[105] TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 192.

para que elas não se convertam em uma generalizada autorização para matar ou violar direitos sem qualquer controle[106].

O primeiro problema da legítima defesa praticada pela mulher está em reconhecer a agressão ilícita, o que coloca os mesmos problemas da visibilidade da violência de gênero nas relações íntimas e familiares e um suposto "exercício regular de direito" patriarcal (o que já foi abordado anteriormente). Há o risco de assimilação de "normas de cultura" enquanto "causas supralegais de exclusão da culpabilidade"[107], a legitimar a histórica discriminação às mulheres. Uma adequada valoração da gravidade da violência psicológica acumulada permite uma reconfiguração na ponderação com a reação defensiva. Não se trata de negar valor à dignidade da vida dos homens autores de violência, mas de reconhecer uma renovada compreensão dos bens jurídicos protegidos com a ação defensiva, que em última análise remonta ao direito fundamental a uma vida livre de todas as formas de violência (CBP, art. 3º). Nesse sentido, afirma Frish que "quando o que está em jogo são bens de alto valor e, além disso, quando a dignidade da pessoa humana da vítima é atingida – estando o agredido em uma situação insuportável, é a ele admitida a possibilidade de utilizar-se de meios necessários, ainda que desproporcionais"[108].

Parte da doutrina exige, para a configuração da legítima defesa, a ausência de provocação de quem se defende, especialmente quando constituir "injúria ou insulto de certa gravidade, ou ainda uma agressão física"[109]. Uma adequada dogmática criminal com perspectiva de gênero deve afastar eventuais teses que associam alegações de mau cumprimento dos deveres associados à posição feminina, ou reclamações ao homem, como uma forma de provocação pela mulher, a justificar ou minorar a gravidade da violência masculina, portanto recusando à mulher o direito de defesa. Outra possível representação da visão sexista seria a argumentação de "função de garante" da companheira, numa visão de que ela deveria se sacrificar para manter a unidade do lar e "ajudar" o agressor a abandonar o comportamento agressivo. A perspectiva de gênero exige reconhecer que o dever de solidariedade cessa com uma situação de violência doméstica, pois a dignidade da mulher possui valor jurídico mais elevado que a proteção de uma família já corroída pela violência e não há se falar na figura de garantido na posição do agressor[110].

Ademais, o reconhecimento da legítima defesa pela mulher exige uma nova compreensão do conceito legal de "agressão iminente" (CP, art. 25), que tradicionalmente recusa a legítima defesa contra ataques passados, ou contra ataques num futuro mais distante (legítima defesa preventiva)[111]. A correta compreensão das relações de gênero

[106] TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 192-210. JESUS, Damásio, *Direito penal,* v. 1: parte geral, 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403-409.

[107] JESUS, *Direito penal,* cit., p. 406.

[108] FRISCH, Wolfgang, "Sobre a problemática e sobre a necessidade de uma refundação da dogmática da legítima defesa", *Revista de Estudos Criminais* 19(77), 2020, (pp. 7-34), p. 31.

[109] TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 197.

[110] AVELLA, Marcela Roa, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad", *Nova et Vétera* 21(65), 2012, (pp. 49-70).

[111] TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 194.

exige perspectivar a violência doméstica não como um ato isolado, mas como uma sequência de um histórico atos de violência simbólica, intercalados por momentos de não violência física ou grave ameaça explícitos, mas que continuam inseridos na lógica da coerção imanente e potencial. Esta situação de agressão potencial se torna, por si só, já uma violência psicológica atual em estado permanente. E, "nos crimes permanentes, a agressão será sempre atual enquanto não cessada a permanência, enquanto durar o estado antijurídico"[112]. Portanto, numa relação de violência crônica, a situação de perigo é constante e real na perspectiva da mulher, condicionando a certeza da ocorrência de um ato potencialmente grave de agressão futura a si ou seus filhos, não apenas à vida, mas igualmente à integridade física, psicológica e à liberdade sexual, bem como gera o sentimento de desesperança por não conseguir sair da relação violenta em segurança e de impossibilidade de se defender sozinha. "O controle coercitivo retira da mulher os meios para sair de uma relação abusiva ou resistir com eficiência"[113]. Esta reação pela mulher à violência não deve ser compreendida apenas no nível individual, como uma síndrome psicológica de uma mulher doentia e incapaz, mas acima de tudo problematizada como um fenômeno repetido e derivado das relações culturais de poder que normalizam violências reiteradas às mulheres[114]. Portanto, o reconhecimento da proporcionalidade deve incorporar os sentimentos da defendente, suas emoções e reações, especialmente após ser submetida à violência doméstica. Ou seja, deve-se avaliar a "razoabilidade exigível de uma mulher vítima de maus-tratos"[115].

A perspectiva de gênero também condiciona a compreensão do uso moderado dos meios necessários. É necessária muita força de vontade para superar o estado de anestesia relacional, o que não raro gera reações aparentemente excessivas a um observador externo (usualmente a partir de uma visão masculina). Ademais, se para os homens a luta com o uso das mãos poderia ser um meio alternativo menos gravoso, para as mulheres esta alternativa não existe, de sorte que o uso de uma faca pode ser, na circunstância, o meio menos gravoso disponível para lesionar e sair da situação de violência[116]. Não se trata apenas de diferença de força física, mas sobretudo de diferença nas relações de poder que tolhem reações defensivas pelas mulheres[117]. Portanto, o contexto de premeditação e de meios necessários deve ser perspectivado dentro das alternativas reais de sair da situação de violência a partir da percepção da mulher, sob pena de se condenar a mulher a uma "morte em prestações"[118].

A proporcionalidade do meio de defesa está ligada às representações pela mulher quanto às possibilidades reais de sair da situação de violência. Em situações ordinárias,

[112] TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 195.

[113] BUZAWA, Eve S.; BUZAWA, Carl G.; STARK, Evan D., *Responding to domestic violence:* the integration of criminal justice and human services, 5ª ed., Thousand Oaks: SAGE, 2017, p. 353.

[114] MACHADO, "Onde não há igualdade", cit. DIAS, *Violência da família,* cit. BANDEIRA, "Violência de gênero", cit.

[115] AVELLA, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad", cit.

[116] LARRAURI, "Violencia doméstica y legítima defensa", p. 22.

[117] BELEZA, "Legítima defesa e gênero feminino", cit.

[118] LARRAURI, "Violencia doméstica y legítima defensa", cit., 23.

seria exigível que houvesse pedido de socorro às autoridades públicas ou terceiros. A falta de confiança pela mulher nas instituições de segurança pública e a ausência de disponibilidade de terceiros de interferirem em conflitos domésticos geram a compreensão pela mulher de que não há saídas reais e seguras à perseguição pelo agressor em caso de rompimento da relação, levando à sensação de desespero e desamparo. Ainda que existam instrumentos legais à disposição das mulheres para sair da situação de VDFCM, como a LMP, inúmeras pesquisas têm documentado as falhas estatais em implementar plenamente o programa protetivo previsto na lei[119], bem como reconhecido que a decisão de romper a relação é um dos fatores de risco mais graves para a escalada da violência letal[120]. Este quadro de fundado receio de inefetividade do pedido de socorro gera uma representação partilhada pelas mulheres de graves dificuldades para sair da situação de violência, o que não pode ser desconsiderado na análise da proporcionalidade. Há uma verdadeira "rota crítica" para a mulher sair da situação de VDFCM[121]. Portanto, a perspectiva de gênero amplia o conceito de legítima defesa, permitindo uma recalibragem do conceito de "meios necessários" à defesa enquanto os meios que uma mulher, naquele contexto específico de controle abusivo, ordinariamente teria ao seu dispor.

A configuração da excludente de ilicitude (e não da culpabilidade) é importante do ponto de vista da justiça das relações de gênero, considerando não ser possível obrigar uma mulher a suportar uma violência crônica se qualquer outra mulher que estivesse nessa situação muito provavelmente reagiria de forma similar. Ou seja, a reação defensiva da mulher a uma injustiça não pode ser qualificada como ilícita[122].

Esta situação da mulher que reage à violência com o homicídio do agressor é a situação limite do problema das reações em contexto de VDFCM. Para casos intermediários de agressões recíprocas (não letais) em contexto de violências anteriores (ainda que não crônicas), igualmente a compreensão das relações de gênero exige perspectivar o conjunto das violências para se reconhecer um "agressor primário" e um "defendente" na perspectiva do histórico relacional[123]. Pesquisas têm demonstrado que as mulheres não são apenas passivas, em contextos de não violência crônica, elas podem reagir aos episódios de agressão e controle, desafiando as normas de gênero[124]. Todavia, pesquisas também indicam que as mulheres são substancialmente mais re-

[119] V. CNJ; IPEA, *O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres,* cit.

[120] CAMPBELL, Jacquelyn C., WEBSTER, Daniel W.; GLASS, Nancy, "The Danger Assessment: validations of a lethality risk assessment instrument for intimate partner femicide", *Journal of Interpersonal Violence* 24(4), 2009, (pp. 653-674).

[121] SAGOT, Montserrat, *La ruta crítica que siguen las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en America Latina – estudio de caso em diez países*, Washington D.C.: OPAS, 2000.

[122] AVELLA, Marcela Roa, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad", *Nova et Vétera* 21(65), 2012, (pp. 49-70).

[123] BUZAWA et al., *Responding to domestic violence*, cit., 173.

[124] SANTOS/PASINATO, "Violência contra as mulheres e violência de gênero", cit. MACHADO, "Onde não há igualdade", cit.

presentadas como vítimas em episódios de violências físicas graves ou mortes[125]. Isso significa que desafiar a estrutura sexista é um risco substancialmente mais acentuado às mulheres, o que traz um novo componente político-criminal na compreensão do fenômeno da violência feminina.

Portanto, quando a mulher atua de forma violenta, perspectivar o contexto, motivações, significados e consequências é especialmente importante para eventualmente configurar aquela conduta como uma reação defensiva dentro de um quadro de desigualdades estruturais e que, portanto, aquele ato de violência da mulher não representa uma postura de controle abusivo sobre o homem. Em tese, é possível haver crime pela mulher contra o homem, mas a perspectiva de gênero exige sempre colocar esta ação feminina à luz do histórico relacional e do quadro estrutural das relações de poder.

2. Mulheres e o tráfico de drogas

A quantidade de mulheres no sistema prisional do Brasil saltou de 10.112 em 2000 para 37.828 em 2017, um aumento de 274% em 17 anos[126]. Este aumento foi superior ao do crescimento da população carcerária masculina, de 208% no mesmo período, apesar de os homens ainda corresponderem à quase totalidade (94,4%) dos presos. Outro levantamento constatou aumento mais intenso do encarceramento feminino, de 656%, indicando a incongruência dos registros oficiais[127]. A causa mais usual de encarceramento feminino é o envolvimento no tráfico de drogas (66%) e as mulheres possuem um perfil específico: negras, jovens, de baixa renda, solteiras (ainda que em conjugalidade *de facto*), com ao menos um filho e mantidas no cárcere em regime de prisão provisória[128]. Em relação aos homens, o percentual de encarceramento por tráfico de drogas é de 26%, indicando que o tráfico é a principal causa de encarceramento feminino.

A pesquisa feminista tem denunciado que estas mulheres são frequentemente induzidas a praticar o tráfico por seus parceiros, bem como acabam se tornando mais vulneráveis à abordagem policial pelo fato de estarem em posições de subalternidade na cadeia de distribuição e por terem menos recursos financeiros para acessarem os mecanismos de imunização punitiva em comparação aos homens, como, por exemplo, o pagamento de fiança ou mesmo de propinas a policiais[129]. Trata-se de uma expressão

[125] BUZAWA et al., *Responding to domestic violence*, cit., 38-43.

[126] FBSP, *Anuário brasileiro de segurança pública 2019*, cit.

[127] BRASIL, *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres,* 2ª ed., Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.

[128] BRASIL, *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres,* cit.

[129] BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra (Orgs.), *Mulheres e crianças encarceradas:* um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: LADIH, 2015. SANTOS, Aila Fernanda dos, "A divisão sexual do trabalho no tráfico de drogas e o encarceramento das mulheres: especificidades da guerra às drogas em relação ao sexo feminino", in: *Gênero, feminismos e sistema de justiça*: discussões interseccionais de gênero, raça e classe (coord: Luciana Boiteux, Patrícia Carlos Magno, Laize Benevides), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, (pp. 120-137).

da divisão sexual do trabalho no mundo do crime, marcada pela precarização e exploração das mulheres e pela posição de comando e autoridade aos homens. Isso significa que as atividades de coordenação da logística do tráfico, com maiores rendimentos e menos riscos à prisão, são funções tipicamente masculinas e as mulheres se inserem nas funções varejistas e coadjuvantes[130]. Assim, as mulheres estão em posições mais vulneráveis à captura pela atuação policial em flagrante delito, ao exercerem funções de "mulas", ao serem pressionadas para realizar o tráfico para o interior de presídios, durante as visitas, sob pena de os presos sofrerem represálias, ou ainda, quando o local do crime é a casa, são presas por simplesmente estarem presentes no local do crime com seus companheiros[131]. O encarceramento dessas mulheres vem acompanhado de diversas outras violações de direitos, em instalações penitenciárias não adaptadas às necessidades femininas, como as necessidades de higiene em razão de menstruação, gravidez, amamentação, além do problema do abandono social dos filhos menores, uma sobrecarga que recai ordinariamente sobre as mulheres, conforme reconhecido pelas regras de Bangkok[132]. Por esta última razão, a Lei n. 13.257/2016 criou a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar às gestantes ou mães de filhos menores de 12 anos, quanto a crimes praticados sem violência ou grave ameaça (CPP, art. 318, IV e V).

Para além da crítica criminológico-feminista quanto à injustiça derivada da discriminação embutida no encarceramento de mulheres, a compreensão das relações de gênero permite, ao menos, duas repercussões dogmáticas. Em relação às mulheres que estão em situação de violência doméstica praticada por parceiro íntimo com envolvimento no tráfico de drogas, e que em razão do induzimento deste são envolvidas no crime, é possível reconhecer uma situação de coação moral irresistível (CP, art. 22, 1ª parte), ou se resistível, uma atenuante da responsabilidade (CP, art. 65, inciso III, alínea "c"). Da mesma forma como a mulher não consegue enxergar soluções para sair da relação violenta, a saída do envolvimento do crime praticado por seu companheiro está marcada pelos mesmos valores de dependência emocional e financeira, e medo das reações violentas do agressor. As relações de gênero iluminam o caráter de autoridade que a cultura sexista atribui à posição masculina, e as exigências de submissão, coadjuvação e cuidado atribuídas ao feminino, que as leva a envolver-se no tráfico por sua relação com o parceiro ou o filho preso[133].

Em segundo lugar, ainda que não haja uma relação imediata de coação restritiva da liberdade da mulher para se envolver na atividade criminosa, o reconhecimento da subalternidade de fato das mulheres nas relações de trabalho na criminalidade e a sua maior vulnerabilidade à criminalização daí decorrente deve ensejar, ao menos,

[130] SANTOS, "A divisão sexual do trabalho no tráfico de drogas e o encarceramento das mulheres", cit.

[131] TANNUSS, Rebecka Wanderley; SILVA JUNIOR, Nelson Gomes de Sant'Ana e; GARCIA, Renata Monteiro, "Mulheres no tráfico: diálogos sobre transporte de drogas, criminalização e encarceramento feminino", in: *Sistema de justiça criminal e gênero:* diálogos entre as criminologias crítica e feminista (Renata Monteiro Garcia et al.), João Pessoa: CCTA, 2020, (pp. 16-40).

[132] V. BRASIL, *Regras de Bangkok:* regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, Brasília: CNJ, 2016.

[133] TANNUSS et al., "Mulheres no tráfico", cit.

uma atenuante genérica (CP, art. 66). Ainda que não seja exatamente a mesma situação, o sistema penal permite a compreensão que a participação de menor importância deve ser apenada de forma menos gravosa (CP, art. 29, § 1º). Ou seja, deve-se colocar em perspectiva o crime concreto dentro do sistema mais amplo da criminalidade, onde as mulheres se inserem em posições de menor importância na logística do crime e, portanto, o juízo de reprovabilidade não deveria ser idêntico ao dos homens. É claro que este discrímen está diretamente associado à desigualdade de fato das mulheres nas relações sociais. O dia em que alcançarmos a plena equidade de gênero, não fará sentido a diferenciação. Mas a realidade é que estamos muito longe desta equidade no dia-a-dia das mulheres e seu envolvimento na criminalidade está diretamente condicionado por tais relações de poder.

3. Outras áreas: crimes omissivos impróprios e o aborto

Ainda que sem pretensão de análise exauriente, poderíamos analisar outras duas áreas relacionadas à criminalidade feminina nas quais a perspectiva de gênero pode trazer uma reconfiguração. Pesquisa documentou que as mulheres recebem punição mais exacerbada quando acusadas de crimes omissivos impróprios relacionados ao dever de cuidado dos filhos, especialmente quando não rompem relações afetivas que expõem os filhos à violência doméstica (crime de maus tratos) ou ainda no caso de o companheiro praticar estupro contra a filha e a mulher tomar conhecimento, mas deixar de tomar providências[134]. Tem-se exigido "total impedimento" para escusar a omissão de proteção pela mãe, quando a compreensão das relações de gênero deveria levar ao melhor entendimento sobre as constrições culturais que mantêm as mulheres presas em relacionamentos abusivos, silenciando na proteção de si mesmas e, muitas vezes, dos próprios filhos. Esta atribuição de responsabilidade por omissão das mulheres ocorre em clara reprodução dos estereótipos de gênero quanto à tolerância social ao abandono da família pelo homem e a sobrecarga da mulher nas funções de cuidado materno, explicitando o quanto o Direito é utilizado como instrumento de reforço dos papéis de gênero. O risco de hiper-representação das mães como autoras de maus tratos de crianças, especialmente na primeira infância, também pode ser visto como expressão desta sobrecarga feminina nas funções de cuidado.

O aborto com consentimento da gestante (CP, art. 124) é um crime praticado por mulheres, ainda que contem com auxílio de terceiros. O aborto possui tratamento distinto em diversas culturas. A visão sobre o aborto configura, em última análise, uma visão espiritual (e sacra) quanto ao momento de início da vida, cuja proibição absoluta colidiria com o ideal de um Estado laico[135]. A crítica feminista tem acentuado a função de controle sobre a sexualidade das mulheres derivada da proscrição absoluta

[134] MAYCÁ, Giulia Vogt; BUDÓ, Marília de Nardin, "A criminalização da mulher e os estereótipos de gênero: uma análise do discurso judicial em delitos omissivos impróprios", in: *Sistema de justiça criminal e gênero – diálogos entre as criminologias crítica e feminista* (Renata Monteiro Garcia et al.), João Pessoa: Ed. CCTA, 2020, (pp. 89-120).

[135] DWORKIN, Ronald, *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

do aborto, a negação dos direitos reprodutivos (enquanto liberdade para decidir ter ou não filhos), a sobrecarga à mulher quanto às funções de cuidado que advirão da parentalidade (e, portanto, o impacto brutal em seu futuro e sua emancipação de vida), bem como os riscos à saúde da mulher pela realização do aborto na clandestinidade, especialmente das mulheres mais pobres[136]. Apesar da criminalização, trata-se de uma conduta comum; segundo pesquisa de Diniz e Medeiros, uma em cada cinco mulheres brasileiras, ao final de sua vida reprodutiva, já realizou um aborto[137].

Para além da eventual crítica político-criminal quanto à legitimidade e efetividade da criminalização do aborto, a crítica feminista permite trazer uma nova configuração dogmática para o eventual reconhecimento de estado de necessidade ou de inexigibilidade de conduta diversa, especialmente em situações de idade muito precoce da gestante, existência de prole extensa ou situações de pobreza extrema, em que o resultado do avanço da gravidez se tornassem catastróficos na vida daquela mulher, gerando uma situação de desespero. Nesse sentido, Roxin afirma que a criminalização do aborto "é ineficaz se uma mulher de qualquer maneira decidida a abortar vai a um charlatão e ali realiza a intervenção cirúrgica. A história prova que isso ocorre [...]. Tais consequências são, porém, indesejadas, uma vez que elas acarretam para a gestante perigos que vão desde lesões à saúde até extorsões"[138]. Assim, ele conclui que a descriminalização do aborto na fase inicial da gestação, acompanhada de apoio psicossocial à mulher e programas de apoio financeiro às mães, seriam estratégias político-criminais mais eficientes para se evitar a interrupção voluntária da gestação que a criminalização.

Há precedente da 1ª Turma do STF, sem efeito *erga omnes*, reconhecendo o direito fundamental da mulher de interromper a gestação durante o primeiro trimestre, portanto a ilegitimidade de incriminação do aborto nesse contexto[139]. O tema da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação está atualmente em discussão no STF, na ADPF 442, e envolve a alegação de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da dignidade, liberdade, igualdade, saúde e proscrição de tratamentos desumanos e degradantes, considerando especialmente as consequências desiguais da criminalização para as mulheres negras, pobres e indígenas.

Conclusão

O Direito tem sido historicamente uma tecnologia de reprodução das relações desiguais de gênero, ao colaborar para a construção discursiva da identidade feminina

[136] FERRAND, Michèle, "O aborto, uma condição para a emancipação feminina", *Estudos Feministas* 16(2), 2008 (pp. 653-659). SCAVONE, Lucila, "Políticas feministas do aborto", *Estudos Feministas* 16(2), 2008, (pp. 675-680). DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo, "Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna", *Ciência & Saúde Coletiva* 15(1), 2010, (pp. 959-966).

[137] DINIZ/MEDEIROS, "Aborto no Brasil", cit.

[138] ROXIN, *Estudos de direito penal,* cit., p. 174. Caso se supere a premissa de ilegitimidade da criminalização do aborto sem considerar os impactos na vida da mulher, a intervenção de quem Roxin chama de "charlatão" poderia ser reconfigurada, sem o caráter extorsivo, como um ato humanitário de socorro de uma parteira à gestante desesperada (ainda que com riscos à saúde derivados da clandestinidade).

[139] STF, HC 124.306/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29 nov. 2016.

e masculina. Segundo Foucault, há uma relação entre a verdade e as formas jurídicas, pois o que o direito reconhece ou não como verdade é fruto de uma moldura das relações políticas nas quais os sujeitos jurídicos estão imersos[140]. Quando o sistema penal opera através de categorias que não reconhecem as relações de gênero, está ele mesmo criando uma verdade discursiva de negação da existência dessas relações.

Para superar a desigualdade, é necessário primeiro reconhecer a sua atual existência. Nesse sentido, "a possibilidade de realização de justiça depende da superação da nossa indiferença em relação à diferença e da abertura que realizamos para a concorrência entre várias realidades, além daquela que nos governa"[141]. A perspectiva de gênero exige incorporar a subjetividade da mulher, como vítima ou autora do crime, de como ela enxerga o mundo a partir dos condicionamentos das relações de gênero. Nesse sentido, o paradigma das relações de gênero possui o grande mérito de não essencializar as relações entre homens e mulheres, mas de reconhecer o seu caráter contingente, derivado do contexto histórico, sociocultural e geográfico. Um redirecionamento do direito pelas mulheres, a partir da consciência das relações de gênero e do compromisso com a promoção do princípio jus-fundamental da igualdade, tem o potencial de se tornar um motor para a reorganização das relações sociais, refundadas a partir do paradigma da equidade.

A aplicação tradicional do direito penal tem sido cega às relações de gênero e reproduzido estes estereótipos. A perspectiva de gênero importa em uma revolução substancial na dogmática jurídico-criminal porque ela altera os fatos e os valores, exigindo, portanto, uma reconfiguração das normas. Na perspectiva fática, as lentes de gênero permitem reconhecer novas formas de violências estruturais que antes eram invisíveis, inserindo o ponto de vista da mulher na vivência dessas violências. Portanto, o paradigma científico feminista exige a realização de pesquisas criminológicas quanto à experiência das mulheres na vivência da discriminação de gênero[142]. É nesta pesquisa que dá voz às mulheres onde reside a legitimidade crítica da perspectiva de gênero. Na dimensão valorativa, a perspectiva de gênero estabelece a absoluta inaceitabilidade das formas seculares de opressão às mulheres, trazendo um renovado fim político-criminal material que orienta a interpretação teleológica do direito penal, ainda que dentro da moldura garantista. Este fim está conectado com o sistema de direitos fundamentais e suas exigências de não discriminação e não tolerância à violência.

Esta nova compreensão fática e axiológica molda as categorias jurídico-dogmáticas para refletirem adequadamente a nova perspectiva, promovendo uma evolução de paradigmas. Segundo Beleza, "a teoria feminista do direito tem, de facto, algo diferente e novo a acrescentar à teoria tradicional [do crime], em que tais desequilíbrios estruturais de poder psicossocial não são, claramente, enquadráveis"[143]. A ação se expande do

[140] FOUCAULT, Michel, *A verdade e as formas jurídicas,* Rio de Janeiro: NAU, 2002.

[141] SEVERI, "Justiça em uma perspectiva de gênero", cit., p. 591.

[142] RAGO, Margareth, "Epistemologia feminista: gênero e história", in: *Masculino, feminino, plural:* gênero na interdisciplinaridade (Joana Maria Pedro, Miriam Pillar Grossi), Florianópolis: Ed. Mulheres, 2006, (pp. 20-41).

[143] BELEZA, "Legítima defesa e gênero feminino", cit., p. 158.

episódio pontual para a compreensão do histórico de manutenção de uma relação abusiva com a mulher. O resultado incorpora os danos à saúde psicológica e emocionais. A tipicidade se qualifica com o conceito de risco proibido pela ausência de precaução masculina em não abusar das relações de gênero para superar o consentimento ou gerar intimidação à mulher. O bem jurídico ganha uma dimensão coletiva à luz do princípio da igualdade, da diretriz de proscrição de reforço da ordem de valores sexistas e do direito fundamental a uma vida livre de violências, enquanto expressão da dignidade intrínseca das mulheres. A legítima defesa é reconfigurada quanto ao meio necessário e à agressão iminente na reação defensiva da mulher em contexto de violência doméstica. A coação moral irresistível passa a considerar as constrições para o exercício de funções femininas de cuidado ou coadjuvação no envolvimento da criminalidade ou por consequências dramáticas associadas à sobrecarga às mulheres nas funções reprodutivas e de cuidado. Em síntese, a perspectiva de gênero permite reconfigurar a operação prática do sistema penal.

A compreensão das relações de gênero funciona como uma lente, que permite reconhecer a realidade a partir da experiência das relações desiguais de poder experimentadas pelas mulheres, e como uma bússola, reorientando o norte da justiça à luz da diretriz jus-fundamental de necessidade de superação da normalização das violências às mulheres. A aplicação realmente igualitária do direito penal exige incorporar a perspectiva feminista.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

CRIME DOES NOT PAY ANYWHERE. UNA VISIÓN SISTEMATIZADA Y GLOBAL DE LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Ana María Prieto del Pino*

SUMARIO: Introducción. I. El marco internacional. II. Algunas (desalentadoras) cifras. III. La cooperación internacional: órganos normativos. 1.Blanqueo de capitales, delitos precedentes y financiación del terrorismo. a) El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y organismos regionales creados a imagen del GAFI. b) Naciones Unidas. 2. Blanqueo de capitales procedentes de la corrupción. a) La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR). b) El Grupo del Banco Mundial. c) El grupo de trabajo anticorrupción del G20. IV. La cooperación internacional: las estrategias de implementación de la recuperación de activos. 1. Los canales: redes de asistencia legal mutua y de asistencia informal. 2. Los actores. a) La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). b) Unidades de Inteligencia Financiera: el Grupo Egmont de UIF. c) Oficinas Europeas de Recuperación de Activos (ORA). d) Eurojust. e) Redes inter-agencias de contactos no oficiales. f) La Red Mundial de Puntos de Contacto sobre de Recuperación de Activos. g) Foro Árabe para la Recuperación de Activos (AFAR). h) Intervención de la iniciativa privada. V. Obstáculos jurídicos y operativos. Conclusión.

Introducción

El comiso de bienes procedentes de actividades delictivas desempeña hoy día un papel fundamental en las estrategias de prevención del delito, en especial, aunque no exclusivamente, de las expresiones vinculadas a la criminalidad organizada. La privación de las ganancias, sin duda, desincentiva al delincuente, al eliminar el principal aliciente de la perpetración de actos ilícitos. La incautación de los efectos u objetos materiales, asimismo, le va a impedir en muchos casos llegar a obtener el provecho buscado; y la de los instrumentos puede acarrearle de modo directo un perjuicio patrimonial. Todas ellas, obviamente, reducen, además, su capacidad económica, real o potencial, y, por lo tanto, sus posibilidades de realizar inversiones destinadas a la comisión de nuevos hechos delictivos.

La implementación del comiso no resulta factible, con frecuencia, de un modo directo o inmediato, sino que es el final de un arduo e intrincado camino. Cuando los

* Profesora contratada doctora de Derecho Penal. Universidad de Málaga.
Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto PGC2018-097607-B-I00, titulado "Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno", y cuyos investigadores principales son el Prof. Dr. Octavio García Pérez y la Profa. Dra. Carmen Sánchez Hernández.

bienes obtenidos ilícitamente se han transferido a otros países, es necesario poner en marcha un proceso de rastreo, congelación, confiscación y devolución de los mismos a sus países de origen, al que se denomina recuperación de activos (*asset recovery*). La Comisión Europea, recientemente[1], ha identificado las siguientes fases: identificación y rastreo de los bienes adquiridos ilegalmente; congelación e incautación de los activos con miras a su posible decomiso posterior; gestión de los activos congelados e incautados para preservar su valor; decomiso de los activos adquiridos ilegalmente; disposición de los activos decomisados, que podría incluir su reutilización para fines públicos o sociales.

El dinero puede ser transferido en cuestión de segundos, puede ser reubicado al otro lado del mundo a la velocidad de una transferencia electrónica. Por lo tanto, los organismos de represión y de enjuiciamiento deben poder contar con un intercambio de información prácticamente inmediato. Sin embargo, la velocidad del intercambio es tan vital como el marco temporal en el que se lleva a cabo. Cuanto antes, mejor, ya que la denominada etapa de "pre-investigación" o de inteligencia, dada su proximidad al momento de la detección del delito, puede ser la más propicia para el rastreo y la recuperación de los activos.

En un escenario global especialmente propicio para la ocultación y aprovechamiento de las ganancias delictivas, se impone que los esfuerzos para tratar de impedir que resulte rentable el desarrollo de actividades criminales sean igualmente globales, colectivos, sinérgicos y no queden atrapados dentro de las fronteras nacionales. Muchas, y con múltiples conexiones entre ellos, son las iniciativas, instituciones, agencias y sujetos implicados en la recuperación de activos a nivel mundial, que el presente trabajo pretende, como principal objetivo, presentar y caracterizar de forma sistematizada.

I. El marco internacional

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) supuso un hito en lo que respecta a la incautación del producto (las ganancias) del delito[2]. Privar a los delincuentes de los beneficios de su actividad se convirtió en una prioridad a nivel internacional en la lucha contra el crimen organizado. El decomiso del producto del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la penalización del blanqueo de capitales y la confiscación del producto del mismo son las tres medidas adoptadas para lograr ese propósito.

Así, en virtud del artículo 3 b), la legislación interna de las Partes tipificará como delitos, por un lado, la conversión o transferencia de bienes y, por otro lado, el ocultamiento o disfraz de la verdadera naturaleza, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos sobre o propiedad de bienes, a sabiendas, en ambos casos, de que

[1] EUROPEAN COMMISSION, Report from the Commission to the European Parliament and the Council *Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay*. Brussels, 2.6.2020 COM (2020) 217 final, p. 2.

[2] *The Parties to this Convention, (...) Determined to deprive persons engaged in illicit traffic of the proceeds of their criminal activities and thereby eliminate their main incentive for so doing, (...).*

dichos bienes provienen de cualquier delito o delitos establecidos de conformidad con el apartado a) de ese párrafo, o de un acto de participación en tal o tales delitos, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que esté involucrada en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias legales de sus acciones.

Por su parte, el artículo 5. 1. a) de la Convención establece que cada parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso del producto derivado de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; y el artículo 5.2 prevé que cada parte adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes identificar, rastrear y congelar o incautar el producto, bienes, instrumentos o cualesquiera otras cosas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, con el fin de su eventual confiscación.

Poco después del mencionado hito, el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (1990) estableció que cada Estado parte debía adoptar las medidas –legislativas o de otra naturaleza- necesarias para confiscar los instrumentos y el producto de del delito o bienes de un valor equivalente. En 2005 este compromiso fue actualizado por un nuevo Convenio del Consejo de Europa con la finalidad de incorporar la financiación del terrorismo[3].

El comienzo del siglo XXI trajo a la escena internacional la declaración de guerra a la corrupción y al disfrute ilícito de sus beneficios. Según la Convención de la ONU contra el Crimen Organizado Transnacional (2000) los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias para permitir el decomiso del producto del delito (o de bienes de valor equivalente) y de los bienes, el equipo y otros instrumentos utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Convención. De conformidad con el artículo 12, sobre decomiso e incautación, los Estados Partes podrán considerar la posibilidad de exigir que un delincuente demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de su legislación nacional y con la naturaleza de los procedimientos judiciales.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) establece explícitamente la recuperación de activos como un principio fundamental y prevé medidas encaminadas a la recuperación directa de los bienes mediante la cooperación internacional en materia de decomiso.

Además, la legislación europea también ha hecho muchos progresos importantes en menos de veinte años.

La Acción Común 98/699/JAI relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito dispuso que los Estados Miembros debían permitir el decomiso del valor y la localización y conservación del presunto producto del delito a petición de otro Estado Miembro.

[3] Por el Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Tres años después, la Decisión Marco 2001/500/JAI relativa al blanqueo de capitales, identificación, localización, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y el producto del delito (la "Decisión Marco de 2001") requería a los Estados Miembros que permitieran el decomiso de bienes y el decomiso por valor equivalente, así como que garantizaran que las solicitudes de otros Estados Miembros serán tratadas con la misma prioridad que las suyas propias.

La Decisión marco 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la Unión Europea de las órdenes de embargo de bienes o de pruebas (la "Decisión marco de 2003") exigía el reconocimiento mutuo de las órdenes de embargo relativas a una lista de delitos castigados con tres años de prisión o que satisficieran el principio de doble incriminación.

La Decisión marco 2005/212/JAI sobre el decomiso del producto del delito, instrumentos y bienes (la "Decisión marco de 2005") nació con el objetivo de "garantizar que todos los Estados Miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada".

La Decisión marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las órdenes de decomiso, estableció las normas en virtud de las cuales un Estado Miembro reconocerá y ejecutará en su territorio una orden de decomiso emitida por un tribunal competente en materia penal de otro Estado Miembro.

La Decisión Marco 2007/845/JHA, que es una continuación de las Decisiones marco 2003/577/JAI y 2005/212/JAI, pide a los Estados Miembros que "establezcan o designen una oficina nacional de recuperación de activos, a fin de facilitar la localización e identificación del producto del delito y de otros delitos y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo, incautación o decomiso por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal o, en la medida en que sea posible conforme a la legislación nacional del Estado Miembro en cuestión, procedimientos civiles".

La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y la confiscación de los instrumentos y el producto del delito, tiene por objeto modificar y ampliar las disposiciones de las decisiones marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, que debían ser parcialmente reemplazadas por los Estados miembros obligados por la nueva Directiva.

El comiso de los instrumentos y las ganancias del delito, o la de bienes por valor equivalente a dichas ganancias tras una sentencia firme de un tribunal sigue siendo la regla general. No obstante, "cuando no sea posible el decomiso basado en una condena firme, debería (...) seguir siendo posible, en ciertas circunstancias, decomisar esos instrumentos y producto, al menos en los casos de enfermedad o fuga del sospechoso o acusado. Sin embargo, en esos casos de enfermedad o fuga, la existencia en los Estados miembros de procedimientos en ausencia del acusado sería suficiente para respetar esta obligación. Cuando el sospechoso o acusado se haya fugado, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas oportunas y pueden exigir que se convoque a la persona de que se trate o que se ponga en su conocimiento el procedimiento de decomiso".

Incluso se ha permitido el decomiso de bienes en posesión de terceros, que con anterioridad no estaba contemplado. También se han establecido diversas garantías procesales, como el derecho a ser informado de la ejecución de la orden de embargo preventivo, incluyendo, al menos brevemente, la razón o razones; la posibilidad efectiva de impugnar la orden de embargo preventivo ante un tribunal; el derecho a asistencia letrada durante todo el procedimiento de decomiso; la posibilidad efectiva de reclamar el título de propiedad u otros derechos patrimoniales; el derecho a ser informado de las razones de una orden de confiscación y a impugnarla ante un tribunal.

La Directiva 2014/42 establece normas mínimas sobre el embargo preventivo de bienes con miras a su posterior decomiso por los delitos graves enumerados en el párrafo 1 del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a saber, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas y armas, blanqueo de dinero...

Sólo ocho Estados miembros notificaron a la Comisión la transposición completa de la meritada Directiva en sus ordenamientos jurídicos nacionales antes de la fecha límite de transposición (4 de octubre de 2016). En consecuencia, en noviembre de 2016 la Comisión envió cartas de apercibimiento por la no comunicación de las medidas nacionales de implementación a dieciocho Estados miembros (Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Irlanda, Grecia, Croacia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Polonia, Portugal, Rumania y Suecia). Quince de esos dieciocho Estados miembros notificaron posteriormente las medidas nacionales de aplicación a la Comisión declarando que la transposición era completa. Tras comprobar la exhaustividad de la transposición, la Comisión decidió archivar los procedimientos de infracción de estos quince Estados miembros. En junio de 2020, sólo quedaban abiertos tres procedimientos de infracción por falta de comunicación, relativos a Bulgaria, Luxemburgo y Rumania

Por último, se ha diseñado un nuevo instrumento jurídico para contribuir, junto con la Directiva, a la recuperación efectiva de activos en la Unión Europea. Así pues, mientras que la Directiva mejora las posibilidades nacionales de congelar y confiscar activos, el Reglamento (UE) 2018/185 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, tiene por objeto potenciar la aplicación transfronteriza de las órdenes de congelación y confiscación. Este nuevo instrumento, que será directamente aplicable a partir del 19 de diciembre de 2020, amplía el alcance de las normas actuales para abarcar nuevos tipos de decomiso, e incluye disposiciones sobre los derechos de las víctimas a la restitución y la indemnización.

II. Algunas (desalentadoras) cifras

Verdaderamente, la recuperación de activos procedentes de la delincuencia se considera una de las medidas más importantes para luchar contra el crimen organizado que existen hoy en día. Sin embargo, las cifras no parecen ofrecer muchos motivos para el optimismo.

Según la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), en 2009 el monto total del producto generado por el delito fue, aproximadamente, de

2,1 billones de dólares estadounidenses (alrededor de 1,9 billones de euros), o el 3,6% del PIB mundial en ese mismo año. La cantidad resultante susceptible de ser objeto de operaciones de blanqueo se estimó en alrededor de 1,6 billones de dólares estadounidenses o el 2,7% del PIB mundial. Esta cifra es consistente también con la estimación del Fondo Monetario Internacional (FMI) sobre el alcance del lavado de activos, que oscilaría entre el 2% y el 5% del PIB mundial[4].

– Investigaciones recientes realizadas por Savona, Riccardi et al. (Transcrime Institute, 2015) estiman que los mercados ilícitos de la Unión Europea generan unos 110.000 millones de euros anuales, es decir, alrededor del 0,9% del PIB de la UE en 2010[5].

– En 2011, el monto de las ganancias delictivas también se situó entre el 2% y el 5% del PIB mundial, y sólo menos del 1% de las ganancias blanqueadas fue objeto de incautación y congelación[6].

– Según los datos más recientes relativos al período 2010-2014 proporcionados por la Europol, en 2016 el 2,2% del producto del delito estimado fue incautado o congelado provisionalmente, sin embargo, sólo el 1,1% de las ganancias delictivas fue definitivamente confiscado a nivel de la UE. Ello significa que, finalmente, de todos los activos incautados o congelados provisionalmente, se decomisó el 50%[7].

– Savona et al., a partir de los datos disponibles, han puesto de relieve que, por lo que respecta a Europa, la mayoría de los activos decomisados son bienes muebles (en particular dinero en efectivo) y bienes registrables (por ejemplo, coches, etc.). La confiscación de bienes inmuebles no es muy frecuente, y la de empresas es casi inexistente, salvo en un exiguo número de países (principalmente Italia)[8].

III. La cooperación internacional: órganos normativos

La voluntad política de los países de recuperar el producto del delito en sus territorios y de ayudar a otros Estados que necesiten su apoyo es una condición necesaria para lograr resultados. Sin duda, los órganos normativos tienen un papel fundamental que desempeñar en la generación y el fortalecimiento de este prerrequisito. Veamos, pues, de qué órganos se trata y qué hacen.

[4] United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes Research Report* (2011), p.7. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit-financial-flows_31Aug11.pdf Última consulta: 30 de octubre de 2020.

[5] SAVONA, Ernesto U. & RICCARDI, Michele (Eds.), *From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe. Final Report of Project OCP-Organised Crime Portfolio* (www.ocportfolio.eu). Trento: Transcrime-Università degli Studi di Trento, 2015. Disponible en: http://www.transcrime.it/pubblicazioni/the-portfolio-of-organised-crime-in-europe/. Última consulta: 30 de octubre de 2020.

[6] United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Estimating illicit financial flows resulting from*, op. cit., p.7.

[7] EUROPOL, *Does crime still pay? Asset Recovery in the EU. Survey of statistical information* (2010-2014), 2016. Disponible en: www.europol.europa.eu. Última consulta: 30 de octubre de 2020.

[8] SAVONA, Ernesto U. & RICCARDI, Michele (Eds.): From illegal markets to legitimate businesses, op. cit.

1. Blanqueo de capitales, delitos precedentes y financiación del terrorismo

a) El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y organismos regionales creados a imagen del GAFI.

Según su propia definición, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un "órgano normativo" intergubernamental que trabaja para generar la voluntad política necesaria para llevar a cabo reformas legislativas y reglamentarias nacionales en el ámbito del blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y otras amenazas conexas a la integridad del sistema financiero internacional. El mandato del GAFI es establecer estándares y promover la aplicación efectiva de medidas legislativas, reglamentarias y operacionales para combatir estos actos ilícitos.

Fue fundado por los ministros de las jurisdicciones miembros en 1989, durante la cumbre del G-7 que se celebró en París[9]. Durante 1991 y 1992, el GAFI amplió su composición, pasando de los dieciséis miembros iniciales[10] a veintiocho. En 2000 el GAFI alcanzó la cifra de treinta y un miembros y, desde entonces, ese número ha aumentado hasta llegar a los treinta y siete miembros actuales.

Las 40+9 Recomendaciones del GAFI (establecidas en 1990 y revisadas en 2012) establecen el estándar internacional en materia de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y recuperación de activos.

La Recomendación nº 38, sobre Asistencia legal Mutua: congelación y decomiso establece que "los países deberían asegurarse de contar con la capacidad de emprender una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras de identificación, congelación, embargo y decomiso de bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y de la financiación del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en, la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Dicha capacidad debe incluir ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de sus leyes internas. Los países deberían contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como con acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, los cuales debe incluir el reparto de activos decomisados".

Por otra parte, la Recomendación nº 29[11] del GAFI y la nota interpretativa de la misma (NIR. 29) establecen la definición, las funciones y los atributos de una unidad de inteligencia financiera (UIF). La NIR 29, que explica cuál es el mandato y las

[9] Durante la cumbre del G-7 celebrada en París en 1989.

[10] Los Estados miembros del G-7, la Comisión Europea y otros ocho Estados.

[11] 29. Financial intelligence units
Countries should establish a financial intelligence unit (FIU) that serves as a national centre for the receipt and analysis of: (a) suspicious transaction reports; and (b) other information relevant to money laundering, associated predicate offences and terrorist financing, and for the dissemination of the results of that analysis. The FIU should be able to obtain additional information from reporting entities, and should have access on a timely basis to the financial, administrative and law enforcement information that it requires to undertake its functions properly.

funciones básicas de una UIF y proporciona aclaraciones sobre las obligaciones contenidas en la recomendación, establece que las UIF deben solicitar ser miembros del Grupo Egmont[12].

Existe una serie de órganos regionales creados siguiendo el modelo del GAFI, como el de Asia y el Pacífico (GAP), que se fundó en 1997 y es el de mayor tamaño (41 jurisdicciones)[13].

a) Naciones Unidas.

El Programa Mundial contra el Blanqueo de capitales (GPML) nació en 1997 en respuesta al mandato realizado a la UNODC por la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

El mandato del GPML fue reforzado en 1998 por la Sesión Extraordinaria de la Asamblea de Naciones Unidas *Declaración Política y Plan de Acción contra el blanqueo de capitales,* que amplió el ámbito de actuación a todos los delitos graves.

Posteriormente, se han aprobado tres Convenciones en los ámbitos de la lucha contra el blanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo: el Convenio Internacional para la Erradicación de la financiación del terrorismo (1999), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)[14].

Además, la resolución 1617 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas insta encarecidamente a todos los Estados Miembros a poner en práctica los exhaustivos estándares internacionales incorporados en las cuarenta recomendaciones sobre el blanqueo de capitales del GAFI y sus nueve recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo.

El mismo mandato fue reproducido en 2006, cuando los Estados Miembros adoptaron el 8 de septiembre la Estrategia Mundial de Naciones Unidas contra el Terrorismo. Esta Estrategia es un instrumento global (A/RES/60/288) que contiene una resolución y un Plan de Acción anexo cuyo objetivo es reforzar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales por combatir el terrorismo. La Sección II del Plan de Acción Anexo establece Medidas para prevenir y reprimir el terrorismo dirigidas a "impedir que los terroristas accedan a los medios para llevar a cabo sus ataques, a sus objetivos y al impacto deseado de sus ataques. Conforme al número 10, los Estados Miembros resuelven "*instar a los Estados a implementar los exhaustivos estándares internacionales incorporados en las Cuarenta Recomendaciones sobre Blanqueo de Capitales y las Nueve Recomendaciones Especiales sobre Financiación*

[12] 13. Countries should ensure that the FIU has regard to the Egmont Group Statement of Purpose and its Principles for Information Exchange Between Financial Intelligence Units for Money Laundering and Terrorism Financing Cases (these documents set out important guidance concerning the role and functions of FIUs, and the mechanisms for exchanging information between FIUs). The FIU should apply for membership in the Egmont Group.

[13] http://www.apgml.org/. Última consulta: 30 de octubre de 2020.

[14] https://www.unodc.org/documents/money-laundering/GPML-Mandate.pdf. Última consulta: 30 de octubre de 2020.

del terrorismo del GAFI, reconociendo que los Estados pueden requerir asistencia para implementarlos".

Por consiguiente, el Programa Mundial contra el Blanqueo de Capitales, el Producto del Delito y la Financiación del Terrorismo se propone apoyar a los Estados y jurisdicciones en la aplicación de políticas contra dichas actividades delictivas. Esta función coadyuvante se desempeña en los planos nacional y regional mediante las siguientes medidas, entre otras[15]: la revisión de los marcos jurídicos e institucionales, la elaboración de legislación modelo, la ayuda para la redacción o el perfeccionamiento de la legislación y las medidas reglamentarias conexas, la asistencia para la aplicación de mecanismos eficaces de lucha contra esas prácticas ilícitas, la promoción de la difusión y la aplicación de las mejores prácticas en el ámbito de la regulación de los servicios financieros, así como la organización de cursos prácticos y seminarios de capacitación para los principales agentes que intervienen en las diferentes etapas que se acaban de mencionar (bancos centrales, empresas del sector bancario y financiero, órganos reguladores, cuerpos policiales, judicaturas...).

2. Blanqueo de capitales procedentes de la corrupción[16]

a) La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR)

La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) es una asociación entre el Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) que apoya los esfuerzos internacionales para acabar con los refugios para los fondos procedentes de la corrupción.

Ayuda a la aplicación del Capítulo V de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que entró en vigor en 2006 y es el único instrumento mundial en la lucha contra la corrupción. StAR trabaja con países en desarrollo y centros financieros para prevenir el blanqueo del producto de la corrupción y para facilitar una devolución más sistemática y oportuna de los activos "robados"[17].

La StAR presta asistencia a los países en la elaboración del marco jurídico, así como en la generación de conocimientos especializados en las instituciones y de la habilidad necesaria para recuperar activos. Asimismo, es la coordinadora de la participación del Banco Mundial en el grupo de trabajo anticorrupción del G20. En particular, la StAR desempeña una función de asesoramiento técnico para este órgano de formulación de políticas sobre recuperación de activos, transparencia y titularidad efectiva de patrimonios, y elaboración de mapas de riesgo de corrupción[18].

---

[15] https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/advisory-services.html. Última consulta: 30 de octubre de 2020.

[16] Pueden consultarse resúmenes de leyes y reglamentos sobre embargo preventivo (freezing) y repatriación de las ganancias procedentes de fraudes y actos de corrupción en TICKNER, Jonathan/GABRIEL, Sarah/LAMING, Hannah (editors), Asset Recovery 2018, Getting the Deal Through, Law Business Research, 2017.

[17] http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/wb_star_brochure_final.pdf. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

[18] http://star.worldbank.org/star/about-us/our-work/. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

La creación de redes de profesionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, es un aspecto muy relevante de la actividad de la iniciativa StAR, por lo que colabora con la OCDE, los socios del AFAR, Interpol, Grupo Egmont, ICAR (International Centre for Asset Recovery, que forma parte del Basel Institute on Governance), Qatari Rule of Law Center, Global Focal Point for Rule of Law[19], CARIN, RRAG (o GAFILAT), ARINSA, ARIN-EA, ARIN-AP. StAR también apoya la actividad llevada a cabo por las organizaciones de la sociedad civil[20].

b) El Grupo del Banco Mundial

El Grupo del Banco Mundial (GBM)[21], que trabaja en los ámbitos nacional, regional y mundial para crear instituciones capaces, transparentes y responsables y diseñar e implementar programas anticorrupción, cumple con su compromiso de combatir la corrupción ayudando a los actores estatales y no estatales a adquirir las competencias necesarias para aplicar políticas y prácticas que mejoren los resultados y promuevan la integridad pública. Tras la Cumbre Anticorrupción, celebrada en mayo de 2016, el GBM acordó aumentar su apoyo a la implementación de la lucha contra el blanqueo de dinero y a la recuperación de activos robados[22].

c) El grupo de trabajo anticorrupción del G20

El Grupo de Trabajo Anticorrupción del G20[23] (ACWG) se constituyó en junio de 2010 en la Cumbre de Toronto. Su principal objetivo es elaborar "recomendaciones exhaustivas para su examen por los dirigentes sobre la forma en que el G-20 podría seguir haciendo contribuciones prácticas y valiosas a los esfuerzos internacionales para combatir la corrupción".

El ACWG colabora con el Grupo del Banco Mundial, la OCDE[24], la UNODC, el FMI, el GAFI, así como con el Business 20 (B20) y el Civil Society 20 (C20).

[19] La iniciativa de Naciones Unidas, conocida como Global Focal Point for Rule of Law, existe desde 2012. Vid.: https://www.undp.org/content/undp/en/home/2030-agenda-for-sustainable development/peace/rule-of-law—justice—security-and-human-rights/global-focal-point-for-rule-of-law.html
Última consulta: 31 de octubre de 2020

[20] BRUN, Jean-Pierre/GRAY, Larissa/SCOTT, Clive/STEPHENSON, Kevin M., *Asset Recovery Handbook. A Guide for Practitioners*, 2011, pp. 6 ss. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2264. Última visita 31 de octubre de 2020.

[21] (THE) WORLD BANK, *Combating Corruption*. http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption. Última visita 31 de octubre de 2020

[22] También acordó fomentar la capacidad de los países para cumplir sus compromisos de aumentar la transparencia y reducir la corrupción, extender su labor al ámbito de la reforma fiscal, los flujos financieros ilícitos, así como de la reforma de la contratación pública y la prevención de que las empresas corruptas puedan obtener contratos públicos.

[23] El G-20 está integrado por: Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, República de Corea, Arabia Saudí, Estados Unidos de América, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea.

[24] https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/. Última consulta: 31 de octubre de 2020

Además, la StAR encabeza la delegación del Grupo del Banco Mundial en el ACWG y coordina las aportaciones y la colaboración del Grupo del Banco Mundial[25].

IV. La cooperación internacional: las estrategias de implementación de la recuperación de activos

1. Los canales: redes de asistencia legal mutua y de asistencia informal

La cooperación internacional puede llevarse a cabo mediante asistencia tanto oficial como oficiosa. La colaboración en materia de notificaciones procesales, testimonios forzosos o jurados, presentación de registros contables, autenticación de registros, órdenes de restricción y ejecución de sentencias de decomiso, requiere que se atiendan las solicitudes oficiales de asistencia legal mutua, que normalmente se emiten y se reciben en virtud de un tratado bilateral de asistencia legal mutua, de un convenio multilateral, carta rogatoria discrecional o carta de solicitud. Cuando los agentes de la autoridad buscan asistencia utilizando este tipo de instrumentos oficiales, se reciben sus solicitudes a través de las Autoridades Centrales designadas en los Tratados, que también pueden recibir solicitudes efectuadas sobre la base de la reciprocidad[26]. Sin embargo, también se puede obtener auxilio informal, pues los Estados pueden proporcionar ayuda investigativa a las autoridades extranjeras sin necesidad de que medie una petición oficial.

Así, por ejemplo, EE.UU ofrece asistencia y cooperación para reforzar las investigaciones mediante medidas como entrevistas a testigos, vigilancia visual, búsqueda de registros públicos y suministro de documentos públicos, que las autoridades policiales extranjeras pueden solicitar poniéndose en contacto con los agregados de los Estados Unidos en sus respectivos países y/o con los contactos del Departamento de Justicia.

Por su parte, las redes internacionales de organismos constituyen un canal de asistencia particularmente valioso en términos de rapidez y eficacia, ya que sus miembros pueden ponerse en contacto entre sí de manera directa e informal. Hacen posible, en definitiva, una comunicación ágil tanto antes como durante el auxilio judicial mutuo oficial. Además, el intercambio de información también es una herramienta disponible para los países miembros que aún no han concertado entre sí un tratado de auxilio judicial mutuo. Las redes informales están formadas por puntos de contacto nacionales designados por los países miembros, que, a su vez, están interconectados por medio de una secretaría.

[25] https://star.worldbank.org/star/about-us/g20-anti-corruption-working-group. Última consulta: 31 de octubre de 2020

[26] Por ejemplo, el punto de contacto principal para todos los requerimientos formales de auxilio a Estados Unidos es la OIA (Office of International Affairs)

2. Los actores

a) La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Como se ha señalado anteriormente, la Unidad de aplicación de la Ley, Delincuencia Organizada y anti-blanqueo de capitales de la UNODC es responsable de la realización del Programa Mundial contra el Blanqueo de Capitales, las Ganancias del delito y la Financiación del terrorismo (GPML)[27]. El GPML no sólo interviene en la elaboración de políticas, sino también en la represión, principalmente contribuyendo al desarrollo de unidades de inteligencia financiera y otras instituciones específicas.

b) Unidades de Inteligencia Financiera: el Grupo Egmont de UIF.

El Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia financiera (UIF) nació en una reunión celebrada en el Palacio Egmont Arenberg de Bruselas después de la reunión plenaria del GAFI en La Haya, el 9 de junio de 1995, presidida conjuntamente por la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF-CFI) de Bélgica y la Red para la Represión de los Delitos Financieros (FinCEN) de los Estados Unidos[28]. Su mandato consiste en promover el desarrollo y la eficacia de las UIF mediante la cooperación, especialmente en las esferas del intercambio de información, la capacitación y el intercambio de conocimientos especializados. El Grupo Egmont de Unidades de inteligencia financiera es un foro internacional apolítico de Unidades de inteligencia financiera operacionales que intercambian información para seguir el presunto producto del delito cuando los activos se encuentran en diferentes jurisdicciones. Todas las UIF miembros del Grupo Egmont deben ajustarse a la definición de UIF de dicho grupo para que sirvan de centro nacional de recepción y análisis de informes sobre transacciones sospechosas y otra información pertinente al blanqueo de dinero, los delitos determinantes conexos y la financiación del terrorismo, y para la difusión de los resultados de dicho análisis.

La condición de miembro del grupo la ostenta la UIF, no la jurisdicción. Aunque existen y funcionan como organismos estatales, las UIF miembros del Grupo Egmont deben, no obstante, ser independientes desde el punto de vista operacional, lo que les permite examinar eficazmente el posible producto del delito, cualquiera que sea el delito subyacente y con independencia de la organización que asuma la dirección de la investigación. Hoy en día es una organización compuesta por ciento cincuenta y

[27] http://www.unodc.org/documents/money-laundering/GPML-Mandate.pdf. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

[28] La denominada solicitud 314 (a) es el procedimiento a través del cual una jurisdicción extranjera puede recabar información del Fin CEN para determinar si un individuo, una entidad o una organización mantiene una cuenta en una institución financiera estadounidense. Vid. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, *U.S. Asset Recovery Tools & Procedures: A Practical Guide for International Cooperation*, disponible en: https://2009-2017.state.gov/documents/organization/190690.pdf. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

una UIF miembros con el compromiso de mejorar el intercambio de información y promover el desarrollo mundial de las UIF para combatir el blanqueo de dinero, los delitos determinantes conexos y la financiación del terrorismo. Las UIF miembros del Grupo Egmont operan en el contexto de su legislación nacional y de sus respectivos marcos para combatir estos actos ilícitos, y a menudo desempeñan una función vital en la detección, identificación, investigación, enjuiciamiento y decomiso del producto del delito. La estructura operativa del Grupo Egmont está compuesta por las jefaturas de las Unidades de Inteligencia Financiera (HoFIU), el Comité Egmont (EC), los Grupos de Trabajo, los Grupos Regionales, la red de comunicaciones de la Red Segura de Egmont (ESW) y la Secretaría del Grupo Egmont (EGS).

Las jefaturas de las Unidades de Inteligencia Financiera son el órgano rector del Grupo Egmont. El Comité Egmont (EC) sirve como mecanismo de consulta y coordinación de las HoFIU, los Representantes Regionales y los Grupos de Trabajo. El EC, dirigido por el Presidente del Grupo Egmont, está compuesto por los Presidentes de los Grupos de Trabajo, los Representantes Regionales, el Representante de la ESW y el Secretario Ejecutivo.

Los documentos *Principios para el intercambio de información* (junio de 2001) y *Prácticas óptimas para el intercambio de información*[29] fueron aprobados con el fin de mejorar el intercambio de información y proporcionar directrices a modo de mejores prácticas para el intercambio de información entre las UIF.

c) Oficinas Europeas de Recuperación de Activos (ORA).

En virtud de la Decisión 2007/845 del Consejo se establecieron oficinas nacionales de recuperación de activos. Las ORA identifican los activos adquiridos ilegalmente, participan en los procedimientos de decomiso, garantizan la gestión adecuada de los activos incautados, actúan como punto de contacto para las operaciones nacionales de decomiso y facilitan el intercambio de información a nivel de la UE.

Las ORA deben cooperar con las Unidades de inteligencia financiera y las autoridades judiciales. Las Oficinas de Recuperación de Activos deben colaborar "intercambiando información y prácticas óptimas, tanto previa solicitud como espontáneamente" y los "Estados Miembros velarán por que esa cooperación no se vea obstaculizada por el estatus de las Oficinas de Recuperación de Activos según la legislación nacional, con independencia de si forman parte de una autoridad administrativa, policial o judicial". Una ORA puede solicitar a otra información especificando el objeto y las razones de la solicitud, la naturaleza de las actuaciones, así como detalles relativos a los bienes objeto de la petición y a los sujetos implicados. Una ORA puede también intercambiar información espontáneamente para mejorar la labor de otras ORA.

[29] EGMONT GROUP, *Best Practices for the Improvement of Exchange of Information Between Financial Intelligence Units,* disponible en: http://216.55.97.163/wp-content/themes/bcb/bdf/int_regulations/egmont/bestpractices.pdf. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

d) Eurojust.

Eurojust fue creado por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, publicada el 28 de febrero, como unidad de coordinación o cooperación judicial[30]. Sin embargo, en virtud del Reglamento UE 2018/1727[31], que deroga dicha Decisión del Consejo, este organismo ha experimentado una relevante transformación, en puridad, ha sido refundado como consecuencia de la creación de la Fiscalía Europea. En este sentido, el art. 1.2 establece que "la agencia Eurojust creada en virtud del presente Reglamento sustituirá y sucederá a la agencia Eurojust creada en virtud de la Decisión 2002/187/JAI". Eurojust ha dejado de ser la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea y ha pasado a ser, con arreglo al art. 1.2. del Reglamento, la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*". Conforme al art. 2.1, Eurojust apoyará y reforzará la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir las formas de delincuencia grave para las que sea competente de conformidad con el artículo 3, apartados 1 y 3, cuando dichas formas afecten a dos o más Estados miembros o deban perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros, por Europol, por la Fiscalía Europea y por la OLAF. Por su parte, el art. 2.3 confiere a Eurojust un carácter proactivo, al establecer que desempeñará sus funciones a petición de las autoridades competentes de los Estados miembros o por propia iniciativa.

El Colegio de Eurojust, está compuesto por un miembro nacional de cada Estado miembro de la UE. Conforme a la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, los miembros nacionales podían ser fiscales, jueces u oficiales de cuerpos policiales con competencias equivalentes. Sin embargo, el Reglamento 2018/1727 establece en su art. 7.4 que "los miembros nacionales y los adjuntos deberán tener la condición de fiscal, juez o representante de la autoridad judicial con competencias equivalentes a las de un fiscal o juez en virtud de su Derecho nacional".

El Equipo de Delincuencia económica y Financiera de Eurojust viene trabajando en estrecha colaboración tanto con CARIN como con la Plataforma no oficial de Oficinas de Recuperación de Activos[32]. Asimismo, ha organizado seminarios sobre

[30] El presupuesto fue liberado en mayo y las Reglas de Procedimiento fueron acordadas en junio.

[31] REGLAMENTO (UE) 2018/1727 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Coperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DOUE L 295, 21.11.2018). Este nuevo Reglamento de Eurojust, es directamente aplicable en veintiséis Estados miembros (no lo es en Dinamarca) desde el 12 de diciembre de 2019. Para los Estados miembros que no participen en la Fiscalía Europea, Eurojust sigue siendo plenamente competente en lo que respecta a las formas de delincuencia grave que figuran en el anexo I del Reglamento.

[32] Una reseña de algunas operaciones exitosas de recuperación de activos en las que ha intervenido puede encontrarse en EUROJUST, *Eurojust News*, Issue No. 13, June 2015*, On the freezing and confiscation of the proceeds of crime*, disponible en: http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/register/Documents/Eurojust%20News%20Issue%2013%20(June%202015)%20on%20the%20freezing%20and%20confiscation%20of%20the%20proceeds%20of%20crime.pdf. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

decomiso, en los que han participado conjuntamente académicos, expertos y fiscales, como los celebrados en 2012 y 2014.

e) Redes inter-agencias de contactos no oficiales

– Red inter-agencias de recuperación de activos de Camden

CARIN (Camden Assets Recovery Interagency Network es una red no oficial de contactos entre expertos judiciales y profesionales de agencias policiales, especializados en el campo de la localización, la incautación, el embargo y el comiso de activos. En la actualidad la integran cincuenta y cuatro miembros, pertenecientes a agencias estatales y a organizaciones internacionales.

Su origen se remonta a octubre de 2002, cuando se celebró en Dublín una conferencia organizada conjuntamente por la Oficina de Bienes delictivos de Irlanda y la Europol. A la conferencia asistieron representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea y algunos Estados candidatos, junto con la Europol y Eurojust. Los participantes, procedentes de organismos policiales y autoridades judiciales de los Estados Miembros, celebraron seminarios cuyo objetivo era plantear recomendaciones sobre el tema de la identificación, el rastreo y la incautación de los beneficios del delito. Una de las recomendaciones que surgieron en los cursos prácticos se refería al establecimiento de una red oficiosa de contactos y un grupo de cooperación en la esfera de la identificación y recuperación de activos de origen delictivo. El nombre acordado para el grupo fue el de Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden, ya que el Hotel Camden Court de Dublín fue la ubicación original de los talleres donde nació la iniciativa.

El objetivo de la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden es incrementar la eficacia de los esfuerzos por privar a los delincuentes, en particular a la delincuencia organizada, de sus ganancias ilícitas. Mejorar la cooperación transfronteriza e interinstitucional, así como el intercambio de información, dentro y fuera de la Unión Europea, se considera un instrumento clave en la esfera de la identificación, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso del producto del delito.

El comienzo oficial de CARIN tuvo lugar durante el Congreso fundacional de La Haya, celebrado los días 22 y 23 de septiembre de 2004. Los siguientes Estados y jurisdicciones asistieron al congreso de lanzamiento: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Eslovaca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido (incluyendo las Dependencias de la Corona del Reino Unido de la Isla de Man, Guernsey, Jersey y Gibraltar), Rumania, Suecia, Suiza y Estados Unidos.

Cada miembro puede designar dos representantes como contactos CARIN, uno de una agencia policial y otro de la judicatura. Las Oficinas de Recuperación de Activos pueden representar a la agencia policial o a la autoridad judicial. Los Estados y jurisdicciones pueden tener el estatus de miembro o de observador. En este último caso, aunque también pueden tener la representación referida, carecen de voto en las reuniones plenarias y no pueden formar parte del Grupo.

CARIN proporciona asistencia en varias áreas, incluyendo la localización de bancos y cuentas de inversión, bienes inmuebles, empresas, coches, barcos y aviones, a través de aplicación de la ley o de información pública, y el descubrimiento de dónde y cómo pueden ocultarse o encubrirse los bienes asociados a los sospechosos mediante el uso de estructuras corporativas, testaferros o negocios fiduciarios.

La asistencia de CARIN sólo puede ser solicitada por cuerpos policiales, fiscales, jueces, o funcionarios de oficinas de recuperación o gestión de activos.

CARIN recibe apoyo económico de la Comisión Europea mediante la financiación de los programas AGIS e ISEC.

Europol y Eurojust son observadores permanentes integrados en el Grupo Directivo. Europol desempeña la función de Secretariado Permanente de CARIN. Eurojust, por su parte, desempeña un papel clave en el asesoramiento de CARIN en aspectos judiciales muy importantes, como los relativos a la congelación, la incautación, el decomiso, la distribución de bienes y la indemnización de las víctimas. Sin embargo, como afirma La Sra. Jill Thomas (Secretaria fundadora de CARIN), dado que la red de Camden tiene principalmente un carácter operativo, Eurojust "se encuentra en una situación ideal para intervenir en operaciones específicas transfronterizas de recuperación de activos cuando se solicite".

Para saber cómo es el proceso de asistencia de CARIN en la práctica, la siguiente entrevista con la Sra. Jill Thomas constituye una fuente muy valiosa[33]:

> *Un caso típico que requiere la participación de CARIN puede ser el de un equipo de investigación que tiene noticia de que sus principales sospechosos poseen activos en una jurisdicción extranjera. Cuando, conforme a la información recibida, los activos serán trasladados en 24 horas, resulta vital la intervención policial inmediata. Puede ocurrir que no esté claro si la jurisdicción que posee los activos requiere o no de una carta de solicitud internacional para buscar los activos, o si existen bases de datos específicas para buscar los activos y, en caso afirmativo, qué organismo posee las bases de datos pertinentes. Una vez que los activos son identificados, las condiciones jurídicas varían en tal medida entre las jurisdicciones, que es necesario aclarar rápidamente una serie de factores antes de poder ejecutar cualquier orden de embargo o decomiso:*
> *– ¿Congelará la jurisdicción solicitada un activo para ejecutar una orden de decomiso por valor equivalente?*
> *– ¿Y si el sospechoso muere de repente?*
> *– ¿Qué pasa si el activo ha sido transferido a la esposa del sospechoso?*
> *– ¿Qué sucede si la orden de congelar el producto del delito se basa en un precepto legal de decomiso civil sin condena?*

[33] EUROJUST, "Interview with Ms Jill Thomas", *Eurojust News*, Issue No. 13, June 2015, op. cit., p. 11; disponible en : https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/EJNews/Eurojust%2520News%2520Issue%252013%2520%28June%25202015%29%2520on%2520the%2520freezing%2520and%2520confiscation.pdf. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

> *Para actuar con rapidez, a menudo es preciso que los contactos de la red mantengan una conversación. En este caso, el equipo de investigación local se pondría en contacto con su propio contacto CARIN, que, a su vez, se pondría en comunicación con el contacto extranjero de CARIN, ya sea por correo electrónico o por teléfono. Esto es muy fácil de hacer, ya que los contactos de CARIN se conocen entre sí, han entablado una relación informal a través de su trabajo diario. Cada jurisdicción miembro de CARIN tiene generalmente dos contactos, uno de los cuales proviene de las fuerzas del orden (policía o aduanas) y otro del ámbito judicial (fiscal o juez). Si la investigación es para rastrear los bienes, será el contacto policial CARIN el que intervenga. Si la investigación es para ejecutar una orden de congelación o decomiso, se utilizará el contacto judicial. Los contactos de CARIN aclararán: a) el auxilio que puede prestarse, b) la base legal de dicho auxilio, y c) el canal que debería utilizarse para transmitir los datos. Esta estrategia variará dependiendo de la etapa de la investigación, las jurisdicciones involucradas y el activo que se busca. Desde el establecimiento de otras redes regionales de recuperación de activos en todo el mundo, los contactos de CARIN en la Unión Europea pueden ponerse en contacto rápida y fácilmente con especialistas en recuperación de activos de jurisdicciones de todo el mundo en nombre de sus propios investigadores.*

La Sra. Thomas añade:

> *"Cuando existe una legislación en materia de comiso discrepante, la única manera de proceder para lograr la incautación y el decomiso efectivos es discutir ese caso y encontrar una solución adecuada para ambas jurisdicciones. Este es el papel del contacto de CARIN'.*

Siguiendo este exitoso modelo, se han creado otras redes regionales en África, como ARIN-SA (África meridional), América (Red de Recuperación de Activos RRAG-Gafisud) y Asia (ARIN-AP en Asia-Pacífico).

– Redes africanas: ARINSA, en África meridional (Asset Recovery Inter-Agency for Southern Africa); ARIN-WA, en África occidental and ARIN-EA, en África oriental.

El Programa Mundial de la UNODC contra el Blanqueo de Capitales, las ganancias del delito y la Financiación del Terrorismo (GPML), comenzó a apoyar la creación de redes al estilo de CARIN en otras regiones del mundo en 2009. La Red Interinstitucional (Inter-agencias) de Recuperación de Activos del África Meridional (ARINSA) fue el primer resultado de esa iniciativa[34]. Los siguientes países son los actuales 16 miembros de ARINSA: Angola, Botsuana, Kenia, Lesoto, Madagascar, Mauricio, Malawi, Mozambique, Namibia, Sudáfrica, Seychelles, Suazilandia, Tanzania, Uganda, Zambia y Zimbabue[35].

[34] https://www.unodc.org/southernafrica/en/aml/arinsa.html. Última consulta: 31 de octubre de 2020

[35] ASSET RECOVERY INTER-AGENCY NETWORK OF SOUTHERN AFRICA (ARINSA),

La Red Interinstitucional de Recuperación de Activos para el África Oriental (ARIN-EA) surgió de los debates celebrados por la Asociación de Organismos Anticorrupción del África Oriental (EAACA) en 2013, en los que participó la StAR. La ARIN-EA está integrada por representantes de Burundi, Etiopía, Kenia, Ruanda, Sudán del Sur, Yibuti, Tanzania y Uganda[36].

ARIN-WA es la red creada conforme al modelo CARIN más joven de África. El GPML organizó un curso práctico regional del 24 al 27 de noviembre de 2014 en Accra (Ghana), en el que se estableció oficialmente la Red interinstitucional de recuperación de activos para el África occidental[37]. Sus miembros son: Benín, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa de Marfil, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Liberia, Malí, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Togo y Santo Tomé y Príncipe.

– América Latina: Red de Recuperación de Activos GAFILAT/GAFISUD (Red de Recuperación de Activos de GAFILAT/GAFISUD) (RRAG)

La RRAG, creada en 2009, es una plataforma virtual para el intercambio de información entre puntos de contacto, auspiciada por la ONU, la OEA, la INTERPOL y el GAFISUD para los países de América del Sur[38]. Los países miembros (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay) han designado sus puntos de contacto, la mayoría de los cuales comprenden tanto contactos policiales como integrantes de la Fiscalía[39].

– Red inter-agencias para la recuperación de activos de Asia y el Pacífico (ARIN-AP)

La ARIN-AP está concebida como un centro de información y conocimientos especializados en beneficio de los países miembros, así como en beneficio de la cooperación interregional con otras redes interinstitucionales regionales de recuperación de activos. Se puso en marcha el 19 de noviembre de 2013 y, desde el 4 de agosto de 2017, ARIN-AP cuenta con veinte jurisdicciones como miembros y con siete organizaciones internacionales como observadores.

Conforme a su propia definición, esta red trata de cumplir sus objetivos mediante la promoción del intercambio de información y buenas prácticas, la constitución de una sólida red internacional con otras organizaciones conexas como UNODC y CARIN, la investigación y el desarrollo de prácticas y sistemas de recuperación de activos; la facilitación y la mejora en todos los aspectos de la lucha contra el producto del delito y el asesoramiento a otras autoridades[40]. Está integrada por los puntos de contacto

https://new.arinsa.org. Última visita: 31de octubre de 2020.

[36] ODOUR, Jacinta, "Networking For Asset Recovery in East Africa", disponible en: https://star.worldbank.org/star/content/networking-asset-recovery-east-africa. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

[37] UNODC: "Launch of the Asset Recovery Inter-Agency Network for West Africa ARIN-WA". (Press release). Disponible en: https://www.unodc.org/westandcentralafrica/en/launch-the-asset-recovery-network-arinwa.html. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

[38] https://www.gafilat.org/index.php/es/espanol/18-inicio/gafilat/49-red-de-recuperacion-de-activos-del-gafilat-rrag. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

[39] Ibídem.

[40] KINGAH, Stephen, "Measures for Asset Recovery: A Multiactor Global Fund for Recovered Stolen Assets", en Wouters, Jan/Ninio, Alberto/ Doherty, Teresa/Cissé, Hassane (editors*), Improving Delivery in*

nacionales designados por los países miembros de Asia y el Pacífico, que, a su vez, están interconectados a través de la Secretaría. Se promueve la comunicación directa informal entre ellos antes o durante el auxilio judicial mutuo oficial, a fin de lograr una recuperación de activos más eficiente[41].

f) La Red Mundial de Puntos de Contacto sobre Recuperación de Activos.

La Red Mundial de Puntos de Contacto sobre Recuperación de Activos, que cuenta con el apoyo de StAR y Interpol, proporciona una plataforma de intercambio de información segura para la recuperación de activos procedentes del delito.

Cada país miembro autoriza a funcionarios implicados en la persecución del delito para que sean designados como "puntos de contacto" para responder a las necesidades inmediatas de asistencia de cualquier otro país miembro en la recuperación de activos. Ayudar en materia de congelación, incautación, decomiso y recuperación de bienes "sustraídos" es el objetivo estratégico de esta iniciativa. Facilitar el intercambio seguro de información sensible entre los puntos de contacto se considera un objetivo permanente. Ya en noviembre de 2015, eran más de doscientos los investigadores y fiscales pertenecientes a organismos anti-corrupción y agencias de recuperación de activos nacionales que habían sido designados como "puntos de contacto"[42].

g) Foro Árabe para la Recuperación de Activos (AFAR).

El AFAR, que se puso en marcha en 2012, tiene por objeto proporcionar capacitación regional a los profesionales que participan en el rastreo, la congelación, la recuperación y la devolución de activos "sustraídos" (*stolen assets*) en los países árabes en transición hacia la democracia tras la Primavera Árabe[43]. La primera reunión de AFAR se celebró en Doha (Qatar) en noviembre de 2012, la segunda en Marrakech (Marruecos) en 2013, la tercera en Ginebra (Suiza) en 2014. La cuarta, que tuvo lugar en Túnez del 8 al 10 de diciembre de 2015, y fue copresidida por Alemania, Túnez y Qatar[44], ha sido la última hasta la fecha.

Development: The Role of Voice, Social Contract, and Accountability, The World Bank Legal Review, volume 6, 2015, p. 465. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/21553. Última consulta: 31 de octubre de 2020.

[41] El Fiscal General de Indonesia, Basrief Arief, señaló en la apertura de la reunión general anual de ARIN-AP in Sleman, Yogyakarta, el lunes 25 de Agosto de 2014 que desde 2012 hasta esa fecha, Indonesia había logrado recuperar activos por un valor de entre 4 y 5 billones de rupias indonesias (341,47 millones de dólares estadounidenses) procedentes del delito que habían sido ocultados en el extranjero. Vid.: http://www.thejakartapost.com/news/2014/08/25/asset-recovery-discussed-int-l-conference-yogyakarta.html. Última visita: 31 de octubre de 2020.

[42] https://www.interpol.int/Crimes/Corruption/Asset-recovery. Última consulta: 31 de octubre de 2020

[43] KINGAH, Stephen, "Measures for Asset Recovery: A Multiactor Global Fund for Recovered Stolen Assets", op.cit., p. 465.

[44] https://star.worldbank.org/star/ArabForum/About Última visita: 1 de noviembre de 2020

h) Intervención de la iniciativa privada.

Los bienes confiscados pueden ser "compartidos" (para hacer frente a los gastos efectuados) por la jurisdicción confiscadora y el gobierno extranjero que ha participado en la fructífera investigación. Sin embargo, los activos recuperados también pueden ser devueltos a las víctimas de la actividad delictiva que motivó la operación de decomiso. Por ejemplo, con arreglo a la legislación de los EE.UU., los individuos, entidades o gobiernos extranjeros pueden presentar una Petición de Recuperación ante la Sección de Confiscación de Bienes y Blanqueo de Capitales[45].

Por lo tanto, las investigaciones que conduzcan a la confiscación de activos pueden ser promovidas por la iniciativa privada, y no faltan los bufetes de abogados que ofrecen sus servicios a las víctimas e incluso a los Estados interesados en que que se les devuelvan sus propiedades de muchas jurisdicciones, como Suiza, Hong Kong, España[46]; Gran Bretaña, EE.UU., Luxemburgo[47], Bahamas[48], o las Islas Caimán[49].

V. Obstáculos jurídicos y operativos

Las diferencias existentes entre las normas sustantivas y procesales de los Estados pueden obstaculizar la investigación, la identificación, el rastreo y la recuperación de activos, problema que afecta especialmente a los casos de delincuencia organizada transfronteriza. Además de la tutela del secreto bancario en algunas legislaciones y de los casos de posibles conflictos de jurisdicción (incluyendo la determinación del Estado o Estados a los que irán destinados los activos decomisados), pueden surgir obstáculos jurídicos en relación con el principio de doble incriminación, en virtud del cual la conducta delictiva subyacente a la orden de congelación o a la carta de solicitud debe ser constitutiva de infracción penal también en el Estado miembro requerido.

Asimismo, los umbrales probatorios que deben alcanzarse en una jurisdicción determinada para la ejecución de una solicitud pueden ser superiores a los exigidos en la jurisdicción requirente. Como consecuencia de ello, una determinada solicitud

[45] Según consta en *U.S. Asset Recovery Tools & Procedures: A Practical Guide for International Cooperation* (United States Department of State, May 2012), p. 1, Estados Unidos ha decomisado y devuelto más de 168 millones de dólares a víctimas en el extranjero desde 2004. En la p. 10 de dicha guía se exponen algunos ejemplos de cooperación de EE.UU para recuperar ganancias procedentes de la corrupción. Disponible en: https://2009-2017.state.gov/documents/organization/190690.pdf. Última consulta: 1 de noviembre de 2020.

[46] Asset Recovery 2015: Roundtable, August 2015. Disponible en: https://whoswholegal.com/features/asset-recovery-2015-roundtable. Última visita: 1 de noviembre de 2020.

[47] Vid. un caso reciente en: https://www.baselgovernance.org/blog/landmark-asset-recoverycase-puts-peruvian-non-conviction-based-confiscation-legislation-test. Última consulta: 1 de noviembre de 2020.

[48] Maynard, Peter D.: Asset Tracing and Recovery, 07 October 2016. Disponible en: https://whoswholegal.com/features/asset-tracing-and-recovery. Última consulta: 1 de noviembre de 2020.

[49] Vid. WILKINS, C./ DUNNE, N., "Offshore? Yes. Off Limits? No. Asset recovery in Paradise", *Who's Who Legal*(02 August 2018), disponible en: https://whoswholegal.com/features/offshoreyes-off-limits-no-asset-recovery-in-paradise. Última visita: 1 de noviembre de 2020

podría considerarse adecuada en un Estado pero demasiado amplia o incluso una mera indagación con fines exploratorios (*fishing expedition*) en otro[50].

Además, el decomiso sin condena, también llamado decomiso civil y decomiso *in rem*, es aceptado por muchas jurisdicciones y rechazado por otras, ya que puede implicar una sanción penal encubierta (adecuada para eludir el principio de no retroactividad de la legislación penal y el derecho de acceso a la asistencia letrada), impuesta mediante la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, infringiendo el derecho a la presunción de inocencia (incluido el derecho a no declarar). Las diferencias entre los sistemas de Derecho continental (*civil law*) y los de Derecho anglosajón (*common law*) son muy notables a este respecto, porque el decomiso sin condena, cuyos estándares de prueba, elementos probatorios y requisitos de admisibilidad son menos rigurosos, es ampliamente aceptado en las jurisdicciones de Derecho anglosajón[51]. Sin embargo, dicha aceptación no se circunscribe al ámbito de los sistemas de *common law*. Así, por una parte, algunas jurisdicciones de derecho civil han aplicado el decomiso civil para contrarrestar la delincuencia organizada durante muchos años[52] y otras lo adoptaron ya hace algunos años[53]. Por otra parte, no debe pasarse por alto el hecho de que, según la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, los Estados Partes deben considerar la posibilidad de introducir el decomiso civil en sus jurisdicciones.

Adicionalmente, la falta de recursos técnicos y humanos suficientes es fuente de obstáculos operativos. Cada Estado debería tener su propia oficina de recuperación de activos con una dotación adecuada de personal, con expertos en contabilidad forense y acceso a plataformas seguras para el intercambio de información e inteligencia operacional y estratégica[54]. Por último, los registros centralizados de propiedad y bancarios para la identificación de activos también pueden ser elementos clave para el éxito de una operación de recuperación[55].

Conclusión

Como se indicó al inicio de este trabajo, en un mundo globalizado, en el que no existen fronteras nacionales para la realización de actividades delictivas ni para la

[50] BRUN, Jean-Pierre/GRAY, Larissa/SCOTT, Clive/STEPHENSON, Kevin M.: *Asset Recovery Handbook. A Guide for Practitioners*, 2011, p. 143. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2264. Última visita 30 de octubre de 2020.

[51] BRUN, Jean-Pierre/GRAY, Larissa/SCOTT, Clive/STEPHENSON, Kevin M.: ibídem.

[52] Es el caso de Italia desde 1956.

[53] Es el caso de España desde 2010.

[54] Como SIENA (Secure Information Exchange Network Application) de Europol.

[55] Vid. "Interview with Mr. Leif Görts", EUROJUST, *Eurojust News*, Issue No. 13, June 2015, *On the freezing and confiscation of the proceeds of crime*, pp. 14 y 15, disponible en: https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/EJNews/Eurojust%2520News%2520Issue%252013%2520%28June%25202015%29%2520on%2520the%2520freezing%2520and%2520confiscation.pdf. Última consulta: 30 de octubre de 2020.
El entrevistado, Sr. Görts, era a la sazón el miembro nacional en Eurojust de Suecia y presidente del Equipo de Delincuencia Económica y Financiera de la referida agencia.

ocultación y el aprovechamiento posteriores de los bienes procedentes de dichas actividades, la lucha contra la delincuencia debe también ser global, sinérgica y eficaz.

Ahora bien, debemos mantener siempre en pie una barrera: la de los derechos individuales y las garantías legales. *Crime does not pay*, que no quede ninguna duda al respecto. Sin embargo, por un lado, la información sobre personas y empresas inocentes debe ser tutelada. Por otro lado, el Estado de Derecho debe ser preservado sin reservas ni excepciones, de manera que quienes han cometido conductas delictivas tampoco queden al margen de la aplicación de los derechos y las garantías que aquél implica. Con sumo acierto supo expresarlo nuestro admirado, querido y añorado Augusto, nuestro admirado, querido y añorado Prof. SILVA DIAS: "El diablo al que JAKOBS se refiere vive entre nosotros y, si combatimos con sus métodos, acabaremos por venderle el alma, cuando no por colocarnos también en su punto de mira.(...). Para no minar sus bases, el Estado de Derecho debe mantenerse fiel a su ideario, basando las medidas contra el crimen organizado en un equilibrio reflexivo entre garantías y eficacia"[56].

[56] SILVA DIAS, Augusto, "Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantía no combate ao crime organizado", *Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre*, n. 72, maio 2012-ago. 2012, p. 215.

O PROBLEMA DA CONFISCABILIDADE DO PATRIMÓNIO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Duarte Rodrigues Nunes[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. Conceitos de organização criminosa e de criminalidade organizada; II. A obtenção de lucro: finalidade *necessária* da criminalidade organizada?; III. O confisco de vantagens provenientes da prática de crimes; IV. A confiscabilidade do património da organização criminosa à luz do Direito português; Conclusões.

Introdução

Num artigo inserido numa coletânea de estudos relativos ao 2.º Congresso de Investigação Criminal organizado pela ASFIC/PJ e pelo IDPCC/FDUL, AUGUSTO SILVA DIAS[1], com toda a pertinência, chamou a atenção para a questão da confiscabilidade (ou não), à luz dos arts. 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, do património da própria organização criminosa. O autor conclui pela impossibilidade desse confisco (pois a Lei n.º 5/2002 não prevê a extensão do confisco ao património da própria organização criminosa), mas chama a atenção para a necessidade de aperfeiçoar a Lei n.º 5/2002, de forma a suprir essa impossibilidade, que constitui, na sua ótica, uma grave falha em termos de política criminal.

O problema central deste estudo passa por determinar se o património da organização criminosa (*i.e.* que não pertença a nenhum dos seus membros) pode ser confiscado (*de jure condito* e *de jure* condendo) e em que termos.

[*] Juiz de Direito, Professor Convidado da Universidade Europeia, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa, Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço.

[**] Tive o grato prazer de conhecer o Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias e de ser seu aluno no seminário de Direito processual penal do Curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito de Lisboa no já longínquo ano letivo de 2007/2008. Jamais esquecerei as suas palavras de encorajamento no dia da defesa da minha Dissertação de Doutoramento e o fino trato com que lidava com todas as pessoas que consigo interagiam. Com um até sempre, presto esta singela, mas sentida homenagem.

[1] SILVA DIAS, Augusto, "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito", in: AA.VV., *Direito Penal económico e financeiro – Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento* (coord: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2010, (pp. 23-47), p. 44.

I. Conceitos de organização criminosa e de criminalidade organizada

Pese embora seja oriundo da Criminologia, o conceito de criminalidade organizada tem hoje uma inegável relevância jurídica ao nível do Direito penal e processual penal[2], o que torna essencial a delimitação de um conceito jurídico de criminalidade organizada.

Na construção do conceito jurídico de criminalidade organizada têm sido utilizados, essencialmente, dois modelos: (1) identificar e elencar uma série de infrações normalmente praticadas pelas organizações criminosas[3] ou (2) identificar e utilizar um conjunto de características comuns à generalidade das organizações criminosas[4] e, a partir da noção de organização criminosa, definir a criminalidade organizada. Apesar da vagueza que poderá existir na definição de criminalidade organizada seguindo o segundo modelo, entendemos ser o mais adequado, por várias razões.

Em primeiro lugar, a opção pelo segundo modelo permite que a definição se adeqúe mais facilmente às características das organizações criminosas e às suas mutações para escaparem à perseguição criminal ou aumentarem a sua capacidade operacional ao nível da prossecução das suas finalidades.

Em segundo lugar, assentando na própria fenomenologia, a definição permite adequar e atualizar os instrumentos jurídicos às características da criminalidade organizada e às suas mutações.

E, em terceiro lugar, muitos instrumentos de resposta à criminalidade organizada restringem intensamente direitos fundamentais, pelo que a sua admissibilidade terá

---

[2] *V.g.* para delimitação dos tipos de crimes *de* organização e para a criação e delimitação do âmbito de aplicação de institutos jurídicos de Direito substantivo e processual aplicáveis apenas ou de forma diferenciada – face a outras formas de criminalidade – à criminalidade organizada. Quando falamos em crimes *de* organização, referimo-nos aos crimes relativos à fundação, pertença ou cooperação com organizações criminosas (*v.g.* os crimes de associação criminosa e de organização terrorista e, nas ordens jurídicas que contenham essa incriminação, de organização criminosa), por oposição aos crimes *da* organização, que consistem nos crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas para prosseguir a finalidade da organização ou proteger a organização, os seus membros e o seu património face à atuação das autoridades (*v.g.* tráfico de droga, armas ou seres humanos, homicídio, terrorismo, extorsão, roubo, burla, falsificação, crimes informáticos, corrupção, branqueamento de capitais, etc.).

[3] Solução adotada pelo legislador português nos arts. 1.º, al. m), do CPP e 1.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002. Subscrevemos *in totum* as palavras de SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito,* cit., pp. 24-25, quando afirma a insuficiência de tais definições (e do modelo que seguem), gerando insegurança jurídica pelo facto de esses catálogos estarem descritos de forma vaga e imprecisa, contendo crimes de distinta gravidade.

Ademais, tais enumerações legais não incluem muitos tipos de crime habitualmente cometidos por organização criminosas e tendem a tornar-se rapidamente "obsoletas" (tendo de ser constantemente atualizadas) pelo facto de as organizações criminosas diversificarem as suas atividades criminosas em face do surgimento de novos nichos de mercado (ilícito) ou para escaparem às autoridades ou minimizarem as consequências jurídicas que poderão sofrer, optando pela prática de crimes que proporcionem vantagens patrimoniais substanciais e, ao mesmo tempo, envolvam menos "riscos penais" do que os crimes "classicamente" cometidos por essas organizações (cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade dos métodos "ocultos" de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 47-48).

[4] Cfr. MORAES ROCHA, João Luís, "Crime Transnacional", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2003*, (pp. 79-158), pp. 87-88.

de assentar num triplo juízo de adequação/necessidade/proporcionalidade *stricto sensu* favorável. Ora, se algum desses instrumentos não for ou, por força das mutações da criminalidade organizada, deixar de ser adequado e/ou necessário, estaremos perante uma violação da Constituição.

Na Doutrina portuguesa, encontramos duas visões opostas sobre a questão de saber se o conceito jurídico de criminalidade organizada deve supor, ou não, a prática de um crime de associação criminosa ou, melhor dizendo, a prática de um crime *de* organização. Assim, enquanto FIGUEIREDO DIAS[5] entende que tal conceito supõe a prática de um crime de associação criminosa, AUGUSTO SILVA DIAS[6] considera que a relação entre o crime de associação criminosa e o conceito de criminalidade organizada, embora tendencial, é meramente contingente e não necessária, podendo não se verificar o ilícito típico do crime de associação criminosa (*v.g.* porque não se provou algum dos elementos do tipo de ilícito do art. 299.º do CP), mas o crime em causa pertencer ao catálogo legal e ter sido cometido de forma organizada[7] ou vice-versa[8], sendo que entendimento diverso implicaria a perda de relevância prática e de autonomia do conceito de criminalidade organizada (pois a aplicação dos institutos especiais de resposta ao crime organizado seria "despoletada" pela prática do crime de associação criminosa e não pela prática do crime de forma organizada)[9]. Pela nossa parte, embora rejeitemos (*de jure condendo*) a delimitação de um catálogo de crimes, cremos que a razão estará do lado de AUGUSTO SILVA DIAS quando considera que não é necessária a prática de um crime *de* organização (associação criminosa, organização terrorista, organização criminosa[10]) como elemento do conceito de criminalidade organizada. O que terá de existir é uma estrutura organizada (organização criminosa *lato sensu*) no âmbito e com utilização da qual são cometidos crimes[11].

FIGUEIREDO DIAS[12] e AUGUSTO SILVA DIAS[13] consideram também que o conceito jurídico de criminalidade organizada deve incluir um catálogo de crimes,

---

[5] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 71 (2008)* (pp. 11-30), pp. 15 e 26-27.

[6] SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito,* cit., pp. 25 e ss.

[7] SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito,* cit., p. 29, considera, com toda a razão, que os conceitos de crime cometido de forma organizada e de criminalidade altamente organizada do art. 1.º, al. m), do CPP (enquanto pressuposto de aplicação de vários institutos jurídicos específicos para a criminalidade organizada fortemente restritivos de direitos fundamentais) deverão ser determinados partindo do conceito de grupo criminoso organizado do art. 2.º, al. a), da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, que integra a nossa ordem jurídica.

[8] *V.g.* prova-se a prática do crime de associação criminosa, mas não se verifica algum dos elementos do conceito de criminalidade organizada (*v.g.* a finalidade de obter lucro).

[9] O autor, baseando-se no art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, aduz também que resulta desse preceito a possibilidade da prática *de forma organizada* de um conjunto de crimes diversos e autónomos do crime de associação criminosa.

[10] Nas ordens jurídicas que prevejam esta incriminação (*v.g.* Itália, Espanha, Brasil, Áustria, Bélgica).

[11] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 95 e ss., 113 e ss. e 191 e ss.

[12] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *A criminalidade organizada...*, cit., pp. 27 e ss.

[13] SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito,* cit., pp. 27-28.

que terão de ser necessariamente crimes graves e cuja gravidade justifique a aplicação dos instrumentos jurídicos específicos para responder à criminalidade organizada. Neste aspeto, não podemos acompanhar os referidos autores, uma vez que aquilo que deve relevar para a consideração de uma situação concreta como sendo crime organizado não é a prática dos crimes *ex se*, mas o modo do seu cometimento[14] (*i.e.*, a existência de uma estrutura organizada cuja finalidade é prosseguida através da prática de crimes). Ademais, estar-se-ia a excluir (do ponto de vista substantivo e processual) do âmbito do crime organizado uma plêiade de crimes que são habitualmente cometidos por organizações criminosas (que podem optar por cometer, ainda que massivamente, crimes "não graves"[15] que sejam tão ou mais lucrativos, mas envolvam menores "riscos penais"[16]). E também não podemos olvidar que qualquer organização criminosa se caracteriza por possuir um projeto criminoso indeterminado, podendo ser cometidos crimes do catálogo (caso existisse um catálogo) ou não[17/18].

Assim, definimos organização criminosa *lato sensu*[19] como um grupo de três ou mais pessoas, dotado de um mínimo de estrutura organizatória, que, de uma forma duradoura e concertada, pratica factos tipificados na Lei como crime (e, eventualmente, intervém na economia lícita) com o objetivo de obter vantagens de natureza económica ou atingir objetivos de outra natureza e de proteger a organização e os seus membros da perseguição penal, com utilização (se necessário) de violência ou de outra forma de intimidação sobre os seus membros e/ou terceiros e de corrupção.

E, consequentemente, definimos criminalidade organizada (em sentido descritivo-fenomenológico) como a prática, de forma duradoura e concertada (com ou sem divisão de tarefas), de factos tipificados na Lei como crime (eventualmente acompanhada da intervenção na economia lícita) com o objetivo de obter vantagens de natureza económica ou atingir objetivos de outra natureza e de proteger a organização e os seus membros da perseguição penal, com utilização (se necessário) de violência ou de outra forma de intimidação sobre os seus membros e/ou terceiros e de corrupção por parte de um grupo de três ou mais pessoas e dotado de um mínimo de estrutura organizatória, bem como a colaboração consciente e voluntária com uma organização criminosa *lato sensu* por parte

[14] Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Editorial Comares, 2009, p. 165.

[15] E o elevado número de vítimas poderá conferir à atividade criminosa consistente em crimes "não graves" uma danosidade similar à danosidade resultante da prática de um crime "grave".

[16] Tanto ao nível da deteção (pois as autoridades não poderiam utilizar os instrumentos expeditos criados para responder ao crime organizado) como ao nível da punição e do confisco do património.

[17] Como afirma CUSSON, Maurice, Criminologia, Cruz Quebrada: Casa das Letras/Editorial Notícias, 2006, p. 227, referindo-se às máfias, «*tudo o que vem à rede é peixe: furto e revenda de automóveis, tráficos de armas, o escuro negócio da protecção, branqueamento de dinheiro, contrabando, falsificação de cartões de crédito, pornografia, etc*».

[18] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 113 e ss. (com argumentos adicionais).

[19] Que inclui, para além da organização criminosa *stricto sensu* "tradicional" (cujo exemplo paradigmático são as máfias), a associação criminosa (que se distingue da organização criminosa por possuir um grau de organização menor) e a organização terrorista (acerca de todos estes conceitos, *vide* RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 98, 131 e 170).

de pessoas (físicas ou jurídicas) que, não sendo formal e organicamente seus membros, auxiliam-na (material e/ou moralmente) na prossecução das suas finalidades[20].

II. A obtenção de lucro: finalidade *necessária* da criminalidade organizada?

As organizações criminosas (*lato sensu*) visam a consecução de um objetivo, que pode ser lícito ou ilícito[21], discutindo-se se esse objetivo só pode ser a obtenção de lucro ou poderá ser de outra natureza. De acordo com os arts. 2.º da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (CNUCOT), e 1.º, n.º 1, da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada, a finalidade do grupo criminoso organizado apenas poderá ser a obtenção de um benefício económico ou de outro benefício material, o que suscita as questões de saber (1) o que significa "outro benefício material" e (2) se, apesar da intenção de excluir o terrorismo do âmbito de aplicação da Convenção[22], esta é aplicável

[20] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 191-192.
O conceito que referimos inclui a criminalidade organizada "tradicional", o terrorismo (quando seja levado a cabo por organizações criminosas, associações criminosas ou organizações terroristas) e a criminalidade económica organizada [que inclui o cometimento de crimes económicos pela criminalidade organizada "tradicional" com infiltração na economia legítima, os criminosos de colarinho branco que se associam para cometerem crimes económicos (e contratando, se necessário, a prestação de serviços por parte da criminalidade organizada "tradicional") utilizando o mundo dos negócios, com a finalidade de obtenção de lucro ou poder e as organizações comerciais legítimas que utilizam sistematicamente instrumentos ilegítimos para prosseguirem as suas finalidades lícitas] (acerca de todos estes conceitos, *vide* RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 98, 131, 156 e 170).
Tal conceito inclui, ainda, a criminalidade organizada "nuclear" (*i.e.* a organização criminosa *lato sensu* e os seus membros) e a "contiguidade" à criminalidade organizada. Na designação de "contiguidade" baseamo-nos na designação adotada pela Doutrina e Jurisprudência italianas (*contiguità alla mafia*) para designar a situação das pessoas físicas ou jurídicas que, sem pertencerem a qualquer organização mafiosa, colaboram, de forma relevante e consciente, com a Máfia e que são punidas pelo cometimento do crime de *Associazioni* [*per delinquere*] *di tipo mafioso anche straniere* (p. e p. pelo art. 416 *bis* do *Codice Penale*) a título de cumplicidade (*concorso esterno*).

[21] Cfr. CESONI, Maria Luisa, "L'Italie, un pays précurseur», in: AA.VV., *Criminalité Organisée, des représentations sociales aux définitions juridiques* (coord.: Maria Luisa Cesoni), Paris, Genebra e Bruxelas : LGDJ/Georg/Bruylant, 2004, (pp. 503-618), p. 546, e RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 122.
Finalidades como a obtenção de lucro ou a conquista do poder político são finalidades lícitas, coincidindo com os objetivos de qualquer empresa ou partido/movimento político lícitos; nesses casos, a ilicitude decorre dos métodos utilizados para as atingir, incluindo quando a organização atua na economia lícita (*vide* a este respeito, CESONI, Maria Luisa, *Idem*, pp. 509 e ss. e 546, e ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada...*, cit., pp. 143-144). Diversamente, finalidades relacionadas com a disseminação de ódio racial ou a expulsão de minorias étnicas são fins ilícitos, sendo que, embora as organizações que prosseguem estas finalidades sejam frequentemente consideradas organizações terroristas, como bem refere KRAUß, Matthias, "§ 129", in AA.VV., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12.ª Edição, 5.º Volume* (coord: Heinrich Wilhelm-Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann), Berlim e Nova York: Walter de Gruyter, 2010, (pp. 306-382), p. 314, os grupos criminosos de cariz político que não preencham todos os requisitos da organização terrorista poderão ser considerados associações criminosas para efeitos do crime p. e p. pelo §129 do *Strafgesetzbuch* (StGB).

[22] Cfr. MC CLEAN, David, *Transnational Organized Crime, A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford e Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 40, LABORDE, Jean-Paul, *État de droit*

às organizações terroristas quando se dediquem a atividades criminosas lucrativas para financiar as atividades terroristas[23]. Quanto à primeira questão, de acordo com as Notas Interpretativas da Convenção[24], tal significa que o grupo criminoso também poderá visar a obtenção de vantagens de índole não económica (incluindo finalidades de cariz social ou político[25]). Quanto à segunda questão, pelo esbatimento das fronteiras entre a criminalidade organizada "tradicional" e o terrorismo e podendo as organizações terroristas levar a cabo atividades criminosas lucrativas para financiamento, desde que preencham os demais elementos do conceito de grupo criminoso organizado, os instrumentos jurídicos previstos na Convenção são aplicáveis às organizações terroristas[26]. No plano doutrinário, alguns autores restringem a finalidade à obtenção de lucro[27], ao passo que outros autores consideram que a finalidade também pode ser uma finalidade diversa da obtenção de lucro[28].

Embora, na maioria das situações, o escopo "final" seja a obtenção de lucro, não vemos qualquer razão para descartar outras finalidades [*v.g.* obtenção de poder (*maxime* poder político), destruição de uma organização terrorista[29], disseminação de ódio racial ou religioso[30], prejudicar a integridade e a independência de um Estado, intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, impedir, alterar ou subverter

et crime organisé, Paris : Éditions Dalloz, 2005, p. 153, FIORE, Stefano, "I reati inclusi nella Convenzione di Palermo, a) Partecipazione ad un gruppo criminale organizzato", in: AA.VV., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La Convenzione ONU di Palermo* (coord: Elisabeta Rosi), Roma: IPSOA, 2007, (pp. 103-125), pp. 114-115, SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luis F., "A recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)", *Julgar online, 2009, in https://sites.google.com/site/julgaronline/ajulgar-on-line/autores/descritores/criminalidade-organizada* (consultado em 22/07/2020), (pp. 1-37), p. 1, e MICHELINI, Gualtiero/POLIMENI, Gioacchino, "Le Linee Guida della Convenzione di Palermo e la Legge Italiana di Ratifica", in: AA.VV., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La Convenzione ONU di Palermo* (coord: Elisabeta Rosi), Roma: IPSOA, 2007, (pp. 33-65), pp. 39 e 43 e ss.

[23] *V.g.* dedicar-se ao tráfico de droga com o objetivo de obter lucros que serão depois utilizados para a preparação e execução de ataques terroristas e para a manutenção das estruturas da organização.

[24] Interpretative notes of the official records (*travaux préparatoires*) of the negociation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, *in http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf* (concultado em 20/10/2010), p. 2.

[25] Cfr. FIORE, *I reati...*, cit. pp. 114-115, e MC CLEAN, David, *Transnational Organized Crime*, p. 40.

[26] Cfr. FIORE, *I reati...*, cit. p. 114, e LABORDE, Jean-Paul, *État de droit...*, cit., p. 153; contra, MICHELINI, Gualtiero/POLIMENI, Gioacchino, *Le Linee Guida della Convenzione di Palermo...*, cit., p. 43.

[27] Cfr. SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 30, ADAMOLI, Sabrina/DI NICOLA, Andrea/SAVONA, Ernesto U./ZOFFI, Paola, *Organised Crime Around the World*, Helsínquia: Heuni, 1998, p. 18, e ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada...*, cit., pp. 133 e ss.

[28] Cfr. ABADINSKY, Howard, *Organized Crime, 9.ª Edição*, Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2007, p. 3, GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez, *La Criminalidad Organizada, Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales, 1.ª Reimpressão*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 41, e RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 124-125.

[29] Como sucedeu com os GAL (*Grupos Antiterroristas de Liberación*) em Espanha (um grupo paramilitar secretamente financiado pelo Estado espanhol, cuja finalidade era combater a ETA, utilizando táticas terroristas ou de "guerra suja"), que foram considerados uma associação criminosa pelo *Tribunal Supremo* na sua Sentença n.º 2123/1992, *in http://www.poderjudicial.es* (consultada em 22/07/2020).

[30] Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada...*, cit., p. 76.

o funcionamento das instituições de um Estado de Direito ou organização internacional ou forçá-lo(a) a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique][31], sendo que as organizações criminosas (*lato sensu*) que prosseguem finalidades diversas da obtenção de lucro carecem de obter financiamento para prosseguirem o seu escopo "final", o que fazem levando a cabo atividades criminosas lucrativas e intervindo na economia lícita, acabando por, nessa vertente, não se distinguir das organizações criminosas cujo escopo "final" é a obtenção de lucro[32].

E, independentemente da natureza do escopo "final" da organização criminosa em concreto, a obtenção de lucro é igualmente essencial para a sua proteção e dos seus membros face à atuação das autoridades, como, por exemplo, para pagar aos colaboradores externos os serviços prestados em operações de branqueamento de capitais, pagar os subornos devidos pela prática de atos de corrupção, pagar os honorários dos advogados e sustentar as famílias de membros presos como forma de "comprar" a fidelidade e o silêncio desses membros e dos seus familiares (evitando que cooperem com as autoridades) ou investir na economia lícita.

III. O confisco de vantagens provenientes da prática de crimes

Como referimos, a obtenção de lucro é essencial para a criminalidade organizada, pelo que privar uma organização criminosa (mesmo que o seu escopo "final" não seja a obtenção de lucro) do seu património é absolutamente essencial para responder eficazmente ao crime organizado.

Ao nível do combate ao lucro ilícito, têm sido propostas e consagradas medidas de vária índole, que vão desde a criminalização de certas condutas relacionadas com o lucro ilícito (*maxime* o branqueamento de capitais e o enriquecimento ilícito) até à tributação do património ilícito, passando por soluções ao nível das consequências jurídicas do ilícito, quer no que tange a medidas sancionatórias (*v.g.* a antiga *Vermögensstrafe* do Direito alemão[33] ou a multa "indexada" ao montante do lucro

[31] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 124.

[32] Assim, RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 124-125.

[33] A *Vermögensstrafe* (pena patrimonial) estava prevista no §43a do StGB, tendo sido introduzida em 1992 pela Lei de combate ao tráfico ilícito de estupefacientes e a outras manifestações da criminalidade organizada (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* ou, abreviadamente, OrgKG), de 15 de julho de 1992. Tal norma foi julgada inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* na sua Sentença de 20 de março de 2002 (2 BvR 794/95), *in https://lexetius.com/2002,273* (consultada em 22/07/2020), por violação do art. 103 II da *Grundgesetz* (GG), ou seja, por violar o princípio da legalidade das penas, na sua vertente da determinabilidade, em virtude de o §43a do StGB não regular, com a clareza constitucionalmente imposta, os pressupostos da determinação da medida concreta da pena patrimonial.
A pena patrimonial *podia* (a sua aplicação no caso concreto e a respetiva medida concreta dependiam do prudente arbítro do Juiz) ser aplicada quando o agente fosse condenado pela prática de um crime para o qual estivesse prevista a possibilidade de aplicação da pena patrimonial e desde que a pena (principal) aplicada fosse igual ou superior a 2 anos de prisão ou prisão perpétua, correspondendo o *quantum* máximo da pena patrimonial à totalidade do património do agente, não se considerando o valor que fosse alvo de confisco de vantagens do crime (*Verfall*); caso o agente não pagasse o valor correspondente à pena patrimonial, a mesma seria substituída por uma pena de prisão entre 1 mês e 2 anos.

ilícito[34]) quer no que tange a medidas não sancionatórias, designadamente os procedimentos cíveis *in personam*[35] e o confisco de vantagens provenientes da prática de crimes, de que nos ocupamos no âmbito do presente estudo.

O confisco de vantagens provenientes da prática de crimes pode consistir no confisco de vantagens[36] "clássico" (previsto nos arts. 110.º e ss. do CP[37]), no confisco "alargado" (previsto nos arts. 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002) ou no confisco civil *in rem*[38] através de uma ação cível *in rem* (que não está previsto no Direito português)[39].

O confisco de vantagens "clássico" incide sobre as vantagens económicas *efetiva*[40] e direta/indiretamente[41] provenientes da prática de um facto ilícito típico ou as re-

[34] Como sucede no art. 52 do Código penal espanhol, cujo n.º 1 prevê que, nos casos em que a lei o preveja, a *quantum* da multa será determinado tendo em conta o prejuízo causado ou o valor do objeto ou do benefício resultante do crime. Tal solução, como bem refere SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., pp. 36-37, é dificilmente compatibilizável com os princípios da legalidade (por constituir uma pena absolutamente indeterminada, por impossibilidade de perceber quais são os seus limites mínimo e máximo) e da culpa (pois "escaparia" à determinação do número de dias-multa, que é fixado com base na culpa do agente e nas necessidades da punição, jamais podendo a pena exceder a medida da culpa do agente).

[35] Cuja adoção no Direito interno é imposta no art. 53.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (também conhecida pela Convenção de Mérida). Os procedimentos civis *in personam* consistem em propor ações cíveis para obter o reconhecimento do direito de propriedade do Estado sobre bens adquiridos mediante a prática crimes e a condenação do seu detentor a entregá-los ao Estado.

[36] O confisco de vantagens não se confunde com o confisco dos instrumentos (previsto nos arts. 109.º e 111.º a 112.º A do CP) nem com o confisco dos produtos (previsto nos arts. 110.º e ss. do CP), pois o seu objeto é diverso. Assim, no confisco dos instrumentos está em causa a perda dos instrumentos (as substâncias ou objetos cuja utilização na execução do facto ilícito típico não importe a sua imediata destruição, como a pistola com que se matou a vítima ou a impressora utilizada na contrafação da moeda) e, no confisco dos produtos, está em causa a perda das coisas ou direitos adquiridos diretamente com a prática do facto ilícito típico, mediante sucessiva especificação ou confusão, conseguidas mediante alienação ou criadas com o facto ilícito típico (como a moeda contrafeita ou o documento falsificado).
A referência ao ilícito típico significa que, mesmo quando o agente atua sem culpa por inimputabilidade (mas não quando atue com falta de consciência da ilicitude desculpável ou ao abrigo de uma causa de desculpa fundada na inexigibilidade), o confisco é decretado [no mesmo sentido, DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 60 (nota 83)].

[37] E também nos arts. 36.º a 38.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, relativamente às infrações previstas nesse diploma.

[38] Ao contrário das demais formas de confisco, que são *in personam*, no confisco civil *in rem*, o fundamento do confisco não assenta na culpa do proprietário dos bens (sendo a sua eventual culpa absolutamente irrelevante), mas numa *fictio juris* de que a culpa recai sobre os bens.

[39] Embora nos pareça que a nossa lei deveria prever esta forma de confisco, pelas razões que aduzimos em RODRIGUES NUNES, Duarte, "Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime", *Anatomia do Crime, n.º 6,* (pp. 177-205), pp. 187 e ss.

[40] No confisco "clássico" terá de ser feita prova de que as vantagens económicas (e os ganhos resultantes da transformação ou reinvestimento) obtidas ou prometidas resultam *efetivamente* de um facto ilícito típico, inexistindo qualquer presunção legal nesse sentido. O que não significa que o confisco não possa ser decretado com base em prova indiciária, atento o disposto no art. 127.º do CPP (no mesmo sentido, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: INCM, 2012, p. 142).

[41] *V.g.* se o agente reinvestir o dinheiro que recebeu ou evitou pagar/gastar por via da prática do facto ilícito típico em produtos financeiros e voltar a reinvestir o dinheiro com o produto ganho na primeira

compensas[42] prometidas ou dadas aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem, ainda que tenham sido alvo de transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo o confisco quaisquer ganhos quantificáveis que tenham resultado dessa transformação ou reinvestimento[43]. Deste modo, está em causa a "expropriação" de quaisquer coisas, direitos de natureza patrimonial, benefícios de uso e evitações de dispêndios que os agentes de um crime tenham obtido/evitado devido à prática do facto ilícito típico[44]. Por isso, os pressupostos do confisco "clássico" são: (1) a prática do facto ilícito típico e (2) a existência de proventos *efetivamente* obtidos através da prática desse concreto ilícito típico (já cometido ou a cometer) ou prometidos como contrapartida da sua prática.

---

transação, pode ser confiscado o montante ganho nas ulteriores transações que tenham lugar. Diversamente de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português,* cit., p. 636, e RODRIGUES, Hélio Rigor/ RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão,* Lisboa: SMMP, 2013, p. 185, não nos parece que o confisco "em cadeia", por si só, ponha em causa os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da proporcionalidade; o que terá de ser considerado é o reinvestimento sucessivo das vantagens e a percentagem que as vantagens representam nas transações subsequentes. E muito menos poderemos concordar com DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira,* cit., p. 25, quando afirma que o art. 111.º do CP (atual art. 110.º) apenas permite o confisco da vantagem "direta" ou dos bens adquiridos na primeira transação com os bens "tocados pelo pecado original": além de, na nossa ótica, não ser essa a solução que resulta da lei, um tal entendimento reduz excessivamente o âmbito do confisco, comprometendo de sobremaneira a prossecução das finalidades que se pretendem atingir através do confisco de vantagens.

[42] Embora as recompensas (pelo menos as dadas) constituam, também elas, uma sub-espécie da vantagem económica *lato sensu* [cfr. CAEIRO, Pedro, "Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com os outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito")", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011*, (pp. 267-321), pp. 272-273, e Acórdão da Relação de Coimbra de 08/11/2017 (proc. 326/16.1JACBR.C1), *in www.dgsi.pt*], umas e outras distinguem-se entre si pelo facto de a recompensa se destinar a recompensar ou premiar a prática do facto ilícito típico (*v.g.* o suborno pago como contrapartida de um ato de corrupção), ao passo que a vantagem consiste naquilo que é adquirido através da prática do facto (*v.g.* o dinheiro auferido através do tráfico de droga) (cfr. CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 136) e de a recompensa "surgir" no âmbito de uma relação intersubjetiva entre o agente e quem dá ou promete essa recompensa (cfr. CAEIRO, Pedro, *Op. Cit.*, p. 272).

[43] Cfr. art. 110.º, n.os 1, al. b), 2 e 3, do CP. No que tange à transformação e ao reinvestimento, estão em causa as situações em que, por exemplo, o agente do crime adquire um automóvel ou um imóvel com o dinheiro que auferiu no tráfico de estupefacientes ou que recebeu como contrapartida da prática de um ato de corrupção ou em que transforma as peças de ouro roubadas ou furtadas em barras de ouro.

[44] Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português, As consequências jurídica do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993, p. 633. O *quantum* do confisco corresponde ao lucro obtido, pelo que, concluindo-se que foram investidos capitais de origem lícita na prática do crime (*v.g.* na aquisição da droga para ulterior tráfico), tal valor terá de ser "abatido" ao valor dos proventos "totais" obtidos por via da prática do crime (princípio do ganho líquido ou *Nettoprinzip*, por oposição ao princípio do ganho bruto ou *Bruttoprinzip*) [cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 316, RODRIGUES, Hélio Rigor, "Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes, Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis", *Revista do Ministério Público n.º 134,* (pp. 189-244), p. 209, e Acórdão da Relação do Porto de 30/04/2019 (proc. 1325/17.1T9PRD.P1), *in www.dgsi.pt*].

Se a vantagem não puder ser apropriada em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, estando esse pagamento sujeito ao prazo de prescrição previsto para a pena ou para a medida de segurança concretamente aplicada (cfr. arts. 122.º e 124.º do CP, respetivamente) e, nos casos em que não tenha sido aplicada qualquer pena ou medida de segurança, aplicam-se os prazos de prescrição previstos para o procedimento criminal (cfr. art. 118.º do CP), estando o prazo prescricional, em qualquer dos casos, sujeito às regras da determinação do seu início e às causas de interrupção e de suspensão[45].

O confisco de vantagens "clássico" será decretado mesmo que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz[46], mas, em princípio, não tem lugar se vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários ou não lhes pertencerem no momento em que o confisco foi decretado[47].

Todavia, ainda que as vantagens pertençam a um terceiro[48], o confisco será decretado quando esse terceiro tiver (1) concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção ou tiver retirado benefícios do facto[49], (2) adquirido essas

[45] Cfr. arts. 110.º, n.º 4, 111.º, n.º 3, e 112.º A do CP.

[46] Cfr. art. 110.º, n.º 5, do CP. São igualmente subsumíveis ao art. 110.º, n.º 5, as situações em que o facto esteja prescrito ou tenha ocorrido uma amnistia, indulto ou perdão. No fundo, o que aqui está em causa são, essencialmente, situações de extinção da responsabilidade penal nos termos dos arts. 118.º e ss. do CP, a que acresce a declaração de contumácia nos termos do art. 335.º do CPP, mas não os casos de inimputabilidade – como considera CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 134 (nota 292) –, que são "salvaguardados" pela exigência da prática de um ilícito típico e não de um crime. O art. 110.º, n.º 5, do CP configura um caso de confisco não dependente de condenação penal, mas não constitui uma *actio in rem*.

[47] Cfr. art. 111.º, n.º 1, do CP.

[48] Referimo-nos às situações em que as vantagens pertencem *efetivamente* a um terceiro, dado que, interessando a efetiva situação real dos bens, nos casos em que a qualidade de terceiro não passe de uma mera simulação (visando obstar ao confisco) através da celebração de um negócio jurídico meramente aparente, o verdadeiro visado pelo confisco será o agente (cujas manobras fraudulentas não deverão obstar ao confisco, sem prejuízo de responsabilização criminal pelos crimes cuja prática essas manobras consubstanciem) e não o terceiro (que deverá ser penalmente responsabilizado nos mesmos termos).

[49] Como vimos, as organizações criminosas *lato sensu* intervêm na economia lícita, visando, com isso, obter lucro, proteger-se a si, aos seus membros e ao seu património face às autoridades e estabelecer relações, numa ótica de troca de favores, com membros do mundo da política, dos negócios, das instituições e da administração pública, sendo que a economia lícita é o ambiente em que a criminalidade económica organizada (quando não seja levada a cabo por organizações e associações criminosas "tradicionais" ou organizações terroristas) atua normalmente.
E, nessa intervenção, as organizações criminosas, por si mesmas ou utilizando empresas, irão estabelecer relações com outras empresas sob a forma de (1) intimidação (pagamento de "proteção" e/ou aquisição forçada de mercadorias ou de serviços a empresas pertencentes ou controladas pela organização criminosa, por ela "protegidas" ou a ela associadas em relações comerciais, designadamente sob a forma de subempreitadas ou de fornecimento de materiais ou mão-de-obra em obras públicas ou privadas em que a empresa ameaçada intervenha enquanto empreiteira), (2) auxílio a empresas em dificuldades económicas que não conseguem obter crédito junto da banca [realização de empréstimos (usurários) ou "ofertas" de contratos, forçados ou não, de fornecimento/prestação de mercadorias ou serviços a outras empresas, conluiadas ou vítimas da organização, a fim de, ulteriormente, adquirir o controlo sobre a empresa auxiliada e/ou a coo-

vantagens, por qualquer título, após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer a sua proveniência ou (3) as vantagens ou o valor correspondente, tiverem sido, por qualquer título, transferidas para esse terceiro para evitar o confisco, conhecendo este ou devendo conhecer tal finalidade[50].

Se as vantagens consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel ou noutro suporte ou meio de expressão audiovisual pertencentes a terceiros de boa-fé, o confisco não poderá ser decretado, procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrarem o facto ilícito típico e, não sendo possível, o Tribunal ordena a respetiva destruição, havendo lugar a indemnização[51].

Quanto à finalidade, consideramos que o confisco "clássico" visa o restabelecimento da ordem jurídica violada, retirando as vantagens patrimoniais que, por serem obtidas ilicitamente, não deveriam ter sido obtidas, promovendo-se uma ordenação dos bens adequada ao Direito[52]; todavia, para além desta função ordenadora do património, o confisco de vantagens visa igualmente, embora de forma *meramente reflexa*, finalidades

peração dos seus proprietários/administradores enquanto testas-de-ferro] ou (3) estabelecimento de relações comerciais "normais" (entre empresas não pertencentes nem controladas pela organização e a organização criminosa e/ou empresas por si detidas ou controladas) [cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, "Criminalidade organizada e economia lícita, *Intimidazione del vincolo associativo* ou *Joint Venture*?", in: AA.VV., *Crminalidade Organizada Transnacional, Corpus Delicti – III* (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), em publicação].

Por isso, existem empresas e empresários que retiram benefícios económicos das relações que estabelecem com as organizações criminosas e/ou empresas por si detidas ou controladas.

Tais vantagens económicas poderão ser alvo de confisco "clássico". Assim, quando a relação estabelecida ou a conduta concreta configurem *ex se* um facto ilícito típico ou mesmo um crime [incluindo a cooperação com a organização criminosa sob a forma de "apoio" – que pode passar a pertença como membro – ou "angariação" (acerca das figuras do "apoiante" – e da sua "conversão" para "membro" – e do "angariador" no crime de associação criminosa, *vide* PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, cit., p. 752)] sob qualquer forma de comparticipação criminosa, o confisco terá lugar à luz do art. 110.º do CP. Diversamente, nos casos em que a relação estabelecida ou a conduta concreta não configurem *ex se* um facto ilícito típico, mas em que o terceiro retire um benefício da prática do facto ilícito típico por outrem (*v.g.* no caso do fornecimento ou prestação forçados de mercadorias ou serviços por parte de empresas não pertencentes nem controladas pela organização criminosa – mas que com ela têm "boas relações" – a empresas vítimas da violência ou da intimidação perpetradas pela organização), o confisco é decretado com base no art. 111.º, n.º 2, al. a), do CP.

O património dessas empresas e empresários também pode ser alvo de confisco "alargado" nos termos dos arts. 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002 quando, por força das suas relações com uma organização criminosa (*lato sensu*), sejam condenados pela prática de algum dos crimes do catálogo do art. 1.º dessa Lei [*maxime*, no caso dos crimes de organização terrorista ou de associação criminosa, quando essa relação configure um apoio externo à organização criminosa ou, pela sua natureza, permita concluir no sentido da existência de *affectio societatis*, o que converte a empresa e/ou o empresário em membros – ainda que não formalmente – da organização (cfr., a este respeito, TURONE, Giuliano, *Il delitto di Associazione Mafiosa, 2.ª Edição*, Milão: Giuffrè, 2008)].

[50] Cfr. art. 111.º, n.º 2, do CP. No fundo, trata-se, em qualquer das situações, de terceiros de má fé.

[51] Cfr. art. 111.º, n.º 4, do CP.

[52] Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português,* cit., p. 638, embora conjugando essa finalidade com a prevenção da criminalidade ao demonstrar ao agente e aos demais cidadãos que, praticado um facto ilícito típico, será sempre instaurada uma ordenação dos bens adequada ao Direito.

de prevenção geral e especial[53], pois os proventos obtidos são usufruídos pelos criminosos e também podem utilizados na continuação da atividade criminosa e na sua dissimulação[54] e o confisco dessas vantagens fará os criminosos ponderarem os custos e os benefícios de prosseguirem aquela atividade criminosa[55], bem como poderá impedi-los de a prosseguirem ou de prosseguirem a atividade criminosa que os lucros obtidos visavam financiar[56].

No que tange à natureza jurídica, em face da finalidade primordialmente prosseguida, em que não se leva em conta a gravidade da infração nem a perigosidade do agente[57] e a que faltam as finalidades próprias da pena (não estando em causa a inflição de um mal ao arguido, mas a sua privação de uma vantagem ilegitimamente obtida), entendemos que se trata de uma medida de cariz não penal e não sancionatório[58] e que, relativamente ao *standard* probatório, está sujeita às regras do processo civil (preponderância de probabilidades)[59], recaindo o ónus da prova dos pressupostos legais sobre o Ministério Público.

---

[53] Cfr. CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., pp. 63-64; contra, considerando que a prevenção da criminalidade é a finalidade primordial do confisco de vantagens, SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 39, e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português,* cit., pp. 632 e 638.

[54] Cfr., embora referindo-se ao confisco "alargado", RODRIGUES NUNES, Duarte, "Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos n.os 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional)", *Julgar online, 2017,* p. 13 (incluindo a nota 21), *in http://julgar.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/* (consultado em 24/07/2020).

[55] Cfr. RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., p. 173.

[56] Cfr., embora referindo-se ao confisco "alargado", RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., pp. 12-13.

[57] Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, cit., p. 315, e CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 96.

[58] No mesmo sentido, BORGES, Francisco, "Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade", in AA.VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I, Direito Penal* (org. José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo), (pp. 215-238), pp. 222-223.

[59] Cfr. RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., pp. 191 e ss., e CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., pp. 63-64; contra, considerando que se trata de uma medida de cariz penal e sancionatório, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português,* cit., p. 638 (medida análoga a uma medida de segurança), SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 39 (efeito da pena), DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira,* cit., pp. 19 e ss. (pena acessória), e CAEIRO, Pedro, *Sentido e função...*, cit., p. 308 (*tertium genus* dentro da panóplia das reações penais).
A Jurisprudência portuguesa vem considerando que o confisco de vantagens "clássico" constitui uma medida sancionatória análoga à medida de segurança com fins exclusivamente preventivos [cfr. Acórdãos da Relação de Lisboa de 18/06/2019 (proc. 2706/16.3T9FNC.L1-5), da Relação do Porto de 31/05/2017 (proc. 259/15.9IDPRT.P1) e da Relação de Coimbra de 08/11/2017 (proc. 326/16.1JACBR.C1), todos *in www.dgsi.pt*].
O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, baseando-se nos critérios de distinção entre "matéria penal" e "matéria não penal" estabelecidos no Acórdão Engels c. Países Baixos (1976), *in https://hudoc.echr.coe.int/* (qualificação atribuída no Direito interno, natureza da infração e grau de severidade ou gravidade da sanção), tem distinguido, quanto à natureza do confisco de vantagens, entre os casos em que o confisco é precedido

Por fim, se o confisco de vantagens vier a ser executado mediante o pagamento de uma soma pecuniária nos termos dos arts. 110.º, n.º 4, e 111.º, n.º 3, do CP, esse pagamento poderá ser diferido até um ano ou ser efetuado em prestações, não podendo a última delas ir além dos dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da decisão que determinou o confisco[60], e, se, atenta a situação socioeconómica da pessoa que é alvo do confisco, a aplicação do disposto nos arts. 110.º, n.º 4, e 111.º, n.º 3, do CP se mostrar injusta ou demasiado severa, o Tribunal poderá atenuar equitativamente o valor da soma pecuniária a pagar[61].

Por seu turno, o confisco "alargado" (previsto nos arts. 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002) recai sobre uma parte ou mesmo a totalidade do património do arguido e não sobre bens em concreto, estando em causa a "expropriação" da parte incongruente do património do arguido e não de bens determinados[62].

O confisco "alargado" visa o restabelecimento da ordem jurídica violada, retirando as vantagens patrimoniais que, por terem sido obtidas ilicitamente, não deveriam tê-lo sido, promovendo-se uma ordenação dos bens adequada ao Direito[63] e privando-se

---

de condenação penal ou em que nem chega a ser instaurado qualquer procedimento criminal daqueloutros em que, tendo sido instaurado o processo penal, o arguido não tenha sido condenado, entendendo que, nestes casos, se está perante uma sanção penal para efeitos da aplicação dos arts. 6.º, n.º 2, e 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e naqueles não [sobre esta questão, com maiores desenvolvimentos e indicações jurisprudenciais, a que acrescentamos o Acórdão G.I.E.M. S.R.L. e Outros c. Itália (de 28/06/2018), posteriormente proferido, *vide* RODRIGUES NUNES, Duarte, *Sobre a admissibilidade do confisco civil in rem...*, cit., pp. 179-180]; todavia, no Acórdão Welch c. Reino (de 09/02/1995), *in https://hudoc.echr.coe.int/*, o Tribunal entendeu que o confisco de vantagens constitui uma sanção penal sempre que, nos termos da lei, (1) a perda incida sobre o valor total resultante da prática do crime e não sobre o valor líquido da vantagem do crime, (2) o Juiz possa fixar o valor do confisco em função da culpa do arguido ou (3) existir a possibilidade de, em caso de não pagamento do valor declarado perdido, o confisco ser convertido em prisão.
No entanto, como bem assinala CAEIRO, Pedro, *Op. Cit.*, pp. 291-292, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos apenas determina a natureza e a matéria (penal ou não) do procedimento e da consequência jurídica para efeitos de aplicação das garantias previstas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, cabendo ao Direito interno determinar a natureza (penal ou não penal) do procedimento e da consequência jurídica em concreto.

[60] Cfr. art. 112.º, n.º 1, do CP.

[61] Cfr. art. 112.º, n.º 2, do CP. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português*, cit., p. 639, trata-se de uma válvula de escape que assenta no princípio da necessidade sancionatória, ao passo que, para PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, cit., p. 318, o art. 112.º, n.º 2, do CP será aplicável às situações em que o agente devolveu ou perdeu a vantagem ou a recompensa. De todo o modo, consideramos que se trata de um mecanismo de aplicação excecional e que dificilmente será aplicável em casos de criminalidade organizada, terrorismo ou criminalidade económico-financeira, pela premência do combate eficaz ao lucro ilícito como forma de impedir ou limitar o mais possível a existência de estruturas criminosas organizadas, bem como a continuação da atividade criminosa desenvolvida no âmbito dessas estruturas e/ou por criminosos de colarinho branco.

[62] Cfr. Acórdãos da Relação do Porto de 11/06/2014 (proc. 1653/12.2JAPRT-A.P1) e 16/03/2016 (proc. 2376/14.3TDPRT-D.P1), *in www.dgsi.pt.*

[63] Cfr. GODINHO, Jorge Fernandes, "Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova", in: AA.VV., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (org.: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, (pp. 1315-1363), p. 1351, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., pp. 63-64, RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 404-405, e

as organizações criminosas e os criminosos de colarinho branco de recursos que podem ser usados para continuar e/ou dissimular a atividade criminosa[64]. Só que, por se tratar de formas de criminalidade de reduzida visibilidade exterior e que utilizam todos os meios à sua disposição para dissimular o património obtido através da sua atividade criminosa (o que dificulta o estabelecimento da ligação entre os proventos económicos e os crimes de que provêm em concreto[65]), a inversão do ónus da prova mostra-se absolutamente necessária[66].

Todavia, o confisco "alargado" visa também, embora de forma *meramente reflexa*, finalidades de prevenção geral e especial[67], pois os proventos obtidos através da prática de crimes no âmbito das formas de criminalidade essencialmente visadas pelo confisco "alargado" são utilizados na continuação da atividade criminosa e na sua dissimulação[68] e o confisco ou a possibilidade de confisco dessas vantagens fará os criminosos ponderarem os custos e os benefícios de prosseguirem aquela atividade criminosa[69], bem como poderá impedi-los de a prosseguirem ou de prosseguirem a atividade criminosa que os lucros obtidos visavam financiar.

Quanto à natureza jurídica, consideramos que o confisco "alargado" é uma medida de cariz não penal (e não sancionatório) similar a uma medida de segurança que visa,

---

Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e da Relação de Lisboa de 27/03/2014 (proc. 463/07.3TAALM-A.L2-9) e da Relação de Coimbra de 25/01/2006 (proc. 3980/05) e 15/03/2006 (proc. 2421/05), *in www.dgsi.pt*.

[64] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 405, e também em *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 12.

[65] No mesmo sentido, BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, cit., p. 218.

[66] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 12, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*.

[67] Cfr. GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., p. 1351, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit. pp. 63-64, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e do Supremo Tribunal de Justiça de 12/11/2008 (proc. 08P3180), *in www.dgsi.pt*; contra, considerando que a prevenção da criminalidade é a finalidade primordial do confisco de vantagens, SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 39, DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira,* cit., pp. 27-28, e BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, cit., pp. 222 e 229.

[68] No fundo, está em causa a neutralização das organizações criminosas através da privação do seu património, que, no mínimo, reduzirá a eficácia da prossecução ou da dissimulação da atividade criminosa, tornando tais organizações mais "vulneráveis" à ação das autoridades. Daí que, como afirma CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 64, o princípio do Estado de Direito, além de proibir que o confisco de património se faça através de mecanismos incompatíveis com os ditames do Estado de Direito, constitui ele próprio o fundamento do confisco de património obtido através da prática de crimes.

[69] Cfr. RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., p. 173, RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 13, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*.
Ainda que o confisco "alargado" não tenha esse objetivo, afigura-se-nos que, em determinados casos, poderá ser mais eficaz do que a pena aplicada ao criminoso (no mesmo sentido, RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Op. Cit.*, p. 170).

em primeira linha, o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito e apenas *de forma meramente reflexa* a prevenção da prática de futuros crimes[70], por várias razões.

Em primeiro lugar, não é levada em conta a gravidade do facto nem a culpa nem a perigosidade pessoal do agente[71].

Em segundo lugar, ainda que o confisco "alargado" permita prosseguir, de forma meramente reflexa, finalidades de prevenção criminal, a sua finalidade primordial é o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito[72].

Em terceiro lugar, apesar de o confisco "alargado" atingir o património do arguido, faltam-lhe as finalidades próprias da pena e não está em causa a inflição de um mal ao arguido (que não fica "pior" do que estava antes da prática dos crimes de que lhe adveio aquele património), mas sim a sua privação de uma vantagem ilegitimamente obtida que, como tal, não deveria ter sido obtida e não goza de qualquer tutela jurídica[73].

Em quarto lugar, a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo funciona apenas como fundamento da presunção (ilidível) de que o património do condenado foi obtido através da prática de crimes[74].

E, por fim, ainda que o procedimento relativo ao confisco seja enxertado no processo penal, não se trata de apurar qualquer responsabilidade penal do arguido

---

[70] Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, José M., "Perda de Bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)", in: AA.VV., *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, (pp. 121-164), p. 134 (apenas quanto ao cariz não penal), GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., p. 1349, RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 406-407, RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., pp. 188 e 191 e ss., BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, cit., pp. 222 e ss. (salvo quanto à finalidade primordial, que, para o autor, é a prevenção geral), e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015, 476/2015 e 498/2019, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e do Supremo Tribunal de Justiça de 14/03/2018 (proc. 22/08.3JALRA.E1.S1) e da Relação do Porto de 28/03/2012 (proc. 86/08.0GBOVR.P1), *in www.dgsi.pt*; contra, SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., pp. 39-40 (nota 32), DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira,* cit., pp. 19 e ss. (alterando a sua opinião inicial quanto à natureza penal), e também em *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 123 (quanto ao cariz sancionatório) e apenas quanto ao cariz sancionatório, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/09/2019 (proc. 159/17.8JAPDL.L1.S1).

[71] Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 150, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, cit., p. 315, RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 406, RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., p. 188, GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., p. 1351, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e da Relação de Coimbra (proc. 5/10.3GBMMV.C1) de 03/10/2012, *in www.dgsi.pt*.

[72] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., pp. 12-13 e 14, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*.

[73] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 408, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015, 476/2015 e 498/2019, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e do Supremo Tribunal de Justiça de 14/03/2018 (proc. 22/08.3JALRA.E1.S1), *in www.dgsi.pt*.

[74] RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 15.

(que já foi apurada na "vertente processual penal" do processo), mas de verificar a existência de património obtido através de uma atividade criminosa[75].

E, para além de não ter natureza penal nem sancionatória, o confisco "alargado" constitui uma medida administrativa *sui generis*[76], resultando a sua natureza administrativa da utilização da expressão liquidação (que é comum ao ato administrativo de liquidação do imposto), da semelhança entre o processo relativo ao confisco "alargado" e a impugnação contenciosa do ato de liquidação em processo tributário (com a diferença de que aqui não depende do impulso processual do interessado) e de a liquidação do Ministério Público constituir um verdadeiro ato definitivo «*dependente da maior ou menor capacidade de resistência do condenado*»[77].

Deste modo, o confsco "alargado" não está sujeito às garantias do processo penal nem às garantias do direito sancionatório (não penal)[78], o que é extremamente relevante no que tange à aferição da conformidade à Constituição da inversão do ónus da prova constante do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002[79].

Relativamente aos pressupostos, o confisco "alargado" exige, em primeiro lugar, que o arguido tenha sido condenado, por sentença transitada em julgado[80], pela prática de um dos crimes previstos no art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

---

[75] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 15, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e do Supremo Tribunal de Justiça de 14/03/2018 (proc. 22/08.3JALRA.E1.S1), *in www.dgsi.pt*.

[76] Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 134, CAEIRO, Pedro, *Sentido e função...*, cit., p. 311, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 114, RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 407, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/03/2018 (proc. 22/08.3JALRA.E1.S1), *in www.dgsi.pt*; contra, SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., pp. 39-40 (nota 32), e DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira,* cit., pp. 19 e ss. (alterando a sua opinião inicial). Por seu turno, LOURENÇO MARTINS, "Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico", *Revista do Ministério Público, 111*, (pp. 37-55), pp. 50-51, e RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., p. 229, parecem considerar que o confisco "alargado" tem natureza civil.
O caráter *sui generis* resulta do facto de o confisco depender de uma prévia condenação por um crime do catálogo e de o respetivo processo, em vez de correr termos, em 1.ª instância, na Administração, corre termos no Ministério Público (até à liquidação) e depois no Tribunal criminal.

[77] Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 150.

[78] Cfr. BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, cit., p. 225, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 498/2019, *in www.tribunalconstitucional.pt*.
Daí que o *standard* probatório seja o *standard* do processo civil, ou seja, a preponderância de probabilidades (salvo no que tange à condenação pelo crime do catálogo, em que se aplica o *standard* probatório do processo penal) (no mesmo sentido, BORGES, Francisco, *Op. Cit.*. p. 234).

[79] Acerca dos motivos porque entendemos que a inversão do ónus da prova constante do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 é conforme à Constituição, *vide* RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 416 e ss., e também em *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., pp. 51 e ss.

[80] Cfr. SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 46, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 104, e GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., p. 1342.

Não nos parece que se deva restringir a aplicação do confisco "alargado" aos casos de condenação em pena de prisão efetiva[81], pois nem a lei formula essa exigência nem vemos em que medida o princípio da proporcionalidade impõe essa limitação[82].

Ademais, os bens confiscados não foram obtidos por via do crime pelo qual o arguido foi condenado[83] (e que fundamenta o confisco "alargado"), pelo que não se pode fazer depender o confisco da condenação numa determinada pena, até porque, como se verá, não é necessário demonstrar a ocorrência de indícios ou elementos que tornem plausível ou muito provável a existência de uma anterior atividade criminosa que se refira a crimes do catálogo e tenha ligação com o tipo de crimes por cuja prática o arguido foi condenado.

Para além disso, a *ratio* da inversão do ónus da prova prevista no art. 7.º da Lei n.º 5/2002 é a extrema dificuldade de demonstrar a origem criminosa do património incongruente do arguido, sendo que a exigência da condenação em pena de prisão efetiva poria em causa essa *ratio*, que não viola quaisquer garantias constitucionais[84].

E, se o confisco "alargado" visa primordialmente restabelecer a situação patrimonial que existiria se o crime não tivesse sido praticado, a pena concretamente aplicada ao condenado não poderá deixar de ser irrelevante[85].

O catálogo de crimes foi delimitado com base em critérios de potencialidade de obtenção de vantagens e de prioridades de política criminal[86], embora peque pela sua incompletude, pois, visando os mecanismos previstos na Lei n.º 5/2002 tornar a resposta à criminalidade organizada e económico-financeira e ao terrorismo mais eficaz, deveriam constar do catálogo outros crimes que, de acordo com o saber adquirido, correspondem a atividades habituais dessas formas de criminalidade[87].

O segundo pressuposto do confisco "alargado" consiste em o arguido possuir um património, *i.e.* um conjunto de ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis e os documentos ou instrumentos jurídicos

---

[81] Cfr. CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 104, CAEIRO, Pedro, *Sentido e função...*, cit., p. 311 (nota 85), e RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 409 (incluindo a nota 1564); contra, SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 45, e DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 125 (nota 1).

[82] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 409 (nota 1564).

[83] Ou, pelo menos, não se provou que o tenham sido.

[84] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 409 (nota 1564).

[85] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 409-410 (nota 1564).

[86] Cfr. GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., p. 1339, DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 125, e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e da Relação do Porto de 11/06/2014 (proc. 1653/12.2JAPRT-A.P1) e 16/03/2016 (proc. 2376/14.3TDPRT-D.P1), *in www.dgsi.pt.* CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 103, refere que as escolhas do legislador, por insuficientes, polémicas e pouco inteligíveis, dificilmente serão reconduzíveis a um denominador comum que explicite a política e a *mens legislatoris*.

[87] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 409 (nota 1562), e também em *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., pp. 20 (nota 38) e 32-33, onde referimos vários tipos de crime que deveriam constar do catálogo.

que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos que (1) estejam na sua titularidade ou em relação aos quais tenha o domínio e o benefício à data da constituição como arguido ou posteriormente e/ou tenham sido (2) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido e/ou (3) por ele recebidos nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino[88].

O terceiro pressuposto consiste em o valor do património do arguido (correspondente ao somatório do valor dos bens que o integram nos termos do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002) ser incongruente, desproporcionado, não condizente com os seus rendimentos lícitos concatenados com as suas despesas[89]. No fundo, a incongruência não será mais do que a conclusão que o Tribunal retirará da confrontação entre o património que se tiver provado ser pertença do arguido e os rendimentos lícitos e as despesas deste e, concluindo haver incongruência, decidirá em desfavor do arguido, decretando o confisco[90].

E o quarto pressuposto (negativo) consiste em, pela subsidiariedade do confisco "alargado" face ao confisco "clássico" de vantagens, o património que será objeto do confisco "alargado" não ter sido obtido por via do cometimento de crimes pelos quais o arguido tenha sido condenado (independentemente de serem do catálogo ou não), pois, nesse caso, os bens serão perdidos à luz do confisco "clássico"[91], não sendo admissível que um bem seja objeto de perdimento com base no confisco de vantagens "clássico" e, subsequentemente, o seu valor seja considerado para efeitos de confisco "alargado"[92].

Vários autores[93], invocando o princípio da proporcionalidade, entendem que, sob pena de se estar a fazer recair sobre o arguido um ónus excessivo, deveria exigir-se um quinto pressuposto: o Ministério Público demonstrar a ocorrência de indícios ou elementos que tornem plausível ou muito provável a existência de uma anterior atividade criminosa (que se refira a crimes do catálogo e tenha ligação com o tipo de

[88] Cfr. art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, conjugado (quanto ao conceito de bens) com o art. 2.º, al. d), da CNUCOT, que, tendo sido ratificada, integra a nossa ordem jurídica (cfr. art. 8.º, n.º 2, da CRP).

[89] Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *4.ª Edição,* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 351, e Acórdão da Relação de Lisboa de 04/12/2008 (proc. 7874/2008-9), *in www.dgsi.pt*.

[90] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., pp. 411-412.

[91] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., pp. 37-38, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/07/2012 (proc. 171/10.8JALRA-A.C1), *in www.dgsi.pt*.

[92] RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 37.

[93] Casos de DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., pp. 126 e ss, BRAVO, Jorge Reis, *Criminalidade Contemporânea*, cit., p. 128, CAEIRO, Pedro, *Sentido e função...*, cit., pp. 313 e ss, e SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luís, "A recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)", *Julgar online, 2009*, (pp. 1-37), p. 32, e, na Doutrina estangeira, JESCHECK, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição* [traduzido da 5.ª Edição alemã (1995), por Miguel Olmedo Cardenete], Granada: Comares, 2000, p. 855, MAUGERI, Anna Maria, *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo*, Milão: Giuffrè Editore, 2001, pp. 319 e ss. e 676, e AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, Madrid, EDERSA, 2000, p. 76.

crimes por cuja prática o arguido foi condenado). Tal pressuposto funcionaria como *conditio sine qua non* para que o cálculo das vantagens patrimoniais possa retroagir a um momento anterior ao da constituição como arguido. Pela nossa parte, entendemos que a exigência de um tal pressuposto não tem razão de ser.

Em primeiro lugar, a exigência deste pressuposto não tem qualquer apoio na lei[94] e equivaleria a "revogar interpretativamente o novo regime legal", "repristinando-se" a prova da relação entre o crime pressuposto e o património do arguido, que se pretendeu afastar com o regime legal do confisco "alargado" existente[95].

Em segundo lugar, as regras da experiência comum apontam no sentido de não ser de exigir um tal pressuposto, pois, partindo do exemplo do crime de tráfico de estupefacientes, mesmo recorrendo aos métodos de investigação mais "expeditos", dificilmente se consegue determinar em julgamento qual o número real de pessoas a quem o arguido cedeu substâncias estupefacientes, por si ou por interposta pessoa[96].

Em terceiro lugar, a exigência deste pressuposto transformaria o ónus da prova a cargo do Ministério Público numa *diabolica probatio*, sendo quase impossível demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes (para mais, crimes do catálogo e com ligação aos crimes pelos quais o arguido foi condenado) de que nem se logrou obter uma *notitia criminis*; e o mesmo sucederia nas situações em que, tendo sido instaurado um processo penal quanto a esses crimes, não se recolheram indícios suficientes para submeter o arguido a julgamento ou o arguido foi absolvido por subsistirem dúvidas fundadas quanto à sua responsabilidade, caso em que se suscitaria um problema adicional: de acordo com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[97], se, após a absolvição do arguido, for decretado o confisco de bens obtidos através da prática de crimes com base nos factos pelos quais o arguido foi absolvido no processo penal, ocorrerá uma violação da presunção de inocência. Por isso, a exigência deste pressuposto criaria obstáculos praticamente intransponíveis à aplicação do confisco "alargado" (pondo gravemente em causa a resposta à criminalidade organizada e económico-financeira e ao terrorismo), pois, além de gerar situações de *diabolica probatio*, seria quase impossível aplicar o confisco "alargado" nos casos em que tivesse sido instaurado um processo penal que não tivesse terminado com a condenação do arguido (o que, nestas formas de criminalidade, é frequente) sem, de acordo com a referida Jurisprudência[98], violar a presunção de inocência[99].

---

[94] Cfr. GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., pp. 1342-1343, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 351, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 110, e RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 412 (nota 1572).

[95] Cfr. CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 110, e Acórdão da Relação de Évora de 06/12/2016 (proc. 1388/14.1T9SNT-A.E1), *in www.dgsi.pt*.

[96] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 412 (nota 1572).

[97] Cfr. Acórdãos Geerings c. Países Baixos (de 01/03/2007), Paraponiaris c. Grécia (de 25/09/2008), Sud Fondi SRL e Outros c. Itália (de 20/01/2009), Varvara c. Itália (de 29/10/2013) e G.I.E.M. S.R.L. e Outros c. Itália (de 28/06/2018), *in https://hudoc.echr.coe.int/*.

[98] Entendimento que não subscrevemos, pois, pela diferença ao nível do *standard probatório*, pode não ser possível provar a prática do crime para além da dúvida razoável para efeitos de condenação penal, mas

Em quarto lugar, o que fundamenta o alargamento previsto no art. 7.º da Lei n.º 5/2002 face às formas "clássicas" de confisco é a inexplicada desconformidade entre o património e os rendimentos lícitos do arguido associada à condenação por um crime do catálogo e não a probabilidade de existência de uma anterior atividade criminosa[100].

Em quinto lugar, o argumento de que se a presunção se baseasse apenas na condenação e na incongruência patrimonial (dispensando a prova da atividade criminosa anterior), o legislador não a teria mencionado explicitamente na norma que designa os pressupostos da medida e que, por isso, o confisco assenta numa presunção de que os bens provêm de uma atividade especificamente criminosa (e não porque apenas têm uma origem desconhecida ou "meramente" ilícita) e, como tal, depende da prova da existência de uma anterior atividade criminosa[101] não convence. Com efeito, a presunção de origem criminosa resulta da condenação pela prática de um crime do catálogo, sendo que, como resulta dos conhecimentos de *intelligence* em matéria de criminalidade organizada, terrorismo e criminalidade económica, os crimes do catálogo são crimes suscetíveis de gerar lucro e, pela extrema dificuldade probatória que caracteriza os processos relativos às formas de criminalidade visadas pela Lei n.º 5/2002, é altamente provável que os factos submetidos a julgamento constituam apenas uma parte de todos os crimes que o arguido cometeu e que apenas seja possível demonstrar a origem *efetivamente* criminosa de uma parte, porventura pouco substancial, do património do condenado[102].

Em sexto lugar, o argumento de que se o confisco "alargado" é desencadeado pela condenação por um crime de certa espécie para atingir bens que não foram adquiridos através dele, será razoável exigir que a atividade criminosa geradora de vantagens seja do mesmo género (o que só pode determinar-se com a prova de certos factos), pois só assim se pode compatibilizar a presunção da proveniência criminosa do património incongruente com o princípio da proporcionalidade[103] também não convence. Na verdade, mais gravoso do que aquilo que referimos no argumento anterior é o facto de se exigir a demonstração da elevada probabilidade de o condenado ter levado a cabo uma outra anterior atividade criminosa diversa daquela por que foi condenado, mas do mesmo género (*i.e.* um crime do catálogo), pois, pela enorme dificuldade

ser possível prová-la com base num juízo de preponderância de probabilidades para efeitos de confisco). Todavia, esse entendimento é um fator a considerar, pelas repercussões que a declaração de uma violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos terá na decisão que decretou o confisco "alargado" do património do arguido.

[99] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, "Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes", in: AA.VV., *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs* (coord: Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso, João Conde Correia), Lisboa: INCM, 2018, (pp. 119-135) p. 125.

[100] Cfr. RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, cit., p. 225, e RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 412 (nota 1572).

[101] Esgrimido por CAEIRO, Pedro, *Sentido e função...*, cit., p. 315.

[102] Cfr. RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., pp. 39 e ss.

[103] Aduzido por CAEIRO, Pedro, *Sentido e função...*, cit., p. 316.

probatória que as formas de criminalidade visadas pela Lei n.º 5/2002 encerram, não faltariam casos de *diabolica probatio*[104].

E, por último, a não exigência desse pressuposto não faz recair sobre o arguido um ónus excessivo, pois ninguém melhor do que o arguido conseguirá justificar a proveniência (lícita) do seu património, se este tiver sido obtido de forma lícita[105].

Relativamente ao âmbito, apesar de, segundo a letra da Lei, a presunção apenas abranger a parte incongruente do património do arguido, na realidade, abarca todo o património do arguido, pois o Ministério Público, na fase de inquérito, não vai investigar quais os rendimentos do arguido, pois (1) as finalidades do inquérito são as elencadas no art. 262.º, n.º 1, do CPP, (2) a investigação dos crimes do catálogo assume grande complexidade e (3) pressupondo o confisco a prévia condenação pela prática de um dos crimes do catálogo, «*enquanto a tarefa principal estiver por cumprir, não vai o MP tratar desta questão*»[106]. Para além disso, se não são conhecidos os rendimentos lícitos do arguido, não há que hipotizar quaisquer rendimentos, pois, apesar da aparência, o arguido poderá não ter rendimentos lícitos. Ademais, ainda que o art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 se refira ao património incongruente, o art. 9.º, n.º 3, diz expressamente que a presunção será ilidida se o arguido demonstrar que a proveniência dos bens é lícita, que os adquiriu há mais de 5 anos contados da sua constituição como arguido ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos nesse período[107]. E, por fim, o ónus da demonstração de que o património foi obtido licitamente recai sobre o arguido (cfr. art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002).

Por fim, quanto à ilisão da presunção, resulta do cotejo do art. 9.º com o art. 7.º, ambos da Lei n.º 5/2002, que, sendo o arguido condenado pela prática de um crime do catálogo e sendo demonstrado que possui um património, abarcando a presunção

---

[104] Cfr. CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 110, RODRIGUES NUNES, Duarte, *Admissibilidade da inversão do ónus da prova...*, cit., p. 41, e Acórdão da Relação de Évora de 06/12/2016 (proc. 1388/14.1T9SNT-A.E1), *in www.dgsi.pt*.

[105] Cfr. CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 110, RODRIGUES NUNES, Duarte, *O problema da admissibilidade...*, cit., p. 413 (nota 1572), e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 392/2015 e 476/2015, *in www.tribunalconstitucional.pt*, e da Relação de Évora de 06/12/2016 (proc. 1388/14.1T9SNT-A.E1), *in www.dgsi.pt*; contra, manifestando reservas, MARQUES DA SILVA, Germano, "Métodos expeditos de obtenção de prova: Os valores demoscráticos em risco?", in: AA.VV., *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti – I,* (pp. 273-290), p. 280.

[106] DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Perda de Bens a favor do Estado...*, cit., p. 143.

[107] Por isso, não é correto afirmar que a única forma de evitar o confisco "alargado" seja através da demonstração da origem lícita do património. De todo o modo, discordamos de BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, cit., p. 231, quando afirma que basta a demonstração de que o património tem origem ilícita (*v.g.* provém da prática de uma contraordenação), mas não criminosa, pois o art. 9.º, n.os 1 e 3, al. a), da Lei n.º 5/2002 exige a prova de que o património foi obtido com rendimentos de atividade lícita (e não apenas não criminosa). E também discordamos do autor quando, na p. 232, afirma que, se o arguido demonstrar que o crime pelo qual foi condenado constituiu um ato isolado, a presunção será ilidida, valendo aqui *mutatis mutandis* os argumentos que aduzimos contra a opinião doutrinária que defende que o Ministério Público terá de demonstrar a ocorrência de indícios ou elementos que tornem plausível ou muito provável a existência de uma anterior atividade criminosa que se refira a crimes do catálogo e tenha ligação com o tipo de crimes por cuja prática o arguido foi condenado.

todo o património do arguido, a prova da existência desse património terá de ser "contrabalançada" com a demonstração (sob pena de ser confiscado na sua totalidade), pelo arguido, que aufere rendimentos lícitos ou que os bens estavam na sua titularidade há, pelo menos, cinco anos no momento da constituição como arguido ou foram adquiridos com rendimentos obtidos nesse período.

Na determinação dos rendimentos lícitos, não terá de se atender apenas aos rendimentos auferidos pessoalmente pelo arguido, podendo incluir-se os de outros membros do agregado familiar e os auxílios que o arguido e/ou outros membros do agregado familiar recebam de terceiros (*v.g.* donativos de pais ou sogros do arguido). Os rendimentos lícitos poderão ser, *v.g.*, rendimentos de trabalho ou de outras atividades económicas lícitas (*v.g.* prestação de serviços ou comércio lícitos), heranças, prémios obtidos no âmbito de jogo lícito como o Euromilhões ou em casinos legais.

Não nos parece que o facto de os rendimentos constarem de declarações fiscais deva levar a concluir que são de proveniência lícita[108]. No fundo, os rendimentos lícitos poderão constar de declarações fiscais ou não (por inexigibilidade legal ou por fuga ao Fisco), sendo que, visando o confisco "alargado" impedir os criminosos de auferirem os lucros obtidos através da prática de crimes e de os utilizarem para continuação da atividade criminosa ou para proteção contra as autoridades e não a cobrança de impostos, não há que relacionar a licitude ou ilicitude dos rendimentos com a circunstância de terem sido, ou não, declarados ao Fisco. Por isso, se o facto de não terem sido declarados ao Fisco não significa que esses rendimentos sejam de origem criminosa, também não deverá concluir-se que os rendimentos declarados sejam de origem lícita, sob pena de, vingando um tal entendimento, os criminosos passarem a declarar ao Fisco parte dos seus rendimentos ilícitos como se de rendimentos lícitos se tratasse, passando a apresentação de uma declaração fiscal a funcionar como mecanismo de branqueamento de capitais.

E, na sequência da demonstração, pelo arguido, da existência de rendimentos lícitos, o Ministério Público poderá (contra)demonstrar o montante das despesas do arguido, sob pena de a presunção incidir sobre um montante inferior ao que deveria ser abrangido, pois poderá suceder que, deduzidas as despesas relacionadas com a subsistência do agregado familiar ao montante dos rendimentos, apenas reste um valor insignificante ou pouco significativo, o que torna incongruente um património que, levando em conta apenas os rendimentos, o não seria.

IV. A confiscabilidade do património da organização criminosa à luz do Direito português

A nossa análise terá de ser dividida em duas partes: consoante haja ou não condenação (sem prejuízo do disposto no art. 110.º, n.º 5, do CP) pelo crime de associação criminosa ou pelo crime de organizações terroristas.

[108] No mesmo sentido, BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, cit., p. 231; contra, RODRIGUES, Hélio Rigor, *Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes*, cit., p. 240, CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 108, e BRAVO, Jorge Reis, "Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade", *Polícia e Justiça, 8,* (pp. 73-147), p. 128.

Quanto tenha havido condenação, o património da organização criminosa poderá ser alvo de confisco "clássico", visto que o Ministério Público logrou provar (sem prejuízo dos casos subsumíveis ao art. 110.º, n.º 5, do CP, em que o confisco poderá ser decretado mesmo sem condenação) que foi cometido um facto ilícito típico e que aquele património foi obtido por via desse facto.

Quanto ao confisco "alargado", nos casos em que a organização criminosa "coincida" ou seja "parte"[109] de um ente coletivo[110], não se suscitam especiais dúvidas quanto à confiscabilidade do património do ente coletivo cuja subsunção a alguma das situações previstas no art. 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002 não seja demonstrada. No caso de condenação de pessoas singulares, consideramos que o confisco "alargado" só será possível quando o condenado pelo crime *de* organização seja líder (quando a organização possua líderes) ou membro da organização (quando a organização não possua líderes, sendo dirigida pelos seus vários membros[111]) ou, sendo um colaborador externo ou um membro subalterno da organização, seja igualmente um fiduciário a quem o património que se concluiu ser pertença da organização *ex se* (e não de algum dos seus membros ou colaboradores externos) tenha sido confiado[112].

Ainda a propósito do confisco "alargado" nos casos em que o agente tenha sido punido apenas pela prática de um crime *de* organização, ainda que se trate de crimes de perigo abstrato e que, pelo menos à partida, não possuam aptidão para gerar lucro[113], em primeiro lugar, a inclusão dos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas no catálogo prende-se com a necessidade político-criminal de privar a criminalidade organizada (que, entre nós, no plano jurídico-penal, é "representada" pelo crime de associação criminosa) dos proventos obtidos nas suas atividades ilícitas para neutralizar as organizações criminosas ou, pelo menos, dificultar a sua atuação.

Em segundo lugar, a finalidade da organização criminosa é, muitas vezes, obter, através da prática de crimes, vantagens económicas que serão utilizadas na continuação da atividade criminosa (*v.g.* adquirindo novas mercadorias ilícitas para revender e

---

[109] Como refere FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *As «Associações Criminosas» no Código Penal português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 32-33, a associação criminosa poderá ser uma pessoa coletiva regularmente ou irregularmente constituída ou um grupo informal de indivíduos.

[110] No Direito português, as pessoas coletivas podem ser punidas pelo crime de associação criminosa ou de organização terrorista (cfr. arts. 11.º, n.º 2, do CP, 33.º-A do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, 3.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, 182.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, e 6.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto).

[111] E, mesmo nestes casos, só será possível concluir que o património é da organização e não daquele membro concreto (cujo património pessoal também será alvo de confisco "alargado") nos casos em que, existindo divisão de tarefas, coubesse a esse membro em concreto a guarda e a administração do património da organização.

[112] Nesses casos, o património que será alvo de confisco "alargado" é o património pessoal desse colaborador ou membro subalterno cuja presunção de origem criminosa não tenha sido ilidida nos termos do art. 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002 e o património da organização criminosa que lhe tinha sido confiado.

[113] Sendo que a falta de aptidão lucrativa leva GODINHO, Jorge Fernandes, *Brandos costumes?...,* cit., pp. 1339-1340, a considerar que não se justifica presumir a origem criminosa do património no caso de condenação pelos crimes de associação criminosa, de organizações terroristas ou de terrorismo, manifestando perplexidade pela sua inclusão no catálogo de crimes passíveis de confisco "alargado".

obter mais lucro), na prossecução do escopo "final" (*v.g.* adquirindo armas e explosivos para realizar atentados terroristas) ou na proteção da organização e dos seus membros face à atuação das autoridades (*v.g.* por via da corrupção ou da contratação de colaboradores externos, que também pode servir para aumentar a eficácia criminosa da organização). E o confisco dessas vantagens impedirá ou dificultará seriamente a continuação da atividade criminosa e a proteção da organização, permitindo o seu desmantelamento ou a diminuição da sua perigosidade.

Em terceiro lugar, as organizações criminosas tiram partido das circunstâncias próprias de um determinado mercado e da implementação de medidas legislativas que impossibilitem ou tornem mais difícil ou onerosa a obtenção lícita de certos bens e/ou serviços e, realizando cuidadosas ponderações de custos *vs.* benefícios relativamente às atividades a levar a cabo (incluindo os "riscos penais"), optarão por levar a cabo as atividades cuja prossecução se mostre mais lucrativa e/ou menos arriscada do ponto de vista penal e abandonarão outras que sejam menos lucrativas e/ou cuja prossecução envolva maiores "riscos penais". E essas atividades criminosas lucrativas e menos "arriscadas" podem não constar do catálogo, gerando insustentáveis lacunas ao nível de privar as organizações criminosas de recursos que irão ser utilizados na continuação da atividade criminosa e, por isso, a inclusão dos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas permite obstar a tais lacunas e, com isso, a défices de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em quarto lugar, as organizações criminosas caraterizam-se por possuirem um programa criminoso genérico, indeterminado, o que, aliado às ponderações custos *vs.* benefícios que referimos e à sua natureza e à sua capacidade "policriminosa", levará a que levem a cabo atividades criminosas lucrativas não incluídas no catálogo – também para evitar o confisco "alargado" –, pelo que a inclusão dos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas permitirá suprir essas lacunas.

Em quinto lugar, os líderes das organizações criminosas raramente (ou nunca) tomam parte na execução dos crimes *da* organização, limitando-se a dar a ordem e a servir-se de intermediários para a transmitir ao executor (podendo suceder que apenas seja possível responsabilizar o líder pela prática do crime *de* organização), pelo que a não inclusão dos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas no catálogo impossibilitaria a aplicação do confisco "alargado" aos líderes da organização, que são quem, ainda que servindo-se de testas-de-ferro, possui o património da organização, que poderia continuar a ser utilizado na atividade criminosa da organização.

Em sexto lugar, podendo a não inclusão dos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas conduzir a tais lacunas de aplicação do confisco "alargado", a sua não inclusão ou exclusão subverteria e goraria gravemente as finalidades visadas com o confisco "alargado", que é absolutamente essencial para responder eficazmente à criminalidade organizada e económico-financeira e ao terrorismo, como a realidade vem demonstrando à saciedade.

Em sétimo lugar, quanto ao crime de organizações terroristas, ainda que, de acordo com as regras da experiência comum, a execução de um ataque terrorista possa não requerer uma grande quantia em dinheiro, a manutenção das estruturas das organizações terroristas, a colocação dos líderes em locais mais seguros, a utilização de

novas tecnologias de comunicação e de informação, o recrutamento, o transporte para os campos de treino e o treino de novos terroristas, etc. requerem quantias substanciais, sendo a disponibilidade de grandes recursos financeiros essencial para o terrorismo.

E, em oitavo lugar, as organizações terroristas levam a cabo atividades criminosas lucrativas para financiamento da sua atividade terrorista.

Nos casos em que não tenha havido condenação (uma vez mais, sem prejuízo do disposto no art. 110.º, n.º 5, do CP), começando pelo confisco "clássico", consideramos que, ainda que não haja lugar à condenação pelo crime *de* organização, desde que se demonstre que aquele património é pertença de uma organização criminosa e foi obtido através do cometimento do crime (*rectius* de um facto ilícito típico) *da* organização cuja prática está provada no processo, o confisco desse património é possível.

Passando ao confisco "alargado", não podemos deixar de concordar com AUGUSTO SILVA DIAS[114] quando afirma que não é possível confiscar o património da organização criminosa[115] em tais casos e que isso constitui uma grave lacuna da lei. De facto, nem a Lei n.º 5/2002 prevê a extensão do confisco ao património da própria organização criminosa nem a organização criminosa *ex se*, salvo quando constitua o todo ou parte de um ente coletivo passível de responsabilidade penal, poderá ser alvo de uma condenação penal. Por isso, visando a consagração do confisco "alargado" o aumento da eficácia da resposta à criminalidade organizada e económico-financeira (incluindo a criminalidade económica organizada quando não seja levada a cabo por organizações criminosas "tradicionais" ou terroristas) e ao terrorismo, essa lacuna terá de ser suprida como *conditio sine qua non* de uma maior eficácia na resposta a essas formas de criminalidade e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra tais fenómenos criminosos. Essa correção poderia passar pela previsão do confisco "alargado" do património que se tivesse apurado pertencer a uma associação criminosa ou organização terrorista, mesmo que não tenha ocorrido a condenação de algum dos seus membros pela prática de tais crimes. Uma alternativa, porventura mais adequada, poderia ser a consagração legal do confisco *in rem* do património das organizações criminosas *lato sensu*[116].

Conclusões

1. A organização criminosa *lato sensu* (que inclui, além da organização criminosa *stricto sensu* "tradicional" – cujo exemplo paradigmático são as máfias –, a associação criminosa, o terrorismo – quando seja levado a cabo por organizações criminosas, associações criminosas ou organizações terroristas – e a criminali-

[114] SILVA DIAS, Augusto, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, cit., p. 44.

[115] Sem prejuízo de, nos casos em que a organização criminosa "coincida" ou seja "parte" de um ente coletivo passível de responsabilidade penal e esse ente tenha sido condenado pela prática de algum dos (outros) crimes do catálogo, o seu património poder ser alvo de confisco "alargado", mas não enquanto património da organização criminosa *ex se*, pelo que essa possibilidade não põe em causa o que referimos no texto e a nossa concordância com AUGUSTO SILVA DIAS.

[116] Acerca do confisco *in rem* e das suas possibilidades à luz do Direito português (*de jure condendo*), *vide* RODRIGUES NUNES, Duarte, *Sobre a admissibilidade do confisco civil in rem...*, cit., pp. 187 e ss.

dade económica organizada) é um grupo de três ou mais pessoas, dotado de um mínimo de estrutura organizatória, que, de uma forma duradoura e concertada, pratica factos tipificados na Lei como crime (e, eventualmente, intervém na economia lícita) com o objetivo de obter vantagens de natureza económica ou atingir objetivos de outra natureza e de proteger a organização e os seus membros da perseguição penal, com utilização (se necessário) de violência ou de outra forma de intimidação sobre os seus membros e/ou terceiros e de corrupção.

2. Em sentido descritivo-fenomenológico, a criminalidade organizada consiste na prática, de forma duradoura e concertada (com ou sem divisão de tarefas), de factos tipificados na Lei como crime (eventualmente acompanhada da intervenção na economia lícita) com o objetivo de obter vantagens de natureza económica ou atingir objetivos de outra natureza e de proteger a organização e os seus membros da perseguição penal, com utilização (se necessário) de violência ou de outra forma de intimidação sobre os seus membros e/ou terceiros e de corrupção por parte de um grupo de três ou mais pessoas e dotado de um mínimo de estrutura organizatória, bem como a colaboração consciente e voluntária com uma organização criminosa *lato sensu* por parte de pessoas (físicas ou jurídicas) que, não sendo formal e organicamente seus membros, auxiliam-na (material e/ou moralmente) na prossecução das suas finalidades.
3. O escopo "final" das organizações criminosas (*lato sensu*) tanto pode ser a obtenção de lucro como outra finalidade [*v.g.* obtenção de poder (*maxime* poder político), destruição de uma organização terrorista, disseminação de ódio racial ou religioso, prejudicar a integridade e a independência de um Estado, intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições de um Estado de Direito ou organização internacional ou forçá-lo(a) a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique].
4. Mesmo nas organizações criminosas *lato sensu* cujo escopo "final" seja diverso, a obtenção de lucro é essencial para a manutenção das estruturas da organização e para o financiamento das atividades direcionadas à prossecução do escopo "final".
5. Independentemente da natureza do escopo "final" da organização criminosa em concreto, a obtenção de lucro é igualmente essencial para a sua proteção e dos seus membros face à atuação das autoridades.
6. O confisco do património das organizações criminosas é absolutamente essencial para responder eficazmente ao crime organizado.
7. Têm sido propostas e consagradas medidas de vária índole para combater o lucro ilícito, como a criminalização de certas condutas relacionadas com o lucro ilícito, a tributação do património ilícito e soluções ao nível das consequências jurídicas do ilícito (medidas sancionatórias ou não sancionatórias, onde se inclui o confisco de vantagens provenientes da prática de crimes).
8. O confisco de vantagens provenientes da prática de crimes pode consistir no confisco de vantagens "clássico" (arts. 110.º e ss. do CP e 36.º e ss. do Decreto-Lei n.º 15/93), no confisco "alargado" (arts. 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002) ou

no confisco através de uma ação cível *in rem* (que não está previsto no Direito português).

9. Nos casos em que tenha havido condenação pelo crime *de* organização (sem prejuízo dos casos subsumíveis ao art. 110.º, n.º 5, do CP, em que o confisco pode ter lugar sem condenação), o património da organização criminosa pode ser alvo de confisco "clássico". E pode ser também alvo de confisco "alargado" quando a organização criminosa "coincida" ou seja "parte" de um ente coletivo passível de responsabilidade penal e, no caso de pessoas singulares, quando o condenado pelo crime *de* organização seja líder (se a organização possuir líderes) ou membro da organização (se a organização não possuir líderes) ou, sendo um colaborador externo ou membro subalterno da organização, se trate de um fiduciário a quem o património que se provou ser pertença da organização *ex se* tenha sido confiado.
10. Nos casos em que tenha havido condenação pelo crime *de* organização (sem prejuízo do disposto no art. 110.º, n.º 5, do CP), o confisco "clássico" poderá ser decretado quando, apesar de não haver condenação pelo crime *de* organização, se demonstre que aquele património é pertença de uma organização criminosa e foi obtido através do cometimento do facto ilícito típico *da* organização cuja prática está provada no processo. Mas, *de jure condito*, o confisco "alargado" não é possível, impondo-se a supressão dessa lacuna, ao nível do confisco "alargado" (prevendo-se o confisco do património das organizações criminosas independentemente da condenação pelo crime *de* organização) ou através da consagração legal do confisco civil *in rem* desse património (que nos parece ser a melhor solução).

O ASSISTENTE ENQUANTO COTITULAR DA AÇÃO PENAL

Frederico Machado Simões*

SUMÁRIO: Introdução; I. O Direito do Ofendido a Intervir no Processo e o Instituto da Assistência; II. O Mito do Colaborador Subordinado; III. A Cotitularidade da Ação Penal; Conclusões.

Foi um dos maiores privilégios do meu percurso académico ter sido aluno e orientando do Professor Doutor Augusto Silva Dias, homem de qualidades pedagógicas, científicas e humanas sem par. É ao seu pensamento, profundo e irreverente, que devo o maior quinhão da minha visão do Direito Penal e do Processo Penal, tanto na convergência, como na divergência, e é ao legado desse pensamento que ofereço a reflexão que se segue, como modesta mas sentida homenagem.

Introdução

O ambiente da reforma que deu origem ao Código de Processo Penal ("CPP") de 1987 foi marcado por uma panóplia de condicionantes exógenas e endógenas. Entre estas últimas, o legislador, evidenciou, no preâmbulo do CPP, o relevo atribuído à tradição processual penal portuguesa, elegendo como exemplo paradigmático dessa tradição o estatuto do Assistente. Nas palavras do legislador de 1987, trata-se de uma figura processual "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-vitimológicas".

Porém, este sujeito processual, que, à data da aprovação do CPP era uma das suas figuras de proa, sofreu desde então mutações, tanto por via de alterações legislativas, como por via das correntes jurisprudenciais, que levaram vozes ilustres do foro nacional a questionar se não se justifica a sua abolição[1], em particular com a introdução no CPP, em 2015, da figura da vítima, que parece vir sobrepor-se ao Assistente.

* Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais, Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador no Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais. Agradecemos à Mestre Bruna Ribeiro de Sousa a cuidada revisão do texto e as suas oportunas sugestões e críticas.

[1] BARREIROS, José António, "Abolir o estatuto de assistente?" in *Patologia Social*, 26.03.2020, disponível em: http://patologiasocial.blogspot.com/2020/03/abolir-o-estatuto-de-assistente.html.

Perante a "descaracterização"[2] daquilo que é uma figura clássica do processo penal pátrio, pretendemos com este estudo passar em revista o atual enquadramento jurídico aplicável ao assistente e, a partir daí, desmistificar e esclarecer o papel deste no palco penal. Nesta senda, iremos começar por abordar o direito fundamental do ofendido a intervir no processo penal e a sua relação com o instituto da assistência (I), iremos procurar refutar a imagem convencional do Assistente como sujeito processual subordinado (II) e, por fim, iremos propor uma diferente forma de ver e enquadrar o Assistente entre os sujeitos processuais do processo penal (III).

I. O Direito do Ofendido a Intervir no Processo e o Instituto da Assistência

O artigo 32.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa ("CRP"), estabelece que "[o] ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei". Esta norma não se encontrava na redação primitiva do artigo 32.º, tendo sido introduzida na Lei Fundamental em 1997, pela 4.ª revisão constitucional.

A redação que hoje encontramos do n.º 7 do artigo 32.º teve origem no Projeto de Revisão Constitucional n.º 8/VII, tinha como objetivo o "reforço dos direitos de participação e cidadania"[3], visando, entre o mais, a "[e]xplicitação do conteúdo essencial de alguns direitos de liberdade, designadamente os relativos à investigação e ao processo criminal"[4]. Daqui retira-se que a intervenção do ofendido não é uma inovação do legislador constituinte em 1997, mas sim uma *elevação* de um instituto pré-existente.

Com efeito, desde 1945 que o processo penal português previa a participação do ofendido no processo penal, mediante a sua constituição como Assistente, ao abrigo do artigo 4.º, § 2.º, do CPP 1929, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 35 007 de 13 de outubro de 1945. E mesmo antes da revisão de 1945, o ofendido participava no processo penal sob as vestes de "parte acusadora". Nesta medida, o ofendido nunca foi uma "figura esquecida" do processo penal português, ao contrário do que sucedeu noutras jurisdições[5].

Contudo, a introdução do direito de participação do ofendido no artigo da CRP relativo às garantias do processo penal não é inócua. Pelo contrário, demonstra uma rutura definitiva com uma lógica bipolar do conflito penal, como um problema apenas entre o acusado e o Estado, a favor de uma lógica triangular, que conta com o acusado, o Estado e o ofendido nos seus vértices.

Passando para o plano do Direito ordinário, verifica-se que o ofendido *qua tale* conta com um leque limitado de direitos processuais próprios[6], sendo a sua intervenção

[2] GAMA, António *et al.*, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomo I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 708-781.

[3] Diário da Assembleia da República, 07/03/1996, II Série-A – Número 27, p. 73.

[4] Diário da Assembleia da República, 07/03/1996, II Série-A – Número 27, p. 74.

[5] Neste sentido, NOVERSA LOUREIRO, Flávia, "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira", in *IV Congresso de Processo Penal*, (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 187-189.

[6] Destacam-se o direito a requerer a sujeição do processo a segredo de justiça, bem como o direito de requerer o respetivo levantamento (artigo 86.º, n.ºs 1 e 5, do CPP); o direito a ser notificado da libertação do

plena no processo penal mediada pela figura do Assistente. Isto é, o ofendido tem a faculdade de se constituir Assistente, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do CPP[7], e é com a constituição de Assistente que o conjunto de direitos processuais ao dispor do ofendido é ampliado, transitando de *mero interveniente processual*, para *sujeito processual*, dotado de poderes autónomos de conformação da tramitação do processo[8].

Esta transição de ofendido para Assistente é feita mediante um requerimento dirigido ao juiz – de instrução ou de julgamento, consoante a fase do processo –, que desencadeia um incidente processual (artigo 68.º, n.º 5), no qual são ouvidos o Ministério Público ("MP") e o Arguido, caso algum já tenha sido constituído (artigo 68.º, n.º 4). A decisão sobre este incidente forma caso julgado *rebus sic stantibus* durante a fase de inquérito, em que o objeto do processo ainda não se consolidou, podendo a legitimidade do requerente ser afetada no momento em que o objeto do processo se estabiliza; após a fase de inquérito, a decisão sobre o incidente de constituição de Assistente forma caso julgado formal[9]. A constituição de Assistente implica o pagamento de taxa de justiça (artigo 519.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, do Regulamento das Custas Processuais), bem como a representação por advogado (artigo 70.º, n.º 1).

Todavia, a passagem de ofendido a Assistente tem suscitado uma acesa discussão na jurisprudência e na doutrina, em torno do próprio conceito de "ofendido". A discussão tem girado em torno da redação da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º, que dispõe:

> "Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: [o]s ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos".

O problema reside em saber quem pode ser titular do interesse que a lei *especialmente* quis proteger. Três respostas têm sido ensaiadas: um conceito *restrito* de ofendido; um conceito *amplo* de ofendido; e um conceito *restritivo alargado* de ofendido.

O conceito restrito de ofendido sugere, apoiando-se no elemento literal do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), e na tradição jurídica nacional, que apenas o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação pode ser considerado

---

Arguido sujeito a prisão preventiva (artigo 217.º, n.º 3, do CPP); o direito a ser informado dos regimes jurídicos do direito de queixa e do apoio judiciário (artigo 247.º, n.º 1, do CPP); e o direito a ser notificado das principais decisões judiciárias relativas a um Arguido de reconhecida perigosidade (artigo 247.º, n.º 4, do CPP).

[7] Doravante, todos os artigos sem menção do diploma de origem serão do CPP de 1987.

[8] Cf. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", in *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 9.

[9] Neste sentido, MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Processual Penal Português*, vol. 1, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 288, e PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 217-218.

"ofendido" para efeitos da lei processual penal[10], excluindo do grupo dos ofendidos os sujeitos prejudicados, por exemplo, por uma falsificação de documentos, uma desobediência ou uma denúncia caluniosa, na medida em que estes crimes não tutelam bens jurídicos pessoais. Seguindo de perto as acertadas críticas de SILVA DIAS, esta tese não pode hoje merecer a nossa adesão pelo seu desfasamento ante os estudos vitmológicos, pela evolução da dogmática do bem jurídico e encontra-se em contracorrente com a tendência expansiva da legitimidade processual de vítimas difusas[11]. Também o Supremo Tribunal de Justiça se tem vindo a distanciar desta tese ao fixar jurisprudência no sentido de alargar o conceito de ofendido a pessoas afetadas por crimes que tutelam bens jurídicos coletivos[12].

Em contraposição, o conceito amplo de ofendido, defendido por AUGUSTO SILVA DIAS, propõe que será ofendido o titular do "interesse que é abrangido pelo âmbito de tutela, ou, dito de outro modo, que forma parte, exclusiva ou concomitantemente, do objecto jurídico tutelado"[13]. Esta tese, todavia, parece ir demasiado longe, relativizando de forma excessiva, como bem assinala MAFALDA MOURA MELIM, "o referente substantivo considerado imprescindível pelo legislador", ou seja, o Assistente passa a definir-se *a posteriori*, a partir da configuração do caso, e não *a priori*, a partir do âmbito de proteção da norma penal, o que, a nosso ver, contraria, tanto o elemento literal, como o elemento teleológico do artigo 68.º, n.º 1, alínea a)[14]. Além disso, a invocação da legitimidade para a constituição de Assistente que encontramos no artigo 25.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, e 43.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, não nos parece apontar para um conceito amplo de ofendido para efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º, mas para casos de "pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito", ou seja, deve distinguir-se, na senda de DAMIÃO DA CUNHA, "entre os assistentes «naturais» (ou tradicionais) do processo penal (o ofendido) e os assistentes «mais recentes» (os previstos em lei especial)"[15], não devendo alargar-se o conceito de "ofendido" ao ponto de abarcar estes últimos e, dessa forma, retirar conteúdo útil a essas mesmas disposições especiais.

Cremos, por isso, que se deverá acolher um conceito restritivo alargado, conforme avança PAULO DE SOUSA MENDES, segundo o qual se deve "admitir a legitimidade de constituição de assistente [ao abrigo do artigo 68.º, n.º 1, alínea a)] sempre que haja interesses de titularidade individual diretamente afetados"[16].

---

[10] Em abono desta tese, DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1974, pp. 504-505, e NOVERSA LOUREIRO, "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente...", cit., p. 193.

[11] Para maiores desenvolvimentos sobre estas críticas, *vide* SILVA DIAS, Augusto, "A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português", in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 57-61.

[12] *Vide* acórdãos de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça 1/2003, 8/2006 e 10/2010.

[13] SILVA DIAS, Augusto, "A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente...", cit., p. 62.

[14] MOURA MELIM, Mafalda, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção: que tutela para o assistente? Contributo para o estudo deste sujeito processual*, Dissertação de Mestrado Científico, 2017, p. 9, disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32550/1/ulfd134513_tese.pdf.

[15] DAMIÃO DA CUNHA, José, "A participação dos particulares no exercício da acção penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, n.º 4, Out-Dez 1998, p. 630.

[16] DE SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 134.

Cabe ainda referir que o elenco de pessoas com legitimidade para se constituir Assistente não se esgota no ofendido. O n.º 1 do artigo 68.º prevê ainda que se podem constituir Assistentes: (*i*) as pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento, quando não sejam o ofendido[17]; (*ii*) no caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivo não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver comparticipado no crime; (*iii*) no caso de o ofendido ser menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, o representante legal e, na sua falta, as pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, ou, na ausência dos demais, a entidade ou instituição com responsabilidades de protecção, tutelares ou educativas, quando o mesmo tenha sido judicialmente confiado à sua responsabilidade ou guarda, salvo se alguma delas houver auxiliado ou comparticipado no crime; (*iv*) qualquer pessoa nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção. Além destes casos, existem ainda disposições em legislação extravagante que concecedem legitimidade a outras entidades para se constituirem Assistentes, como, por exemplo, as Uniões Zoófilas nos crimes contra animais de companhia, ao abrigo do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, e as associações empresariais legalmente constituídas nos crimes contra a propriedade industrial, nos termos do artigo 359.º do Código da Propriedade Industrial.

Nesta medida, além de operacionalizar a intervenção do ofendido no processo penal, em conformidade com o disposto no artigo 32.º, n.º 7, da CRP, a figura do Assistente permite ainda que outros *stakeholders* no exercício da ação penal intervenham no processo.

Feita esta resenha do fundamento da figura do Assistente, cumpre agora abordar a questão da sua posição processual.

II. O Mito do Colaborador Subordinado

O artigo 69.º, n.º 1, descreve a posição processual dos Assistentes como sendo a "de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei". Esta formulação remonta, na sua essência, ao Decreto-Lei n.º 35 007[18] e é habitual e acriticamente repetida pela jurisprudência[19] e por alguma doutrina[20]. No entanto, vários Autores têm vindo a

[17] Encontramos um exemplo de um caso em que o titular do direito de queixa não é apenas o ofendido no crime de procuradoria ilícita, que admite a apresentação de queixa pela Ordem dos Advogados e pela Câmara dos Solicitadores, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto.

[18] Sobre a transformação da "parte acusadora" da versão primitiva do CPP de 1929 no "assistente" do Decreto-Lei n.º 35 007, ver, por todos, DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 509-512.

[19] Particularmente contundente sobre este tema é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1999, proferido no processo n.º 99P1291, relatado por Martins Ramires.

questionar a congruência do disposto no supracitado preceito com o efetivo estatuto legal do Assistente, mormente, com o vasto conjunto de direitos processuais que lhe assistem[21].

O esclarecimento da incongruência apontada exige que se densifiquem os conceitos de "colaboração" e de "subordinação", empregues pelo n.º 1 do artigo 69.º.

Neste conspeto, Germano Marques da Silva, após realçar o limitado alcance do conceito, sugere a seguinte definição de "subordinação":

> "A subordinação do assistente relativamente ao Ministério Público significa que se a lei não atribuir poderes autónomos ao assistente para a prática de atos processuais os atos dominantes, ou seja, os que relevam para a dinâmica do processo, são os praticados pelo Ministério Público."[22]

Porém, esta definição limita-se a enunciar o princípio da competência, segundo o qual cada sujeito processual pratica os atos processuais que a lei lhe permite praticar, pelo que não oferece um conteúdo verdadeiramente útil para o termo "subordinação", principalmente quando se tem em atenção que os atos do MP, mesmo na fase de inquérito, podem, em boa medida, ser supridos ou contrariados pelo Assistente. Para ilustrar, o Assistente pode suprir uma investigação insuficiente oferecendo meios de prova que o mesmo tenha recolhido na pendência do inquérito e um despacho de arquivamento pode ser contrariado através de recurso hierárquico ou através da abertura da instrução.

Em sentido próximo, Paulo Dá Mesquita afirma que:

> "Sendo a intervenção do assistente subordinada à actividade do Ministério Público a actividade preparatória da acção penal de que é titular este órgão de justiça não pode ser perturbada pelo seu «colaborador»."[23]

Todavia, esta ideia de não perturbação, estando correta, nada acrescenta à definição de "subordinação", pois a proibição de perturbação da investigação do MP não implica necessariamente uma proibição de investigação paralela, nem implica que o Assistente tenha de se conformar com a atividade preparatória realizada pelo MP, como seria expectável de uma relação entre subordinado e subordinante; note-se que o Assistente, além da intervenção hierárquica, pode requerer a produção de prova através do requerimento para a abertura da instrução, não estando na disponibilidade do MP rejeitar a produção dessa prova.

De todo o modo, as definições apresentadas centram-se na ideia de "subordinação", sendo que, a nosso ver, se trata de uma noção autónoma de "colaboração", na medida em que se podem equacionar formas de colaboração não subordinadas.

---

[20] ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 50.

[21] Cf. SILVA DIAS, "A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português", cit., pp. 55-56.

[22] MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, cit., p. 282.

[23] DÁ MESQUITA, Paulo, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 168.

Rejeitando a ideia de dependência perante o MP do Assistente e procurando uma noção de subordinação que melhor se coadune com os poderes de conformação processual que a lei atribui a este sujeito processual, Damião da Cunha[24] e, no seu seguimento, Mafalda Moura Melim[25] sugerem que o que está verdadeiramente em causa é uma subordinação à prossecução do interesse público. Ora, não obstante acompanharmos os referidos Autores no diagnóstico, não podemos acolher a terapêutica: o artigo 69.º, n.º 1, é unívoco ao afirmar que a subordinação do Assistente é à *atividade* do MP e não ao *interesse público*. Estas realidades não se confundem, pois uma coisa é o que o MP *faz* – a sua actividade real – e outra é o que o MP *deve fazer* – os seus deveres e critérios de atuação processual, que passam pela prossecução do interesse público. Com efeito, o MP pode, violando os seus deveres estatutários e constitucionais, não prosseguir o interesse público e serão justamente essas as situações em que, independentemente do seu *animus*, é mais pertinente a intervenção processual do Assistente. Porém, não cremos que daqui se possa retirar que o Assistente está ele próprio subordinado ao interesse público, desde logo, porque a lei nada diz sobre quais os critérios que devem nortear a atuação do Assistente e, conforme Mafalda Moura Melim admite[26], a intervenção do Assistente no processo pode ser motivada apenas por interesses egoístas, caso em que o seu contributo para a realização do interesse público na descoberta da verdade material e na aplicação do Direito Penal substantivo será meramente acidental. Nada no regime jurídico que disciplina a intervenção processual do Assistente indica que a mesma pressupõe um determinado *animus* ou deve visar um determinado fim e cremos, aliás, que a maioria dos casos de participação processual do Assistente serão animados por motivações egoistas, pois, tendo em conta os custos associados à intervenção como Assistente – taxa de justiça e honorários de Advogado –, bem como a vigência do princípio da adesão no processo penal, é pouco verosímil que alguém – com exceção para associações ou fundações destinadas à defesa de interesses coletivos ou difusos – assuma essa posição processual com o objetivo exclusivo de atuar como um fiscalizador desinteressado do MP ou como defensor intransigente da legalidade democrática, tal como é pouco verosímil que o legislador tenha sido alheio a esta possibilidade.

Quanto à ideia de "colaboração", Damião da Cunha assinala que o Assistente e o MP, mesmo quando perfilham entendimentos divergentes, atuam no sentido da realização do interesse público e indisponível na correta aplicação do Direito Penal substantivo[27], todavia, esta leitura extravasa a letra do artigo 69.º, n.º 1, que identifica claramente o Assistente como "colaborador *do Ministério Público*" e não como "colaborador *na realização da justiça*", e não parece coerente com o reconhecimento de

[24] DAMIÃO DA CUNHA, "A participação dos particulares no exercício da acção penal", cit., p. 638.

[25] Cf. MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit., pp. 14-17.

[26] Cf. MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit. p. 16.

[27] DAMIÃO DA CUNHA, "A participação dos particulares no exercício da acção penal", cit., p. 649: "a colaboração que o assistente presta ao MP é uma colaboração na realização de interesses indisponíveis, ou seja uma colaboração no sentido de impedir o MP de dispor (de fazer disposição) de aspectos relevantes atinentes a tais interesses".

que o Assistente pode, dentro das margens da legalidade, intervir no processo para realizar os seus próprios interesses.

Por conseguinte, visto que não podemos acolher, quanto a este ponto, as propostas da doutrina para clarificar os conceitos de "colaboração" e de "subordinação", para esclarecer o significado destes termos, importa procurar outras coordenadas, nomeadamente lançando um olhar sobre um lugar paralelo no ordenamento jurídico português: a figura do assistente no Direito Processual Civil.

Em processo civil, pode constituir-se assistente, nos termos do artigo 326.º, n.º 1, do Código de Processo Civil ("CPC"), "quem tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte", sendo o "interesse jurídico" definido pelo n.º 2, como a titularidade "de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido". Quanto à sua posição jurídica, o artigo 328.º, n.º 1, do CPC, prevê que "[o]s assistentes têm no processo a posição de auxiliares de uma das partes principais", já o n.º 2 do mesmo preceito estabelece que:

> "Os assistentes gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres que a parte assistida, mas a sua atividade está subordinada à da parte principal, não podendo praticar atos que esta tenha perdido o direito de praticar nem assumir atitude que esteja em oposição com a do assistido; havendo divergência insanável entre a parte principal e o assistente, prevalece a vontade daquela"

Sintetizando, o assistente no CPC é titular de um interesse "indireto ou reflexo"[28], que *auxilia*[29] o titular do interesse direto no litígio (a parte principal) e cuja atividade complementa, mas não supre, nem contraria a atividade deste[30].

Com estes dados, é de concluir que a "colaboração" ou "auxílio" entre sujeitos processuais corresponde à *prossecução de interesses interligados, que se satisfazem em simultâneo com o desfecho favorável do processo*. Já a "subordinação", em termos processuais, designa uma *relação em que o sujeito subordinado não pode suprir, nem contrariar os atos processuais do sujeito subordinante*[31].

Destarte, para corroborar a qualidade de colaborador subordinado do Assistente em processo penal terá de se verificar uma convergência de interesses entre este e o

[28] SANTOS ABRANTES GERALDES, António, PIMENTA, Paulo, PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, p. 380.

[29] Note-se que a expressão "auxiliares" era justamente a expressão empregue pelo artigo 4.º, n.º 5.º, § 1.º do CPP de 1929, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 35:007, para descrever a relação entre Assistente e MP, pelo que podemos considerá-la como sinónimo da expressão "colaboradores" empregue pelo CPP em vigor.

[30] LEBRE DE FREITAS, José, ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 654.

[31] Em sentido próximo do conceito de "subordinação" proposto, *vide* CRUZ SANTOS, Cláudia, *O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 170: "o que parece poder subentender-se é que os *interesses do assistente no processo só são atendíveis enquanto coincidirem com o interesse colectivo na realização da justiça penal*" (itálico no original).

MP e, cumulativamente, a impossibilidade legal daquele suprir ou contrariar a conduta processual deste. Como veremos, não é isto o que se verifica no nosso CPP.

Desde logo, a legitimidade para a constituição de Assistente em processo penal, como já vimos[32], orbita em torno da qualidade de ofendido – ainda não não se esgote nesta qualidade –, que, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), é o titular "dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação". Porquanto, não estamos perante um interesse indireto na decisão da causa, mas sim perante um interesse *direto* (e constitucionalmente reconhecido) no desfecho do processo. Sendo o interesse do Assistente um interesse direto e privado, este não irá necessariamente convergir com o interesse público, tal como o mesmo é processualmente definido e prosseguido pelo MP[33]. A potencial divergência entre o interesse privado e o interesse público abre espaço a situações de dissonância ou mesmo de conflitualidade entre a atuação processual do Assistente e do MP[34], incompatíveis com uma relação colaborativa, nos termos esboçados. Tais situações são tipicamente dirimidas através dos vários meios de processuais de reação contra as decisões do MP que o Assistente tem ao seu dispor (*e.g.*, abertura da instrução, recurso autónomo) e que podem resultar na prevalência da posição deste, ao contrário do que sucede no processo civil, onde o artigo 328.º, n.º 2, do CPC estabelece a regra da prevalência da vontade da parte subordinante.

Releva também a circunstância de nos crimes semipúblicos o titular do direito de queixa – que normalmente coincide com o ofendido, mas que, em todo o caso, tem legitimidade autónoma para se constituir Assistente, ao abrigo do artigo 68.º, n.º 1, alínea b) – poder determinar o início e o fim da atividade do MP. Com efeito, o exercício do direito de queixa é uma condição de procedibilidade da ação penal, por força do artigo 49.º, n.º 1, e a desistência do direito de queixa, nos termos do artigo 116.º, n.º 2, do CP, determina a inadmissibilidade legal do procedimento criminal e o consequente arquivamento do inquérito, nos termos do artigo 277.º, n.º 1. Esta capacidade de impulsionar e impedir o exercício da ação penal pelo MP, ainda que restrita a uma classe de crimes, não se coaduna com uma relação de subordinação.

O mesmo vale para os crimes particulares, com uma agravante: há uma *inversão de papéis* entre o Assistente e MP. Enquanto nos crimes públicos e semipúblicos, é deduzida uma acusação pública pelo MP, nos termos do artigo 283.º, à qual se segue a acusação pelo Assistente, vinculada ao objeto daquela, por força do artigo 284.º, n.º 1, nos crimes particulares é deduzida uma acusação particular, conforme previsto nos artigos

[32] Ver *supra* I. O Direito do Ofendido a Intervir no Processo e o Instituto da Assistência.

[33] Note-se que o MP não tem ele próprio interesse no exercício da ação penal, sendo um mero prossecutor de um interesse que é de toda a comunidade: o exercício do *ius puniendi* e a realização dos fins do Direito Penal substantivo.

[34] Reconhecendo isto mesmo, CRUZ SANTOS, Cláudia, "Assistente, Recurso e Espécie e Medida da Pena – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Dezembro de 2007", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 1 (janeiro-março 2008), p. 160, nota 6: "Este tendencial paralelismo de objectivos não obnubila, porém, a existência de margens de conflito, patentes por exemplo na possibilidade de o assistente requerer a abertura de instrução face a um despacho de arquivamento do Ministério Público com o qual não concorda".

50.º, n.º 1, 69.º, n.º 2, alínea b), e 285.º, n.º 1, e é admitido ao MP "acusar pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles" que constam da acusação do Assistente, como se pode ler no n.º 4 do artigo 285.º.

Todavia, deixando de parte as especificidades do papel do Assistente nos crimes semipúblicos e particulares, mesmo no âmbito dos crimes públicos os direitos processuais que compõem a posição deste sujeito processual não são enquadráveis na moldura de uma relação de colaboração subordinada. Nesta análise interessa-nos olhar para os poderes do Assistente pelo prisma das três vertentes do exercício da ação penal: "preparação, exercício e sustentação"[35].

Ao nível da *preparação da ação penal*, o artigo 69.º, n.º 2, alínea a), prevê que "[c]ompete em especial aos assistentes: [i]ntervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias"[36]. Esta intervenção, em especial no que tange à junção de prova ao processo, permite que o Assistente não só influa na investigação criminal, ao requerer diligências, como permite carrear para os autos os resultados da própria investigação do Assistente[37]. Aliás, a jurisprudência nacional tem vindo a dar cobertura, ao admitir a justificação de condutas que preenchem o tipo de crime de gravações e fotografia ilícitas, previsto e punido pelo artigo 199.º do CP, quando as gravações em causa prossigam fins de recolha de prova e não colidam com o núcleo duro da vida privada do visado, e, consequentemente, reconhecendo a admissibilidade probatória dos meios de prova recolhidos através dessas mesmas condutas[38]. Naturalmente que estas situações não se confundem com os meios de obtenção da prova ao dispor do MP – como as escutas telefónicas e buscas domiciliárias –, que, pela sua intrusividade e lesividade para os direitos fundamentais dos visados, estão reservados à atuação das autoridades públicas. No entanto, tal circunstância não desmente o facto de que o Assistente poder realizar a sua própria recolha de prova e apresentá-la ao processo.

Ao nível do *exercício da ação penal*, a intervenção do Assistente assume duas formas: a dedução de acusação vinculada e a abertura da instrução.

Quanto à dedução de acusação (nos crimes públicos e semipúblicos), o artigo 284.º, n.º 1, dispõe que "o assistente pode também deduzir acusação pelos factos acusados pelo Ministério Público, por parte deles ou por outros que não importem alteração substancial daqueles." Ou seja, ao deduzir a sua acusação, o Assistente está tematicamente vinculado ao objeto factual do processo definido pela acusação do MP, mas pode ainda propor uma diferente qualificação jurídica dos factos ou levar ao conhecimento do Tribunal factos que, nos termos do artigo 1.º, alínea f), não tenham "por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis". Ora, não obstante a vinculação da acusação do Assistente ao objeto factual

[35] DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, cit., p. 132.

[36] Note-se que esta competência tem reflexo em diplomas avulsos, como no artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, que aprova o regime jurídico da Decisão Europeia de Investigação.

[37] Sobre o tema das investigações por privados em Direito Processual Penal, ver NEVES DA COSTA, José, "Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares", in: *Prova Penal Teórica e Prática* (coord. Paulo de Sousa Mendes, Rui Soares Pereira), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 159-193, em especial p. 172.

[38] Ilustrativo deste entendimento é o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 29 de março de 2016, proferido no processo n.º 558/13.4GBLLE.E1, relatado por António João Latas, disponível em dgsi.pt.

da acusação pública, e sendo certo que a acusação pelos mesmos factos, parte deles ou outros factos que não impliquem uma alteração substancial daqueles corresponde a uma atuação processual meramente complementar, mesmo aqui podem emergir dissonâncias de relevo entre este e o MP, mormente ao nível da qualificação jurídica[39]. Concretamente, uma diferente qualificação jurídica dos factos equivale a uma divergência entre as pretensões punitivas de um e outro sujeito, já que implicam uma diferente responsabilidade penal do Arguido. No limite, o Assistente pode alegar que a qualificação jurídica constante da acusação está totalmente errada e pugnar por um enquadramento normativo distinto. Pense-se num caso em que um agente ameaça um sujeito para o constranger a entregar a sua carteira e o MP acusa o arguido por um crime de extorsão, previsto e punido pelo artigo 223.º do CP, enquanto o Assistente acusa por um crime de roubo, previsto e punido pelo artigo 210.º do mesmo diploma. Por conseguinte, também aqui não se pode falar rigorosamente de "subordinação", pois a qualificação jurídica apresentada na acusação do MP não tem *a priori* prevalência sobre a qualificação jurídica apresentada pelo Assistente. Isto também para dizer que reputamos infeliz a designação da acusação do Assistente como "acusação subordinada", na medida em que o que está em causa não é uma subordinação, mas sim uma *vinculação temática*, equivalente à vinculação temática da decisão judicial[40]. Por este motivo preferimos a designação "acusação vinculada" para designar o exercício do direito processual previsto no artigo 284.º.

Quanto à abertura da instrução, o meio mais importante para o exercício da ação penal pelo Assistente, o artigo 287.º, n.º 1, alínea b), prevê que:

> "A abertura da instrução pode ser requerida, no prazo de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento: [p]elo assistente, se o procedimento não depender de acusação particular, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação."

Sintetizando, o Assistente pode, através do seu requerimento para a abertura da instrução, *reverter* uma decisão de arquivamento e, assim, submeter o Arguido ou Arguidos a julgamento, bem como *ampliar* o objeto do processo traçado na acusação pública, acrescentando factos que não foram aí incluídos.

Por outro lado, se atendermos aos requisitos do requerimento de abertura da instrução do Assistente, verificamos que, nos termos do artigo 287.º, n.º 2, se exige o cumprimento do disposto no artigo 283.º, n.º 3, alíneas b) e c), isto é, a narração dos factos que sustentam a responsabilidade criminal do Arguido, bem como as disposições legais aplicáveis. Porquanto, "o requerimento para abertura de instrução formulado pelo assistente assume formalmente a natureza de uma *acusação*"[41].

---

[39] DAMIÃO DA CUNHA fala mesmo de um "mecanismo de «coacção» à acusação", em DAMIÃO DA CUNHA, José, *O Caso Julgado Parcial - Questão de Culpabilidade e Questão dea Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002, pp. 744-745.

[40] Sobre a vinculação temática no processo penal, ver MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 369-370.

[41] DA SILVA HENRIQUES GASPAR, António *et al*., *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 961.

Mais uma vez, havendo a possibilidade de *contrariar* uma decisão do MP, através de um ato processual de natureza formalmente semelhante à da acusação pública, parece insustentável afirmar uma relação de "subordinação".

Ao nível da *sustentação da ação penal*, cumpre analisar a posição processual do Assistente no contexto da audiência de julgamento, bem como na fase de recurso.

Em sede de audiência, o Assistente tem uma posição semelhante à do MP: beneficia do contraditório em matéria de questões incidentais e a propósito de meios de prova apresentados em audiência (artigo 327.º, n.os 1 e 2); beneficia do direito de realizar exposições introdutórias antes do Arguido (artigo 339.º, n.º 2); pode requerer ao Tribunal a produção de prova suplementar (artigo 340.º, n.º 1); a sua prova é produzida imediatamente a seguir ao MP e antes do Arguido (artigo 341.º, alínea b)); podem-lhe ser tomadas declarações (artigo 346.º); pode inquirir terceiros titulares de coisas suscetíveis de serem declaradas perdidas a favor do Estado (artigo 347.º-A, n.º 1) e testemunhas (artigo 348.º, n.º 4); pode pedir esclarecimentos a peritos e consultores técnicos (artigo 350.º, n.º 1); é ouvido sobre a dispensa de testemunhas e outros declarantes (artigo 353.º, n.º 2); pode vetar a leitura de certas declarações não produzidas em audiência (artigo 356.º, n.º 2, alínea b)); pode, através do seu advogado, proferir alegações finais, após o MP e antes do Arguido (artigo 360.º, n.º 1). A única divergência substancial, em termos de tramitação, entre a posição processual do Assistente e a do MP acaba por ser o regime de faltas (artigos 330.º e 331.º), que, em todo o caso, não permite chegar a qualquer conclusão acerca da relação entre estes dois sujeitos processuais, pois tal divergência assenta essencialmente nas especificidades da composição do MP, que permite a substituição de magistrados, quando tal seja necessário, e do seu papel como representante do Estado.

Em matéria de recursos, os artigos 69.º, n.º 2, alínea c), e 401.º, n.º 1, alínea b), concedem legitimidade ao Assistente para recorrer de decisões contra ele proferidas[42], mesmo quando o MP não o acompanhe. Esta possibilidade de recorrer desacompanhado do MP "reflecte a autonomia que [o Assistente] mantém em relação ao titular da acção penal"[43]. Contudo, até onde vai esta autonomia do Assistente em matéria de recursos?

À semelhança dos demais sujeitos processuais, o Assistente apenas poderá recorrer quando tenha interesse em agir – *i.e.*, quando possa obter algum *efeito útil* do recurso –, em conformidade com o disposto no artigo 401.º, n.º 2. O interesse em agir do Assistente, sendo, nalguns casos, manifesto – pense-se num despacho de não pronúncia ou numa decisão absolutória – noutros casos não será tão evidente. A propósito deste pressuposto do direito a recurso do Assistente, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem reconhecido uma amplitude significativa ao interesse em agir deste sujeito processual. No Assento n.º 8/99, foi determinado que "[o] assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio

[42] Sobre a legitimidade para recorrer do Assistente, *vide* MORÃO, Helena, "Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal – fundamento e legitimidade para recorrer", *Anatomia do Crime*, n.º 5, (janeiro-junho 2017), pp. 24-25.

[43] MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit., p. 25.

interesse em agir". Já o recente Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 2/2020, veio a fixar que "[o] assistente, ainda que desacompanhado do Ministério Público, pode recorrer para que a suspensão da execução da pena de prisão em que o arguido foi condenado fique condicionada ao pagamento, dentro de certo prazo, da indemnização que lhe foi arbitrada". Neste aresto, o Supremo Tribunal de Justiça adotou uma visão atualista do instituto da assistência, reconhecendo uma dimensão vitimológica ao processo penal, ao concluir "que a possibilidade legal de subordinar a suspensão ao cumprimento do dever de o condenado pagar, total ou parcialmente, a indemnização devida ao lesado, para além da realização de finalidades da pena, visa, sem dúvida, a protecção dos interesses deste, em ordem à reposição da situação em que se encontraria se não tivesse sido praticado o crime". Esta passagem demonstra que o Assistente tem um interesse privado no processo penal e que esse interesse privado é apto a sustentar um recurso desacompanhado pelo MP.

Quanto ao problema específico de saber se o Assistente pode recorrer de decisões que não apliquem ou revoguem medidas de coação, concordamos com a opinião que sufraga a legitimidade deste para recorrer, por dois motivos. Em primeiro lugar, a negação desse direito ao Assistente deixaria este desamparado contra uma eventual revitimização, o que redundaria numa inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso aos tribunais e do direito a participar no processo penal, consagrados, respetivamente, nos artigos 20.º, n.º 1, e 32.º, n.º 7, da CRP[44]. Em segundo lugar, não cremos que o teor do artigo 219.º, n.º 1, obste verdadeiramente a este entendimento. O referido preceito dispõe que "[d]a decisão que aplicar, substituir ou mantiver medidas previstas no presente título, cabe recurso a interpor pelo arguido ou pelo Ministério Público". Ora, esta norma não determina a irrecorribilidade da decisão que indeferir, revogar ou declarar extinta uma medida de coação, pelo que será de aplicar a regra geral da recorribilidade das decisões, estabelecida pelo artigo 399.º. A única questão que se colocaria seria a legitimidade do Assistente, que, parece-nos, se verifica sempre que haja um risco de revitimização que possa ser mitigado ou eliminado por uma medida de coação[45].

Esta tendência expansiva do interesse em agir do Assistente, comum à doutrina e à jurisprudência, leva-nos a concluir que, também neste ponto, não há qualquer subordinação do Assistente perante o MP.

O processo sumaríssimo, por seu turno, suscita um problema relevante quanto à intervenção do Assistente nesta forma de processo. O processo sumaríssimo consiste

[44] Neste sentido, MORÃO, "Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal", cit., p. 26; MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit., pp. 116-117.

[45] A favor da legitimidade do Assistente para recorrer, MORÃO, "Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal", cit., p. 26; MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit., pp. 82 e ss.; PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit., pp. 222-225. Contra, invocando a posição processual do Assistente de colaborador subordinado do MP, DA SILVA HENRIQUES GASPAR *et al*., *Código de Processo Penal*, cit., p. 847. Conforme temos vindo a defender, não cremos que esta qualificação possa ser aceite e, como tal, soçobra o fundamento para negar *a priori* a legitimidade do Assistente para recorrer de uma decisão de não aplicação de uma medida de coação.

numa forma de processo baseada no consenso e na celeridade[46], cujas principais características são a concordância do MP, do Arguido e do juiz na espécie e medida da sanção a aplicar e, em virtude dessa concordância sobre a sanção, a irrecorribilidade do despacho que a aplica. Contudo, o Assistente não tem qualquer campo de intervenção nesta forma de processo, salvo no caso dos crimes particulares, em que o artigo 392.º, n.º 2, impõe a concordância do Assistente para a aplicação da sanção em processo sumaríssimo. Com efeito, sendo o despacho que aplica a sanção irrecorrível, por força do artigo 397.º, n.º 2, o Assistente não tem qualquer meio processual para intervir nesta forma de processo e de conformar a tramitação da mesma, não obstante poder discordar da aplicação de uma medida não privativa da liberdade ao Arguido. Será esta ausência de meios de reação aceitável? Por um lado, poder-se-ia argumentar que, ao contrário do que sucede com a suspensão provisória do processo, no processo sumaríssimo a ação penal é exercida, pois é efetivamente aplicada uma sanção, e que o que está em causa é apenas a espécie de pena aplicável (privativa da liberdade ou não privativa da liberdade), o que pode ser deixado ao critério do MP, à semelhança do que sucede nos casos em que este exerce a faculdade do artigo 16.º, n.º 3. Porém, não podemos aceitar esta argumentação, pois deixaria o Assistente sem uma tutela efetiva naqueles casos em que tenha um interesse na aplicação de uma medida privativa da liberdade e, por de mais, representa uma solução incongruente com o reconhecimento da possibilidade de o Assistente recorrer quanto à espécie e medida da pena "quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir"[47]. Também não se pode extrair um argumento *a simile* do artigo 16.º, n.º 3, na medida em que, nesses casos, está apenas em causa uma limitação do *quantum* da pena – o que se admite poder ser subtraído à reação do Assistente – e não uma limitação à sua *espécie*, como acontece no processo sumaríssimo. Nestes termos, cremos que os direitos a uma tutela jurisdicional efetiva e à intervenção do ofendido no processo penal impõe que o Assistente possa recorrer do despacho que aplica a sanção ao Arguido, com base no mesmo fundamento que permite ao juiz rejeitar o requerimento do MP para aplicação do processo sumaríssimo, ou seja, "[q]uando entender que a sanção proposta é manifestamente insusceptível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição" (artigo 395.º, n.º 1, alínea c)). Assim, cremos que *o n.º 2 do artigo 397.º padece de uma inconstitucionalidade material, quando interpretado no sentido de o Assistente não poder recorrer com fundamento na manifesta insuscetibilidade da espécie ou medida da sanção realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição*, pois tal interpretação redundaria numa violação dos direitos fundamentais a uma tutela jurisdicional efetiva e à intervenção do ofendido no processo penal, consagrados, respetivamente, nos artigos 20.º, n.º 1, e 32.º, n.º 7, da CRP[48].

[46] MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Processual Português*, vol. 3, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 403-404.

[47] Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/99.

[48] Poder-se-ia equacionar se a inconstitucionalidade não reside, em rigor, na falta de intervenção do Assistente no processo sumaríssimo, isto é, se o artigo 392.º, n.º 2, não deveria ser aplicado a todos os crimes, independentemente da sua natureza. Cremos que a inconstitucionalidade poderia ser sanada, quer prevendo a intervenção do Assistente quanto a todos os crimes, quer concedendo-lhe um meio de reação. Porém,

Impõe-se também uma palavra ao nível da intervenção do Assistente no contexto das medidas de diversão processual. De acordo com o n.º 1 do artigo 281.º, a iniciativa para a suspensão provisória do processo pode partir do Assistente e, de acordo com a alínea a), a concordância deste é um dos pressupostos para a aplicação dessa medidam porquanto estamos perante mais um caso em que o Assistente pode condicionar o (não) exercício da ação penal, sugerindo a aplicação da medida ao MP ou opondo-se à mesma e forçando à dedução de uma acusação contrao Arguido.

Em face do que se tem vindo a expor, no limite – e uma teoria jurídica deve conseguir manter-se consistente até nas situações limite –, o MP pode omitir a realização de diligências de prova, arquivar o inquérito, alegar em audiência de julgamento a favor do Arguido, recorrer no exclusivo interesse deste e, ainda assim, transitar em julgado uma decisão condenatória, apenas em virtude dos impulsos processuais do Assistente. Não cremos que tal possibilidade, ainda que remota, seja compatível com uma relação de colaboração necessária, e muito menos com uma relação de subordinação.

Poder-se-ia contra-argumentar que a nossa conclusão partiu de premissas erradas, alegando que as noções de "colaboração" e de "subordinação" adotadas são próprias do processo civil e insuscetíveis de importação para o processo penal, que a "colaboração" e a "subordinação" a que se refere o artigo 69.º, n.º 1, do CPP tem um sentido diverso e próprio do processo penal. Todavia, este argumento apresenta duas fragilidades: por um lado, desvaloriza precipitadamente a larga coincidência linguística entre as disposições do CPP e as do CPC, que, por sinal, é direito subsidiário do primeiro; por outro, como vimos, não é possível reconstituir um outro sentido verdadeiramente útil de "colaboração" ou de "subordinação" a partir das coordenadas legais vigentes.

Contudo, há um contra-argumento que merece um escrutínio mais aprofundado: a Lei n.º 43/86, que concedeu ao Governo autorização para aprovar o atual CPP, ao definir o sentido e a extensão da autorização legislativa, determinou, por um lado, que deveria ser fixada a "competência exclusiva do Ministério Público para promover o processo penal, ressalvado o regime dos crimes semipúblicos e particulares" e, por outro, a "[s]ubordinação estrita da intervenção processual dos assistentes, salvo nos crimes particulares e semipúblicos, à actuação do Ministério Público, sem prejuízo do direito de recorrerem autonomamente das decisões que os afectem", conforme se pode ler, respetivamente, nas alíneas 7) e 11) do n.º 2 do artigo 2.º do referido diploma. Também relevante é a alínea 52) do mesmo preceito, que prevê a possibilidade de o assistente, no caso de o MP se decidir pela não acusação, solicitar, a abertura da instrução.

Daqui parece decorrer que a intervenção processual autónoma não subordinada dos Assistentes deveria restringir-se aos crimes semipúblicos e particulares, ao direito de recorrer autonomamente e à abertura da instrução em caso de arquivamento. Parece, portanto, que a acusação vinculada com uma qualificação jurídica diversa ou o requerimento para a abertura da instrução para ampliar o objeto do processo estão para

deve preferir-se a via de "acrescentar" um meio de reação, interpretando restritivamente o 397.º, n.º 2, à via de "acrescentar" um pressuposto processual, interpretando restritivamente o artigo 392.º, n.º 2, pois esta descaracteriza de maneira mais grave do que aquela a forma de processo sumaríssimo, que se baseia (também) na celeridade.

além do sentido e da extensão da autorização legislativa e, por isso, que as normas do CPP que admitem estes atos seriam organicamente inconstitucionais, por excederem o perímetro traçado pela Lei n.º 43/86 e, por isso, violarem a reserva relativa da Assmbleia da República sobre matéria processual penal, prevista no artgi 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP.

Do lado oposto, poder-se-ia questionar a conformidade constitucional da própria Lei n.º 43/86, por representar uma restrição excessiva do direito do ofendido a intervir no processo, previsto no artigo 32.º, n.º 7, da CRP.

Assim, apresentam-se duas hipóteses: ou o regime jurídico do CPP aplicável ao Assistente é ilegal, por violar o sentido da autorização legislativa, ou a lei de autorização legislativa é inconstitucional, por violar o direito fundamental do ofendido intervir no processo penal.

Da nossa parte, cremos que é correta a hipótese da inconstitucionalidade da lei de autorização legislativa. Senão vejamos, o artigo 32.º, n.º 7, da CRP estatui que "[o] ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei". Esta garantia tem como teleologia permitir que a vítima de um crime realize o seu interesse na punição do seu agente. Assim, não obstante o legislador ordinário ter uma larga margem de conformação sobre a forma como o ofendido pode intervir no processo penal, está-lhe vedado privar o ofendido de meios para efetivar o seu interesse processual na efetivação da responsabilidade criminal do Arguido, o que passa inevitavelmente pelo *exercício, em termos materiais, da ação penal* pelo Assistente, sob pena de esvaziar esse direito fundamental do seu conteúdo essencial[49]. Este, aliás, parecer ser o sentido da jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, quando assevera que:

> "Ora, a remissão para a lei, constante do n.º 7 do artigo 32º, sendo compreensível, tendo em conta a particular ordenação do processo penal e as suas especiais características, não pode ser interpretada como permitindo privar o ofendido daqueles poderes processuais que se revelam decisivos para a defesa dos seus interesses – *o poder de acusar* e o poder de recorrer da sentença absolutória ou da sentença que entenda não fazer actuar o poder punitivo do Estado de forma minimamente satisfatória."[50]

Logo, ao pretender que a atividade do Assistente seja subordinada à atividade do MP e ao atribuir o monopólio da ação penal a este, a lei de autorização legislativa mostra-se excessivamente limitativa de direitos processuais fundamentais, por não permitir ao Assistente o exercício, em termos materiais, da ação penal, o que impediria a prossecução do seu interesse processual na efetivação da responsabilidade criminal

[49] Neste sentido, GOMES CANOTILHO, J. J., VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 523-524: "Este reenvio para a lei não pode, porém, interpretar-se no sentido de uma completa liberdade de conformação do legislador dos poderes processuais do ofendido".

[50] Voto de vencido Juiz Conselheiro Luís Nunes de Almeida no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/01, de 9 de maio, cuja fundamentação viria a ser acolhida no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/03, de 14 de outubro, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, itálico nosso.

do agente do crime. Consequentemente, o CPP não padece de qualquer ilegalidade, na medida em que as normas que definem o sentido e a extensão da autorização legislativa, no que tange à posição processual do Assistente, são supervenientemente inconstitucionais[51], por violação do artigo 32.º, n.º 7, da CRP, e, por isso, inválidas, por força do artigo 3.º, n.º 3, da Lei Fundamental.

Quanto ao estatuto do Assistente enquanto colaborador do MP, sendo certo que este será o papel mais frequente daquele, não se pode, todavia, falar numa relação de colaboração *necessária* quando, cada vez mais, se reconhece que a intervenção do Assistente no processo penal funciona como "um «mecanismo» processual que contribui para [...] um efectivo e eficaz controlo sobre a actividade do Ministério Público"[52]. Da nossa parte, cremos que a colaboração não pode coexistir com o controlo, pois aquela pressupõe convergência e este implica divergência, pois se não há dissenso, não há necessidade (ou sequer oportunidade) para exercer controlo, pelo que este nunca teria um pretexto para ser efetivado.

Porquanto, parece-nos demonstrado à saciedade que o Assistente não é um colaborador subordinado do MP.

III. A Cotitularidade da Ação Penal

Ao desconstruirmos o mito do colaborador subordinado, temos vindo, a par e passo, a assinalar e descrever os vários direitos processuais no arsenal do Assistente, contextualizando-os no quadro da ação penal.

Chegados aqui, estamos em condições de afirmar que o Assistente é um *cotitular da ação penal*[53], concorrendo com o MP para a efetivação da responsabilidade penal do agente do crime. Com efeito, tendo em conta que, como já referimos, é legalmente possível chegar a uma condenação apenas com base nos impulsos processuais do Assistente – ainda que judicialmente validados –, rejeitar esta cotitularidade implicaria necessariamente admitir que é possível obter uma condenação sem que seja exercida a ação penal ou que esta foi exercida por um sujeito que não é o seu titular. Não nos parece, todavia, que tal admissão seja compatível com a estrutura acusatória do processo, imposta pelo artigo 32.º, n.º 5 da Constituição, pois esta pressupõe uma separação entre a atividade de acusar e a atividade de julgar[54] e, como tal, pressupõe igualmente a coexistência dessas duas atividades. Com efeito, apenas pode estar separado aquilo que existe.

---

[51] Recordamos que o aditamento do n.º 7 ao artigo 32.º da CRP foi posterior à aprovação da Lei n.º 43/86. Sobre os efeitos das inconstitucionalidades supervenientes, *vide*, por todos, GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1013.

[52] DAMIÃO DA CUNHA, "A participação dos particulares no exercício da acção penal", cit., p. 628. No mesmo sentido, DÁ MESQUITA, *Processo Penal*, cit., p. 137; MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit., pp. 14-15.

[53] Esta expressão é empregue, de forma crítica, por Maia Costa em DA SILVA HENRIQUES GASPAR *et al*., *Código de Processo Penal*, cit., p. 802.

[54] Sobre o princípio do acusatório, veja-se, por todos, DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 136-138.

Esta asserção justifica, porém, algumas precisões.

Em primeiro lugar, conforme avisa Germano Marques da Silva, "[n]ão é unívoco o conceito de *ação penal*"[55]. Cumpre, portanto, fornecer um conceito operativo de "ação penal", que seja congruente com o emprego do termo pela lei processual penal. A nosso ver, e para os efeitos desta investigação, a ação penal compreende *o conjunto de atos processuais tendentes a efetivar uma pretensão punitiva, de acordo com o Direito Penal substantivo*. Decompondo esta definição, estamos perante (*i*) "um conjunto de atos processuais", pois o exercício da ação penal corresponde a uma atividade complexa, praticada no contexto de um processo penal, através de atos jurídicos que produzem efeitos jurídico-processuais; (*ii*) "tendentes a efetivar uma pretensão punitiva", pois a ação penal está finalisticamente orientada para a aplicação de uma pena ou de uma medida de diversão processual[56]; e (*iii*) "de acordo com o Direito Penal substantivo", pois a pretensão punitiva encontra o seu fundamento e os seus limites no Direito Penal substantivo e não noutros ramos do Direito que também possam dar origem a pretensões punitivas, como o Direito Contraordenacional ou o Direito Disciplinar. Nesta medida, será *titular* da ação penal o sujeito a quem a lei confere a *competência* para a prática dos atos processuais tendentes à efetivação de uma pretensão punitiva, e estaremos perante uma situação de *cotitularidade* quando a lei conceda *competências concorrentes* para a prática dessa espécie de atos processuais, como sucede com o MP e o Assistente. Esta cotitularidade pode ser, e na maior parte dos casos será, concertada, mantendo-se um alinhamento do interesse do Assistente e do interesse público prosseguido pelo MP durante todo o processo, no entanto, como em qualquer outro caso de cotitularidade de posições jurídicas, podem emergir focos de discordância entre os cotitulares que têm de ser dirimidos e para os quais a lei prevê os meios de reação que temos vindo a identificar – acusação vinculada, abertura da instrução, recurso.

Em segundo lugar, a *cotitularidade da ação penal* não significa *paridade ou identidade plena no exercício da ação penal*[57]. O MP mantém a *primazia* dos impulsos processuais tendentes ao exercício da ação penal, o que é evidenciado no facto de a ação penal do Assistente ser exercida de um modo tendencialmente *reativo*, isto é, através de acusações vinculadas e de requerimentos para a abertura da instrução. Neste último caso, o exercício da ação penal está sujeito ao crivo do Juiz de Intrução, que decidirá se a ação penal pode avançar para julgamento nos moldes propostos pelo Assistente. Esta validação judicial não significa que o Juiz de Instrução, nesses casos, exerça a ação penal, pois a decisão de pronúncia encontra-se balizada pelo objeto do processo tal como o mesmo é definido no requerimento para a abertura da instrução, por força do disposto no artigo 309, n.º 1, do CPP. Além disso, o MP mantém prerrogativas processuais que estão fora do alcance do Assistente, como a possibilidade de ordenar autonomamente a realização de diligências de prova e de requerer a aplicação de medidas de coação e de garantia patrimonial, bem

[55] MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal*, cit., p. 250, itálico no original.

[56] Relacionando o fim do processo penal com a ideia de "pretensão punitiva", DAMIÃO DA CUNHA, *O Caso Julgado Parcial*..., p. 115.

[57] Em sentido próximo, referindo a ausência de uma "parificação" entre o Assistente e os demais sujeitos processuais, DAMIÃO DA CUNHA, "A participação dos particulares no exercício da acção penal", cit., p. 629.

como a faculdade de determinar a competência do Tribunal singular, nos casos em que o MP entenda que não deve ser alicada em concreto uma pena de prisão superior a 5 anos, ao abrigo do artigo 16.º, n.º 3, e a circunstância de a confirmação da acusação do MP (e não do Assistente) pelo despacho de pronúncia, à luz da regra da dupla conforme, determinar a irrecorribilidade deste, segundo o artigo 310.º, n.º 1.

Em terceiro lugar, trata-se de uma cotitularidade *eventual*, pois nem todos os processos admitem a constituição de Assistente, nomeadamente por não haver um ofendido – pense-se no crime de corrupção de eleitor – ou pelo ofendido (ou outrem a quem assita tal faculdade) não se ter constituído Assistente. Nesses processos o MP será, evidentemente, o único titular da ação penal. No entanto, tal não invalida o que temos vindo a defender: sempre que se constitua um Assistente a ação penal passará a ser cotitulada.

Uma primeira objeção a esta tese – avançada por Maia Costa – seria que a elevação do Arguido a cotitular da ação penal redundaria numa violação do artigo 219.º, n.º 1, da CRP, que comete ao MP o exercício da ação penal[58]. Discordamos: nada no artigo 219.º, n.º 1, da CRP sugere que o MP detém um *monopólio* sobre a ação penal, apenas que o exercício da mesma lhe "compete", da mesma forma que "compete" ao Governo, nos termos do artigo 198.º, n.º 1, alínea a), da CRP, legislar sobre matérias não reservadas à Assembleia da República, sem que isso exclua a competência legislativa desta[59]. Aliás, nestes casos fala-se precisamente de uma "concorrência" entre Assembleia da República e Governo[60]. Tal significa que a possibilidade de a ação penal ser exercida de forma concorrente não está liminarmente excluída pelo teor do referido preceito constitucional. Além disso, se a lógica do monopólio do MP sobre a ação penal fosse levada às suas últimas consequências, ter-se-ia de concluir pela inconstitucionalidade do regime processual dos crimes particulares, pois nos crimes dessa natureza o exercício da ação penal compete exclusivamente ao Assistente. De outra banda, o artigo 219.º, n.º 1, da CRP tem de ser compatibilizado com outras normas fundamentais. Em primeiro lugar, tem de ser compatibilizado com o artigo 32.º, n.º 7, da Lei Fundamental, que consagra o direito de intervenção do ofendido no processo penal donde resulta, a nosso ver, que o Assistente deve poder assumir a cotitularidade da ação penal, pois é apenas através dessa cotitularidade que a intervenção do ofendido se pode tornar plenamente efetiva. Em segundo lugar, tem de ser compatibilizado com o artigo 52.º, n.º 3, alínea a) da CRP, que estabelece o direito de "[p]romover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural", ou seja, o direito de exercer o direito de ação

[58] DA SILVA HENRIQUES GASPAR *et al*., *Código de Processo Penal*, cit., p. 802.

[59] Cumpre esclarecer que a posição assumida não implica que se admita a possibilidade de o legislador ordinário cometer o exercício da ação penal a outras entidades públicas, por exemplo, ao Ministério da Justiça. Cremos que tal está constitucionalmente vedado por corresponder a perversão da arquitetura dos poderes públicos desenhada pela Constituição e, no limite, poderia representar uma forma de erosão da própria autonomia do Ministério Público. Mas nada disso é posto em causa pela intervenção do Assistente, que é um particular (ou pelo menos atua enquanto tal) e cujo direito de intervenção no processo penal está também constitucionalmente previsto.

[60] Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 795.

popular penal, que, por sua vez, é concretizado na legislação ordinária pelo artigo 25.º da Lei de Ação Popular.

Uma segunda objeção poderia passar pela falta de capacidade funcional ou uma excessiva parcialidade do Assistente para assumir o papel de cotitular da ação[61]. Porém, tendo em conta que o Assistente deve obrigatoriamente ser representado por Advogado, esta objeção é mitigada, pois o representante do Assistente deverá assegurar a correta condução do processo. Concretamente, é um dever deontológico do Advogado, previsto no artigo 90.º, n.º 2, alínea a), do Estatuto da Ordem dos Advogados, "[n]ão advogar contra o direito, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correta aplicação de lei ou a descoberta da verdade". A violação deste dever é passível de gerar responsabilidade disciplinar, nos termos do artigo 115.º, n.º 1, do aludido Estatuto, pelo que, ainda que não seja possível eliminar o risco de a intervenção do Assistente entorpecer o processo penal – afinal, não se pode assumir que a existência de um dever implica sempre o seu cumprimento –, a ameaça de sanção disciplinar que impende sobre o Advogado permite diminuir esse risco para níveis comunitariamente aceitáveis.

A tudo isto acresce que a qualificação do Assistente como cotitular da ação penal, além de ser sistematicamente mais coerente do que a ideia do colaborador subordinado, encerra uma outra virtualidade importante: coloca em evidência a diferença fundamental entre este e a Vítima, prevista no artigo 67.º-A[62]. Com efeito, ao reconhecer que o Assistente concorre no exercício a ação penal, reconhecemos que este tem um papel proativo na *prossecução do agente do crime*, por oposição à Vítima, que tem um papel essencialmente passivo[63] ou, por outras palavras, é *beneficiária de proteção do agente do crime*. Esta asserção é corroborada, desde logo, pela circunstância de a lei distinguir entre Vítima e Vítima *especialmente* vulnerável, definida na alínea b), do n.º 1, do artigo 67.º-A, o que indica, a nosso ver, que todas as Vítimas são, pelo menos, *genericamente* vulneráveis e, como tal, coloca o acento tónico na necessidade de proteção das mesmas. Já a figura do Assistente é cunhada, como temos vindo a demonstrar, pela promoção da punição do agente. Estamos, por isso, perante duas faces da mesma moeda, o estatuto da Vítima "defende", enquanto o estatuto do Assistente permite "ripostar".

A conclusão a que chegámos é, certamente, contrária ao saber convencionado e ao desiderato do legislador de 1945 quando transformou a "parte acusadora" no Assistente[64], mas a amplitude de atuação inerente ao estatuto do Assistente é incontornável

[61] Esta objeção é referida, mas não acompanhada, por MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal*, cit., p. 279.

[62] Aditado pela Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, que transpôs a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

[63] Em rigor, o artigo 67.º-A, n.º 5, permite que a Vítima colabore com o Ministério Público, prestando informações e facultando provas, pelo que apenas podemos falar de um papel passivo em termos tendenciais ou em termos do centro de gravidade da figura, que corresponde ao direito à proteção e às condições de prevenção da vitimização secundária, estabelecidos, respetivamente, nos artigos 15.º e 17.º da Lei n.º 130/2015.

[64] Pode ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35:007: "O exercício da acção penal pertence ao Ministério Público como órgão do Estado e por isso os particulares podem, nos termos que a lei determina, colaborar

e há muito que ultrapassou o objetivo – ele próprio ultrapassado[65] – de dar às autoridades públicas o monopólio da ação penal.

Significa isto a transformação do processo penal num processo de partes? A repristinação da figura da "parte acusadora"? Não vamos tão longe: o reconhecimento da cotitularidade da ação penal não significa ressuscitar a *vindicta* privada e muito menos que o MP se demita do processo ou que seja substituído pelo Assistente. O MP mantém o seu dever de exercer as funções de garante da legalidade democrática, mesmo contra o cotitular da ação penal e a favor do Arguido. Aliás, tal como é reconhecido ao Assistente um papel de controlo da atuação do MP, também ao MP deve ser reconhecido um papel de controlo da atuação do Assistente e, através destes *checks and balances* processuais, é que se poderá chegar a uma correta aplicação do Direito Penal substantivo e à realização dos fins do processo penal.

Conclusões

1.ª A descaracterização da figura do Assistente impõe um esclarecimento do seu papel atual no processo penal português.

2.ª Deve acolher-se um conceito restritivo alargado de ofendido, que admita a legitimidade para a constituição de assistente sempre que o crime em causa afete diretamente interesses de titularidade individual.

3.ª "Colaboração", no âmbito do Direito Processual, deve ser entendida como a prossecução de interesses interligados, que se satisfazem em simultâneo com o desfecho favorável do processo.

4.ª "Subordinação", no âmbito do Direito Processual, deve ser entendida como uma relação em que o sujeito subordinado não pode suprir, nem contrariar os atos processuais do sujeito subordinante.

5.ª Não se pode entender, atualmente, o Assistente como um colaborador subordinado do MP, pois o Direito Processual Penal admite dissonâncias na atuação processual do Assistente e do MP e meios para as dirimir, que não implicam necessariamente a prevalência da posição do MP.

6.ª A ação penal compreende o conjunto de atos processuais tendentes a efetivar uma pretensão punitiva, de acordo com o Direito Penal substantivo.

7.ª O Assistente deve ser visto como um cotitular eventual da ação penal.

8.ª A distinção fundamental entre o Assistente e a Vítima corresponde ao papel proativo na prossecução do agente do crime do primeiro e ao papel de beneficiária de proteção da segunda.

---

no exercício da acção penal pelo Ministério Público, mas não exercê-la como direito próprio O direito não legítima a vingança privada."

[65] A doutrina nacional, na esteira dos avanços nos estudos vitimológicos, há muito que vem defendendo a pertinência da participação da vítima no processo penal. Neste sentido SILVA DIAS, "A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente", cit., pp. 57-58; NOVERSA LOUREIRO, "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente", cit., pp. 190-194; MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção*, cit., pp. 8-9. Por seu turno, a jurisprudência nacional parece ter vindo a acompanhar esta tendência, como atesta o acórdão do Suprmeo Tribunal de Justiça de 20 de novembro de 2014 (Raul Borges), proferido no processo 87/14.9YFLSB.

ÉTICA E ESTÉTICA
A ESTÉTICA DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Germano Marques da Silva[*]

SUMÁRIO: Introdução; I. A ética e estética do processo penal; II. A presunção de inocência e a independência e imparcialidade do juiz; 1. A presunção de inocência; 2. A independência dos tribunais e a imparcialidade dos juízes; III. A legalidade da prova. A prova obtida ilicitamente por particulares. A prova indireta; IV. O processo preliminar; 1. O Inquérito; 2. A Instrução; V. O julgamento: oralidade, participação do arguido e publicidade; VI. Os recursos. Conclusão**.**

Introdução

1. O tema da "ética e estética do processo penal" foi gizado para dois artigos que se complementam: um para o livro em memória do saudoso Colega e Amigo Doutor Augusto Silva Dias e o outro e para participar na edição comemorativa dos 80 anos da Revista da Ordem dos Advogados. Dada a limitação de espaço imposta para cada um dos artigos, este tem como objeto específico os aspetos estruturais do processo penal, do justo processo ou processo equitativo, e o destinado à Revista[1] o cumprimento por parte de todos os intervenientes processuais, especialmente os sujeitos institucionais, das normas do justo processo, ou seja, da estética do procedimento que a estrutura do justo processo impõe[2].

2. As minhas relações com o saudoso homenageado ocorreram no âmbito de diversos cursos de pós-graduação que organizou na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a minha *alma mater*, nos quais participei por seu gentil convite, e essas ocasiões permitiram-me aprofundar as suas ideias que já apreciava, mas só conhecia da sua bibliografia e da participação nos júris do seu doutoramento e nas suas Provas de Agregação.

---

[*] Professor da Universidade Católica Portuguesa

[1] A publicar na Revista da Ordem dos Advogados, Vol. III-IV 2020, com o título "ÉTICA E ESTÉTICA DO PROCESSO PENAL / À estética do processo penal democrático deve corresponder uma praxe congruente com as normas que o organizam".

[2] Entretanto, correspondendo a solicitações pontuais, publiquei, no contexto dos problemas surgidos no Tribunal da Relação de Lisboa, sob o título "Ética e estética judiciária / A imparcialidade dos juízes é de natureza ética", um breve artigo sobre a imparcialidade dos juízes (está no sítio do Forum Penal, março de 2020), e depois, na conjuntura da crise pandémica COVID-19, publiquei também um artigo com o título "Ética e estética do processo penal em tempo de crise pandémica" em que tratei algumas questões suscitadas pelas leis de emergência determinadas pela pandemia (Revista do Ministério Público – Número Especial COVID-19 – 2020).

A recordação dessas conversas convence-me que o Doutor Augusto ficaria e ficará contente com o tema que escolhi para o homenagear: "*Ética e Estética / A estética do processo penal democrático*" é o título do artigo.

3. O "processo penal democrático" também designado por "justo processo", "processo equitativo"[3] e por "devido processo penal"[4], é um conceito elaborado pela doutrina e depois adotado pelos textos legais. Corresponde ao que a doutrina entende como essencial para que pela sua aplicação possa alcançar-se a realização da justiça, respeitando a dignidade do arguido: imparcialidade do julgador, sujeição à legalidade, presunção de inocência, publicidade, estrutura acusatória e contraditório sobre a prova, participação constitutiva do acusado, direito de defesa e de recurso. Valiosos os princípios[5], adequada a sequenciação dos atos processuais, bela a estrutura, estético, por isso, ao revelar uma racionalidade ajustada ao ideal democrático que o processo penal deve prosseguir: a realização da justiça por meios equitativos[6].

É comummente aceite que o Código de Processo Penal português consagra um processo justo. Como veremos na sequência, o texto original tem sido adulterado e há agora, tanto nos textos avulsos que integram o direito processo penal português quanto na interpretação do Código e das leis avulsas, distorções que o corrompem. São sobretudo essas distorções que analisaremos de seguida, sempre na esperança de contribuirmos para a realização da justiça mesmo se os textos legais e o ambiente social a dificultam.

Neste dealbar do pós-modernismo, o suspeito/arguido tem vindo progressivamente a ser tratado como inimigo da sociedade, numa linguagem de estilo militar que concebe o processo penal como um instrumento de guerra[7] ao serviço da segurança do coletivo,

[3] Importa desde já traçar a diferença entre a equidade (art. 4º do CCivil) e processo equitativo: aquela é o critério, o fundamento material da decisão, este respeita às regras do procedimento que corresponde ao *due process of law*, na forma da jurisprudência norte-americana, envolvendo como aspetos fundamentais a posição processual do arguido, do acusador e do juiz e a lealdade do procedimento. SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português*, I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, nº 14, p. 45 ss.

[4] GIACOMOLI, Nereu José, *O Devido Processo Penal,* São Paulo, Atlas, 2014.

[5] DANIEL, Julie, «Les príncipes généraux du droit en droit penal», Silvie Caudal, (dir), *Les Principes en Droit,* Paris, Económica, 2008, p. 275 ss; CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

[6] Meios que assegurem ao arguido todas as garantias de defesa no quadro dos princípios estabelecidos por lei (art. 32º, nº1, da CRP).

[7] A guerra ao crime foi proclamada por Bush na sequência do ataque terrorista em 11 de setembro de 2001. É o direito penal do inimigo teorizado por JAKOBS; o direito penal, o processo penal e a prevenção criminal são meros instrumentos na luta contra a criminalidade, porque agora é sobretudo o crime que conta e de que é preciso proteger a sociedade. É o direito penal inspirado e contaminado pelo discurso da guerra, «guerra contra o terrorismo», mas também «guerra contra a droga», «guerra contra a pedofilia», «guerra contra a corrupção», enfim «guerra contra a criminalidade» a legitimar um grau superior de violência e desprezo pelo Direito, a manipular a opinião pública e a promover uma visão simplista do mundo, a fazer do Direito uma arma, uma arma dissuasiva e não um meio de assegurar a paz civil. Neste contexto, a própria ideia de prevenção que a pena deve cumprir, limitada embora e sempre pela culpa do agente, é substituída pela ideia de preempção, lançada por Alan Dershowitz em 2006, a justificar a política de Bush,

e não como instrumento de paz, em que o arguido perde a centralidade do processo e das garantias que foram conquista da modernidade, sobretudo depois da 2ª Guerra Mundial, passando a ser o inimigo a abater. Já antes do 25 de Abril o Prof. Figueiredo Dias ensinava que a conceção moderna do processo tem por base a ideia de que é o «indivíduo autónomo, dotado dos seus direitos naturais originários e inalienáveis»[8], que deve estar no centro das considerações, o que implicava ter de estabelecer-se uma ordenação limitadora do poder do Estado para que este não aniquilasse a liberdade individual ou a personalidade ética do suspeito/arguido[9]. Impulsionada, porém, por um certo populismo e economicismo tem-se vindo a assistir um pouco por toda a parte, e também entre nós, à degradação dos ideais que inspiraram as constituições penais modernas, como a portuguesa, e os textos de direito internacional de proteção dos direitos das pessoas; importa é combater o crime, não olhando a meios nem à dignidade das pessoas, sempre que possível pelos meios mais económicos e com o confisco[10] de bens como receita do Estado[11]. E se o legislador, limitado pela Constituição, vai titubeando e resistindo a esta onda guerreira, não faltam os "generais" e os seus "soldados" para imporem a interpretação e aplicação musculada das leis, ou seja, uma interpretação e aplicação de inspiração totalitária, consciente ou inconscientemente reclamada pela opinião pública mediatizada.

4. Quer a Constituição da República Portuguesa quer o Código de Processo Penal português consagram no essencial as garantias que permitem classificar esses textos como dispondo um processo justo (arts 32º, 203º e 206º da CRP e 2º, 86º e 125º do CPP). Não podemos analisar cada um destes institutos, que o espaço não permite, e por isso vamos limitar-nos a tratar mais de perto a presunção de inocência, a independência e imparcialidade dos juízes, a legalidade da prova, o processo preliminar e os recursos. De passagem referir-nos-emos aos demais, mas desde já convém destacar, pela sua relevância frequentemente esquecida na prática[12], que o processo penal português

e que significa a guerra à criminalidade, pelo emprego de meios de defesa preventivos, ainda que com desprezo dos princípios que constituem a essência do ideal democrático e do Estado de Direito, como o uso de meios cada vez mais violentos, a que não escapa sequer o retorno à tortura, o afastamento da presunção de inocência, as garantias processuais de defesa do arguido, etc. A guerra é sempre estúpida: mata sobretudo os inocentes, poupa os generais!

[8] DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1º vol, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 64.

[9] RODRIGUES, Cunha, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.357; GABORIAU, Simone, «Le respect de la dignité dans les pratiques judiciaires», *Justice, éthique et dignité*, Limoges: Presses Universitaires de Limoges, s/d,.

[10] Cf. Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro com alterações posteriores, sendo a última pela Lei nº 30/2017, de 30 de junho.

[11] É elucidativo desta tendência e preocupação o destaque dado pelas autoridades judiciárias ao volume de bens apreendidos nos processos de criminalidade organizada (Relatório Anual do Ministério Público, relativo ao ano de 2019).

[12] *V.g.*, omitindo de facto o disposto no nº 1 do art. 302º com a simples indicação sumaríssima de que tudo ou nada é controverso e sem qualquer apreciação da prova produzida e aceitando que o uso da palavra para síntese das conclusões (nº 4 do art. 302º) seja substituído por exposições escritas sem limite e sem atender à exposição do juiz a que se refere o nº 1. É também o princípio da oralidade que é característica

obedece ao princípio da legalidade e que o modelo consagrado no Código e leis que o complementam, interpretadas à luz da Constituição processual penal, conformam o modo de ser do processo penal e a atuação dos sujeitos processuais[13].

I. Ética e Estética do processo penal

1. O processo penal é uma sequência de atos juridicamente preordenados e praticados por pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime, na definição do art. 1º, nº 1, al. a) do Código de Processo Penal, e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação. Nesta definição abrangem-se dois hemisférios ou perspetivas: uma estática e outra dinâmica. Na perspetiva estática traçam-se os grandes quadros em que decorre toda a atividade processual (Direito Processual Penal), procura-se descobrir o condicionamento de toda essa atividade; na dinâmica deixa de olhar-se os atos processuais em abstrato para vê-los como aparecem na vida de um processo em concreto, formando aquele suceder de atividades em que o processo materialmente consiste (comportamento dos sujeitos e demais intervenientes processuais).

A estética do processo penal é a categoria que denota a forma do rito judiciário que responda aos cânones do justo processo, princípios consagrados pela doutrina como constitutivos do Estado de direito democrático e disposição da sequência dos atos processuais em termos adequados à realização da justiça do caso. Valiosos os princípios, adequada a sequenciação dos atos processuais, congruência da praxe com as normas, bela a estrutura, estético, por isso, ao revelar uma racionalidade ajustada ao ideal democrático[14] que o processo penal deve prosseguir: conformar e disciplinar o exercício dos poderes das autoridades judiciárias, órgãos de polícia criminal, demais sujeitos processuais e intervenientes na realização da justiça do caso objeto do processo penal[15].

---

do processo de estrutura acusatória seja subvertido. (*infra*, IV, 2)

[13] FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, vol. II (reimpressão das lições de 1954-1955), Lisboa: Universidade Católica, 1981, p. 152; GIACOMOLI, Nereu José, *O Devido Processo Penal,* São Paulo: Atlas, 2014, p. 78. Cf. também o nosso "ÉTICA E ESTÉTICA DO PROCESSO PENAL / À estética do processo penal democrático deve corresponder uma praxe congruente com as normas que o organizam", *loc. cit*.

[14] TALON-HUGON, Carole, *L'Esthétique*, 5ª ed., Paris: Que sais-je?, 2018, p.114: «para além da arte encontra-se o imenso domínio do sensível, do sentimento, da sensorialidade e da sensibilidade.», MORIN, Edgar, *Sur l'esthétique*, Paris: Éditions Robert Laffont, 2016, p.11: «A estética, antes de ser o caráter adequado da arte, é um elemento fundamental da sensibilidade humana». «O sentimento estético é um sentimento de prazer e admiração, que quando intenso se torna maravilha ou até felicidade.» "Pode ser despertado por objetos ou obras cujo destino não era estético, mas tornar-se estetizado por nós.»

[15] O processo penal é instrumental da jurisdição. Os fins do processo e da jurisdição coincidem, sendo indispensáveis um e outro para a realização dos fins do direito penal. A distância entre direito penal e processo é, porém, abissal: enquanto o direito penal tipifica as proibições cuja violação constitui o crime, pelo contrário, as regras condicionantes da atividade jurisdicional, as regras do processo, são dirigidas à reconstituição do facto histórico e á individualização da proibição violada para a realização da Justiça (o que e como deve ser feito) – Cf. RICCIO, Giuseppe, «Persona, Pena., Processo», in: AAVV, cord. Maristella Amisano e Mario Caterini, *Persona, Pena, Processo / Scritti in Memoria di Tommaso Sorrentino*, Nápoles:

2. O direito justo é belo; na definição de Celso: *ius est ars boni e aequi*.

Ars pode entender-se como sistema ou bem, literalmente como arte ou técnica. O *aequuum* indica igualdade, no sentido de proporcionalidade para chegar ao *bonum*, ao bem, como valor moral, seja individual ou coletivo. *Bonum et aequum* é uma hendíadis para designar a justiça[16].

As leis do processo penal assemelham-se à partitura na música e do mesmo modo que não se pode confundir partitura com música, que são obviamente coisas diferentes, também não se deve confundir a lei processual com o Direito. A lei é uma partitura que pode ser interpretada e aplicada de mil formas, embora nem todas sejam plausíveis. O Direito, como a música, não é a lei nem a partitura: o Direito é o resultado da interpretação e aplicação da lei; alguns são aplaudidos, outros pateados[17].

À semelhança do músico que, embora sendo artista, dificilmente cria arte se a composição formalizada na partitura não tiver qualidade, se não for em si já uma obra de arte, também o jurista, por muito boas que sejam a sua formação técnica e sensibilidade jurídicas, dificilmente consegue alcançar a Justiça a partir de um direito positivo inadequado à realização do justo. Daí que, à semelhança da composição musical, também o direito positivo seja suscetível de valoração estética, e se a valoração é negativa, impõe-se um redobrado esforço para descobrir o Direito. Como o artista, ainda que seja modesto, só o é enquanto possui o sentido do belo, também o jurista que possuir o sentido da justiça, a exata perceção do justo, a capacidade de expressá-lo e dar-lhe execução com os meios que a lei lhe faculta, é um verdadeiro artista do Direito, mas quando o direito positivo não é adequado, só juristas excecionais conseguem fazer obra de arte, realizando a justiça através de leis que a dificultam, não esquecendo nunca, porém, que no Estado de direto democrático a justiça está na lei[18]. É claro também que as boas leis não são condição suficiente para a boa justiça; muitas vezes o mal não vem da lei![19].

O que nos propomos neste estudo é analisar o direito processual português na sua adequação à realização da justiça, estudando os seus grandes quadros e princípios, não só pela análise abstrata das normas, mas também pelo contributo à sua interpretação e aplicação pela jurisprudência.

Edizioni Scientifiche Italiane, p. 180; ORDÓÑZ SOLÍS, David, *Jueces, Derecho y Política,* Navarra: Aranzadi, 2004, p.85 ss.

[16] BIONDI, Biondo, *Arte y Ciencia del Derecho*, (trad. de Angel Latorre Segura), Santiago/Chile: Ediciones Olejmik, 2019, p.89 ss.

[17] QUEIROZ, Paulo, *Direito Penal / Parte Geral*, 13ª ed., Salvador/Brasil:, JusPODIUM, 2018, p. 51-52.

[18] A justiça está na lei, na lei penal que é a que ora nos ocupa – «quem diz lei penal diz lei justa» –, porque lei legítima quanto àqueles que a votam; lei equilibrada porque arbitrada pelo soberano; lei justa porque a legalidade, na sua abstração, generalidade e disposição para o futuro, impõe necessariamente soluções oportunas e não arbitrárias». – Cf. CONTE, Philippe, «La distinction dela légalité formelle et de la légalité matérielle: ses dits et non-dits», *Droit Pénal* (revista),jul-Ago 2020, nº 7-8, p.22.

[19] Parafraseando Tácito na Germânia – «e aí podiam mais os bons costumes do que noutros países as boas leis – (cf. MONCADA, L. Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, 2º, Coimbra: Coimbra Editora,1965, pp. 138ss), dizemos também que além dos bons costumes é condição da boa justiça a competência, integridade e lealdade de quem interpreta e aplica as leis.

II. A presunção de inocência e a imparcialidade do juiz

1. A presunção de inocência

a) A presunção de inocência é um princípio cardinal do processo penal democrático. Presunção de inocência e imparcialidade do juiz são símbolos do justo processo[20]. Não obstante, são frequentes e injustos os ataques que lhe são dirigidos, considerada por muitos como mera ficção, e o desprezo a que é votada na sua aplicação aos casos ocorrentes.

A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico jurídico[21], é um princípio estruturante do processo penal; os factos estão lá a legitimar o cortejo de medidas estigmatizantes e coativas organizadas pelos Estados, mesmo os mais democráticos. Só goza do direito a ser presumido inocente quem antes é indiciado como culpado e é precisamente a indiciação da culpabilidade que permite a constituição do suspeito como arguido, a sua submissão ao processo e sujeição a deveres e medidas de coação privativas ou restritivas da liberdade. O princípio da presunção de inocência é essencialmente uma regra de tratamento do arguido e o fundamento do direito de defesa.

Há uma distância abissal entre inocência e presunção de inocência. Da presunção de inocência não se infere a inocência do arguido, mas tão só se estrutura o processo, admitindo que pode eventualmente ser inocente e por isso deve assegurar-lhe «todas as garantias de defesa» (art. 32º, nº 1, da CRP). Deste princípio retiram-se diversos corolários: o arguido deve ser tratado no decurso do processo como possível inocente, não tem de fazer prova da sua inocência nem contribuir para a prova dos factos da acusação (prova pelo acusador, direito ao silêncio do acusado*, in dubio pro reo*), amplo direito de defesa (direito à prova e contraditório e fundamento de direitos subjetivos[22].

b) Como regra do processo e de julgamento, a presunção de inocência é instrumental e impõe que temporariamente, isto é, enquanto decorre o processo, o julgamento sobre a culpabilidade fica suspenso; é uma consequência que resulta da própria função do processo. O juiz deve formar a sua convicção sem nenhum julgamento prévio que não seja consciente e revogável, quer dizer que constitua algo de diferente de uma simples hipótese de trabalho. A dúvida sobre a responsabilidade do acusado é a razão de ser do processo; o processo nasce porque uma dúvida está na sua base. Houvesse a certeza da culpabilidade e o julgamento seria uma excrescência.

---

[20] KOERING-JOULIN, Renée, «La présomption d'innocence, un droit fondamental?», Centre Français de Droit Comparé/Ministère de la Justice, *La Présomption d'Innocence en Droit Comparé,* Paris: Sociétè de Legislation Comparée, 1998, p. 19ss.

[21] Poderia ser considerada uma presunção *iuris tantum* e essa seria a sua natureza quando equivale ao in *dubio pro reo,* mas verdadeiramente nem agora dela se retira que o arguido é inocente, mas tão só que não deve ser condenado. Acresce que a presunção de inocência tem efeitos limitados porque para outros o que prevalece é a presunção de culpa (v.g. para aplicação de medidas de coação).

[22] MARINELLI, Vincenzo, «Structure et Fonctions de la Présomption d'Innocence», Centre Français de Droit Comparé/Ministère de la Justice, *La Présomption d'Innocence en Droit Comparé*, Paris: Sociétè de Legislation Comparée, 1998, p. 47 ss.

Como regra de julgamento, reflete-se no *in dubio pro reo.* Significa que não é o acusado que deve provar a sua inocência; o que tem de ser provada é a culpabilidade. O acusado goza do benefício da dúvida e por isso deve ser absolvido se não for recolhida prova da sua culpabilidade para além de toda a dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*, na expressão da *common law*)[23].

Como fundamento de direitos subjetivos, a presunção de inocência traduz-se no direito a ser tratado como igual, direito à inocência e direito à imagem. O direito a ser tratado como igual significa que deve ser tratado como qualquer outra pessoa sobre a qual não recaia qualquer juízo de culpa, sem qualquer juízo prévio de culpabilidade que o possa diminuir face aos outros do ponto de vista jurídico, moral e social. O direito à inocência traduz o direito a ser absolvido se não for recolhida prova da sua culpabilidade e o direito à imagem representa o direito à proteção da sua honra e reputação, quer interna quer externamente ao processo. O direito à inocência tem como matriz fundamental que não pode ter efeitos diversos a absolvição fundada na inocência ou na insuficiência da prova[24].

O direito à imagem, vale também extraprocessualmente, mas agora é necessário conjugá-lo com a liberdade de informação e de critica. Em democracia, não há reservas sobre a necessidade de coordenar a presunção de inocência com a liberdade de informação e de crítica, mas esta coordenação é um dos mais difíceis problemas da democracia como o revelam as inumeráveis decisões dos nossos tribunais e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

c) Questão é depois a prática, sobretudo neste tempo de populismo alimentado pela guerra contra o crime, que faz com que a estética da estrutura do processo se degrade com procedimentos inestéticos e anéticos[25]. O arguido é antecipadamente condenado na praça pública[26], sem direito de defesa, mas não só: também o juiz de instrução a quem cabe apenas verificar da ocorrência de indícios que justifiquem a

[23] Sobre a presunção de inocência e formação da convicção, cf. VELOSO, José António, «*Prior probability*, presunção de inocência e imparcialidade», in: MOUTINHO, José *et al*. (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. II, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 1315 ss.

[24] O que ainda parece contrariado pela interpretação do art. 225º do CPP no sentido de que em caso de absolvição por falta ou insuficiência de prova compete ao arguido absolvido a prova da sua inocência para poder beneficiar do direito à indemnização. Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 641; BELEZA, Teresa, «Prisão preventiva e direitos do arguido», in: Mário Monte *et al.* (coord.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 684.

[25] Cf. "ÉTICA E ESTÉTICA DO PROCESSO PENAL / À estética do processo penal democrático deve corresponder uma praxe congruente com as normas que o organizam", *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol III-IV 2020.

[26] «Nesse processo de rotulação e marginalização, os meios de comunicação de massas acabam por atropelar o próprio judiciário. Antecipam uma (eventual) futura condenação antes mesmo de qualquer julgamento. Não raras vezes aviltam aqueles que têm como dever a defesa do indivíduo, qualificando de imoral a tarefa de advogar.» – RIZZO, Beatriz/PODVAL, Roberto, «A (des)figuração dos papéis constitucionais das personagens do processo penal», in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1430.

passagem à fase seguinte do processo, antecipa frequentemente na pronúncia juízos de mérito que só cabem na decisão final, violando, consciente ou inconscientemente, o princípio reitor de todo o processo até decisão final transitada e frustrando desse modo o direito do arguido, que a fase da instrução pretende realizar[27].

Enfim, na prática, para a polícia, Ministério Público, tribunais, meios de comunicação social e público em geral, presumido inocente significa simplesmente "provável culpado"[28].

2. A independência dos tribunais e a imparcialidade dos juízes

a) A independência e imparcialidade dos juízes são comummente proclamadas como pressupostos da boa justiça e da liberdade. Por isso que o direito ao juiz seria a melhor garantia dos cidadãos contra os eventuais abusos do poder. É importante anotar desde já que quando se refere a independência dos tribunais e dos juízes não se alude a qualidades pessoais, mas a condições objetivas criadas pelo sistema para assegurar que possam exercer a função com imparcialidade, apenas em obediência à lei (art. 203º da CRP).

A verdadeira garantia da realização da justiça passa pelo escrupuloso respeito pela lei, pelo rito processual e pelos princípios éticos da função. Juízes bons e maus sempre os houve, há e continuará a haver, e não será tanto pela garantia da sua independência que os maus se tornarão eticamente mais responsáveis no cumprimento dessa missão sagrada[29], que, porque exercida simplesmente por homens e mulheres, está naturalmente sujeita às contingências da fragilidade humana. A melhor garantia da imparcialidade reside no caráter de cada um, mas a existência de meios legais adequados a assegurar que nenhum juiz será coagido, nem por necessidade ou por medo pode impunemente desvirtuar a missão de que está investido e que exerce em nome do povo (art. 202º da CRP), são instrumentos imprescindíveis à realização da justiça. Por isso que a lei, se não pode transformar os homens, pode e deve, pelo menos, criar as condições mínimas para que possam exercer em plenitude as funções que lhes são cometidas, servindo para tanto os institutos dos impedimentos e suspeições. No demais é do caráter de cada um.

b) O art. 203º da Constituição da República Portuguesa dispõe que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

A independência, na tradição do constitucionalismo, significa que os demais poderes do Estado não podem intervir na atividade dos tribunais; é a chamada independência externa. Cada um dos poderes do Estado, como defendia a tese clássica da

[27] *Infra* IV, 2.

[28] Veja-se só como expressão deste juízo o lugar que é reservado ao arguido na sala de audiência: o "mocho". Por isso, e com razão, na praxe judiciária costuma dizer-se que a presunção de inocência é a pior mentira da linguagem dos juristas.

[29] A tiragem à sorte dos juízes – que não eram magistrados – ilustrava na cidade grega o caráter sagrado da sua missão. Por isso que entendamos que não é o sorteio dos processos que garante a imparcialidade dos juízes. A imparcialidade é da essência da função, a todos é exigida a imparcialidade. Cf. o nosso "Ética e estética judiciária / A imparcialidade dos juízes é de natureza ética", cit.

separação dos poderes, tem de se limitar ao cumprimento das funções que a Constituição lhe comete sem invadir as dos demais. Deve acrescentar-se que embora os juízes exerçam a função em nome do povo são também dele independentes, o que significa que o mandato que lhes é atribuído é exclusivamente limitado ao cumprimento das leis e não da opinião pública mais ou menos barulhenta e mediatizada[30].

Mais recente e menos tratada pelos textos constitucionais é a chamada independência interna. Esta põe os juízes ao abrigo das interferências dos demais órgãos do poder judicial no modo como cada tribunal exerce a sua função. Isto traduz-se em que o tribunal, e cada juiz nos coletivos, não deve obediência a quaisquer ordens ou instruções de outros tribunais, juízes ou órgãos internos, salvo o dever de acatamento das decisões proferidas em via de recurso por tribunais superiores e do Conselho Superior da Magistratura em matéria administrativa e disciplinar.

A independência dos tribunais e dos juízes não significa, porém, a irresponsabilidade ou imunidade pelos erros cometidos: uma tal conceção teria pendor totalitário. A independência também não autoriza a arrogância: o poder jurisdicional não é um poder pessoal e os seus detentores exercem-no precariamente em nome do povo e para o servir. Por isso que a independência dos tribunais e dos juízes não possa favorecer o desdém ou a indiferença às críticas, aos debates de ideias, às mudanças da sociedade e até à erosão do seu prestígio em razão dos erros cometidos, e menos ainda, diremos nunca, a sua insubmissão ao Direito, mesmo em razão da preocupação de alcançar outros valores jurídicos socialmente relevantes, nomeadamente uma qualquer conceção pessoal ou social de justiça. A justiça que aos tribunais cumpre administrar está na lei[31], na lei legítima, segundo a Constituição, e interpretada em conformidade com os seus valores. Por isso também que o processo de estrutura acusatória exija a passividade do juiz e essa passividade, que é traduzida pelo brocardo *ne procedat iudex ex officio,* tenha subjacente a ideia de que não impende sobre o tribunal a direta responsabilidade de promover o melhoramento efetivo da situação de facto quanto ao respeito pelas leis e à manutenção dos valores fundamentais da ordem jurídica[32]. É que também a exigida independência dos tribunais só poderá ser plenamente atingida se, além de se lhes assegurar a sua não subordinação a quaisquer outros poderes e a sua exclusiva obediência à lei, não lhes couber a direta responsabilidade pelo combate à criminalidade, caso em que poderiam ser eventualmente motivados a tomar decisões úteis para mais eficaz realização daquela missão, mas potencialmente desconformes com a lei.

Os tribunais e os juízes servem apenas o Direito e são garantes da sua realização: julgam a causa que lhes é submetida em conformidade com as leis processuais que regem a sua própria atuação e o direito substantivo aplicável.

---

[30] QUILLERÉ-MAJZOUR, Fabienne, *La Défense du Droit à un Procès Équitable*, Bruxelas: Bruylant, 1999, p. 49 ss.

[31] GOMES, D. António Ferreira, «A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Direito e Justiça*, Vol. I, Nº 1, 1980, p. 14: «Na lei, como expressão temporal do ideal da justiça, na sua administração e no seu julgamento por tribunais independentes e eficazes.»

[32] Isto nada tem a ver, como adiante melhor veremos, com os poderes de investigação dos juízes que, aliás, fica muito aquém do que seria conveniente, sobretudo na fase do processo preliminar, para garantia dos direitos das pessoas, nomeadamente para decidir sobre medidas de coação.

c) A imparcialidade do juiz significa que não toma partido sobre os interesses que lhe são submetidos; é terceiro imparcial, alheio à solução da questão e estranho às razões da acusação e da defesa. O juiz há de apreciar e decidir as questões em exclusiva obediência à lei, com objetividade e neutralidade relativa aos interesses em conflito

A imparcialidade é essencialmente de natureza cultural e moral e pode apreciar-se de maneira subjetiva e objetiva[33]. Aquela perspetiva, que em geral se presume, significa que o juiz deve atuar com serenidade, sem paixão, prejuízo ou interesse pessoal; nesta, na perspetiva objetiva, que nenhuma suspeita legítima exista no espírito dos que estão sujeitos ao poder judicial[34]. À imparcialidade íntima das pessoas deve juntar-se a imparcialidade aparente do sistema.

d) A irresponsabilidade dos juízes pelos seus julgamentos e decisões é comummente apontada como essencial para garantir a sua independência e imparcialidade. O princípio tem assento constitucional. Com efeito, o art. 216º, nº 2, da Constituição dispõe que os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei e o art. 5º, nº 2, do EMJ que só nos casos especialmente previstos na lei os magistrados judiciais podem ser sujeitos, em razão do exercício das suas funções, a responsabilidade civil, criminal ou disciplinar[35].

A questão da irresponsabilidade dos juízes põe-se antes de mais em termos políticos, enquanto titulares de órgãos de soberania. Se politicamente os juízes são irresponsáveis, não o são em absoluto no plano criminal, civil e disciplinar. No plano jurídico, o que a Constituição verdadeiramente garante não é a irresponsabilidade dos juízes, mas a reserva de lei na tipificação da responsabilidade[36]. Não menos relevante é a responsabilidade dos magistrados no plano ético-profissional, que de algum modo pode transformar-se em responsabilidade disciplinar e tem a maior importância nas suas classificações (art. 34º do EMJ).

A justiça como ideal, como virtude, mas também elemento essencial do justo processo, pressupõe a imparcialidade e independência, constituindo os mais sólidos alicerces do processo democrático. A paz social vive em grande parte da confiança do povo na justiça, da confiança na imparcialidade e independência dos juízes e também na sua competência. E se a independência dos magistrados é sobretudo uma questão política, que as leis garantem, e a competência há de ser acautelada no recrutamento, formação permanente e pela via dos recursos, já a imparcialidade, neutralidade ou objetividade[37], é uma questão eminentemente pessoal, moral, que as leis podem apenas acautelar, protegendo-a, mas dificilmente podem garanti-la[38].

[33] QUILLERÉ-MAJZOUR, *La Défense du Droit*, cit., p. 51 ss.

[34] Para a proteger, cf. arts. 7º, 11 e 13º do EMJ.

[35] BOUCHERON, Jean-Michel *et al.*, *Tous Coupables / Réquisitoire contre le système judiciaire et la prison,* Paris: Balland, 2002, p.192: «Seria conveniente que os juízes sejam responsáveis pelos seus erros como o são os professores, os engenheiros, os médicos, os gestores, os autarcas...Nem mais, nem menos».

[36] Cf. arts. 369º e 372º a 374º, arts 34º e 82º do EMJ

[37] Na história do Direito, até ao Iluminismo, a independência dos juízes e tribunais significava essencialmente objetividade, imparcialidade e neutralidade.

[38] MAIER, Julio B.J., «Dimension política de un poder judicial independiente», *NDP –Nueva Doctrina Penal*, 1998/B, p. 502: «É necessário não confundir o atributo com o seu portador concreto; não se trata

Não deixa de ser significativo que a Constituição se refira à independência (art. 203º), mas não à imparcialidade[39]. Sói dizer-se que a imparcialidade é sobretudo uma questão de fortaleza da colina vertebral de quem é exigida, mas também um direito subjetivo[40] de todos os que se defrontam com a justiça., embora de difícil satisfação, quando falha.

III. A legalidade da prova. A prova obtida ilicitamente por particulares. A prova indireta

1. A prova obtida ilicitamente por particulares

a) Não cabe na extensão permitida para este artigo analisar aspetos fundamentais do direito probatório, nomeadamente a interpretação dos artigos 125º, 126º e 127º do Código, pacífica até há pouco, mas que começa a suscitar novas questões em razão do progresso das tecnologias e da ciência como meios de obtenção e apreciação da prova[41]. Vamos, por isso, apenas referir-nos aos aspetos mais relevantes na perspetiva do objeto deste artigo, da estética do processo: ao controlo sistémico das fontes, à publicidade e à prova obtida ilicitamente por particulares.

Desde o momento em que a Constituição cominou com a nulidade «as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (art. 32º, nº 8), ganhou especial relevância o controlo do modo da sua aquisição e daí retirar os efeitos da prova proibida (art. 126º, nº 1, CPP). Limitemo-nos à necessidade de controlo sistémico dos meios de aquisição de prova[42]. Evidentemente que há de presumir-se que todas as autoridades e seus agentes respeitam a legalidade, mas trata-se de mera presunção e para a comprovar ou ilidir é necessário garantir a possibilidade de conhecer para controlar os modos da sua aquisição. Todos os atos de obtenção de prova devem ficar registados no processo para poderem ser conferidos pela defesa[43]. As provas não vêm do além!

São frequentes nos processos as notícias anónimas, que se sabe são muitas ou algumas vezes puras invenções da polícia, notícias obtidas por meios lícitos mas

---

aqui de "regras dos juízes" (de privilégios), compreendidos nessa corporação uma série de pessoas com determinados atributos, mas, pelo contrário, de regras de garantia do justiçado, classificadas às vezes – mais ou menos arbitrariamente – pela sua referência à organização judicial, mas sem perder de vista a sua natureza de garantia individual num Estado de Direito».

[39] Nos textos internacionais está consagrada no art. 6º, § 1º, da CEDH e no art. 14º do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos.

[40] MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Direito à Inocência*, Lisboa: Principia, 2007, p. 175.

[41] Cf. CANZIO, Giovanni/LUPÁRIA, Luca, (Coord.), *Prova Scientifica e Processo Penale,* Milão: Wolters Kluwer/CEDAM, 2017.

[42] PRADO, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistémicos / A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos,* Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2014; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Cadeia de Custódia da Prova*, Coimbra: Almedina, 2019,

[43] Esta é uma questão das mais delicadas na prática em virtude da transmissão de provas de uns processos para outros (vg. escutas telefónicas) sem possibilidade de controlo da legalidade por parte da defesa.

também ilícitos, como o são as conversas informais em que as policias transacionam com os suspeitos variantes de delação premiada absolutamente ilegais. A técnica policial de investigação nunca pode sobrepor-se à legalidade[44].

b) Cabe destacar, porque os média vão dando notícias preocupantes, que os meios proibidos de obtenção de prova não se opõem apenas aos órgãos oficiais de investigação penal, mas também à prova obtida ilicitamente por particulares[45]. Os direitos fundamentais não são oponíveis apenas aos agentes do Estado, mas a todos, entidades públicas e particulares (art. 18º, nº 1, da CRP). No que aos meios de obtenção de prova se proíbe aos agentes do Estado não pode ser permitido, direta ou indiretamente aos particulares. E não é isso que sucede, sempre com o apoio das polícias e frequentemente com a complacência da jurisprudência.

Alguns fenómenos atuais requerem especial atenção pelo modo como certos setores privados obtêm provas. As provas ilicitamente obtidas não podem ser atendidas pelos tribunais como não o seriam se obtidas ilicitamente pelos agentes do Estado. E cada vez são mais preocupantes pela frequência de utilização desses meios, nomeadamente pelos média, pelo comércio da segurança, com os modernos e sofisticados instrumentos de intromissão na intimidade, espionagem industrial, etc.,etc..

Quer se analise a questão no plano axiológico, quer segundo parâmetros de prevenção ou dissuasão, não há dúvida que é irracional e incoerente a admissão processual de provas obtidas ilicitamente por particulares. Talvez haja uma diferença quantitativa; certos ilícitos são mais graves se praticados por quem tem o dever de defender a lei, mas o desvalor subsiste.

c) Pensamos, aliás, que o processo não deve ser instaurado com base em notícias obtidas ilicitamente, por meios de obtenção de prova proibidos. E nem a circunstância de serem os meios de comunicação social a darem a notícia obtida por meios ilícitos pode servir de fundamento para a instauração do processo, como frequentemente sucede.

A utilização pela justiça de provas obtidas direta ou indiretamente por meios legalmente vedados, constitui um incitamento à utilização desses meios ilícitos e em nada contribui para a educação dos cidadãos para os valores constitucionais, donde que a utilização dos meios e o seu aproveitamento pela justiça seja não só legalmente proibido, mas também inestético e anético[46]. Inestético porque viola a racionalidade

[44] Das questões mais controversas da técnica policial é a que consiste em deixar que determinados crimes se vão perpetrando em ordem à descoberta de crime mais grave ou de outros agentes "mais importantes" na perspetiva policial. Julgamos esta técnica inadmissível, sobretudo quando levada a cabo sem controlo judicial. Cf. VALENTE, Manuel Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial,* 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2020. p. 429.

[45] HAIRABEDIÁN, Maximiliano, «La prueba obtenida ilicitamente por particulares», *NDP – Nueva Doctrina Penal*, 2001/B, p. 663 ss.

[46] Importa observar que a função de prevenção geral positiva do direito penal é fortemente enfraquecida e dificultada pela contradição entre o discurso incriminador e o discurso social e populista. Como podem ser credíveis as normas incriminadoras quando se proclama a legitimidade de certas formas de criminalidade e os criminosos são apresentados como heróis ou como vítimas?!

constitucional, anético enquanto constitui aproveitamento pelo Estado de elementos de prova obtidos com violação das suas leis e com a fim de restabelecer a legalidade violada![47]

2. A prova indireta ou prova por indícios

Não temos espaço para tratar aprofundadamente da prova indireta que nos últimos tempos tem sofrido tratos de polé, sobretudo por parte do Ministério Público e juízes de instrução com graves consequências para os arguidos que, pelo menos, acabam por ser submetidos a julgamentos e mesmo que absolvidos a final veem, entretanto, a sua vida destroçada. A prova indireta ou indiciária é aquela que se extrai de factos diversos do tema da prova, mas que permitem com o auxílio de regras de experiência e científicas uma ilação quanto ao tema da prova. Um indício revela o facto probando e revela-o com tanto mais segurança quanto menos consinta a ilação de factos diferentes[48]. Quando o facto pode ser atribuído a várias causas, a prova de um facto que constituiu uma dessas causas é somente um indício provável ou possível. Para dar consistência à prova será então necessário afastar toda a espécie de condicionalismo possível do facto probando menos um[49]. A prova só se obterá, assim, excluindo, por meio de provas complementares, hipóteses eventuais e divergentes conciliáveis com a existência do facto indiciador. Por isso que o dever de fundamentação é acrescido para que possa revelar a exclusão e assim permitir o controlo da prova indireta de um facto[50].

É sobretudo a propósito da prova indireta que resultam os mais frequentes erros judiciários e motivados ora por desvalorização das exigências de prova, pela ideia de que há determinados crimes relativamente aos quais a prova é menos exigente[51], ora, simplesmente, pelas opiniões precipitadas dos magistrados cegos por prejuízos religiosos, sociais ou políticos, e cegos também pelas aparências[52]. Evidentemente que o mal não é da lei!

---

[47] Vai grande a confusão – ou não será confusão! – sobre proteção do *whistleblower*. Cf. SILVA, Germano Marques da, «Sobre a Proteção dos Denunciantes – A propósito da transposição da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento e do Conselho», *Boletim da Ordem dos Advogados*, nos 28/29, Jan-Fev 2020.

[48] SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, 5ª ed., Lisboa: Verbo, 2011, p. 144.

[49] FERREIRA, *Curso de Processo Penal,* vol. I, cit., p. 290.

[50] SOUSA, Susana Aires de, «Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal», in: MOUTINHO, José *et al.* (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2753 ss.

[51] Ainda na atualidade, e mesmo nas granes democracias, se verificam frequentes manifestações de desrespeito pelo princípio da presunção de inocência em nome da segurança e do combate ao crime organizado e a formas de criminalidade consideradas mais graves ou eticamente mais censuráveis, havendo mesmo autores a preconizar uma valoração quantitativa da prova, naturalmente menos exigente para certo tipo de criminalidade com o pretexto da dificuldade da prova em certos crimes e da necessidade da sua punição para prevenção geral. Cf. TUZET, Giovanni, *Filosofia dela prova giuridica*, 2ª ed., Turim, Giappichelli Editore, 2016, p. 282 ss.

[52] «O erro judiciário constitui então crime; as confissões são extorquidos, os testemunhos ignorados quando negam o pré-juízo, solicitados quando sustentam o erro, os peritos influenciados...», MOUFFE, Bernard, *Le Droit au Mensonge*, Bruxelas: Larcier, 2017, p. 423.

A acusação não é uma novela; não pode ser o fruto da imaginação romanesca, intuição ou impressão sentimental do acusador; tem de ser suportada por provas e sujeita também ao princípio do *in dubio pro reo*. Na dúvida não deve acusar-se, nem pronunciar-se. O artigo 283º do Código de Processo Penal dispõe que a acusação tem de ser suportada em indícios de que resulte uma probabilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança. Probabilidade razoável é aquela de que resulte mais viável a condenação do que a absolvição[53].

A grande dificuldade prática da aplicação da prova indireta ou por indícios reside em que por vício epistemológico o decisor confunde a prova com as suas intuições e convicções pessoais. É uma das dificuldades práticas do princípio da livre convicção[54].

IV. O processo preliminar: Inquérito e Instrução

1. O Inquérito

a) Perante uma *notitia criminis* instaura-se o processo com a abertura do Inquérito sob a direção do Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal (art. 263º CPP), com o fim de investigar a existência do crime noticiado, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação (art. 262º e 267º CPP).

Embora o Inquérito tenha como finalidade precípua recolher elementos probatórios com o fim de suportar a decisão sobre a acusação, ultrapassa de longe esta sua finalidade primordial porque a investigação criminal contemporânea utiliza muito frequentemente meios técnico-científicos que resultam em provas irrepetíveis, que cada vez mais têm sido aceitas para julgamento, com a agravante de nem sequer serem apresentadas em audiência, frustrando desse modo o princípio da publicidade. Acresce que sobretudo na chamada criminalidade organizada e económico financeira, com muita frequência são acumulados nos autos elementos probatórios obtidos em procedimentos administrativos cuja legalidade no modo de aquisição não é possível escrutinar, violando-se desse jeito o direito de defesa.

O Inquérito é constituído por atos praticados pelos órgãos de polícia criminal, descrevendo exames, relatórios técnicos, provas periciais e científicas e transcrevendo declarações e informações anónimas ou obtidas por meios ocultos cuja admissibilidade e verdade o arguido não tem possibilidade de comprovar. Este conjunto de atos são de duas categorias: uns com a intervenção do arguido, mas a maioria são feitos sem a sua participação. É o caso da audição das testemunhas, exames materiais, buscas, peritagens e outras. Dito de outro modo: a parte dura dos autos, aquela que, revestindo uma aparência de forte objetividade, vai servir de base ao raciocínio e convicção do julgador,

[53] DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, p.133; SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português*, III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 170.

[54] TOURNIER, Clara, *L'Intime Conviction du Juge*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

é fabricada sem que o arguido tenha podido apresentar o seu ponto de vista e propor outra perspetiva dos factos daquela que, desde o princípio, sustenta o inquérito.

Na reforma de 1998 (Lei nº 59/98, de 25.08), verificando-se que durante o Inquérito não era obrigatório dar a conhecer ao suspeito / arguido os factos de que era suspeito, para que pudesse exercer o direito que o art. 61º, nº 1, al. f). lhe confere, foi introduzido no Código o art. 272º, nº 1, obrigando ao interrogatório do arguido no decurso do Inquérito, e a sua violação passou a constituir a nulidade cominada pelo art. 120º, nº 1, al. d). Foi, porém, durante muito tempo letra morta e ainda agora tem uma aplicação limitada aos factos com que o Ministério Pública entenda confrontar o arguido; é manifestamente curto em termos de processo equitativo[55]. Este interrogatório, mesmo nos termos limitados em que ocorre na prática constitui essencialmente um meio de prova e não um meio de defesa, tanto que, só excecionalmente, os autos do Inquérito são facultados ao arguido para que, confrontado com os elementos probatórios recolhidos nos autos, possa requerer o que entender por conveniente à sua defesa, mas não é esse o espírito da lei. A prática mais recente – e que representa uma evolução digna de registo – de confrontar o arguido com os factos não é suficiente para o exercício efetivo do direito de defesa já que a defesa se faz ilidindo as provas e não simplesmente pela alegação de factos.

A estrutura vigente do Inquérito, em razão da interpretação que é dada ao direito de intervenção do arguido, é tipicamente inquisitória e o processo assume as características de um processo misto e não de estrutura acusatória, como impõe a Constituição[56], e equitativo, por imposição da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 6º, § 1º).

b) Uma nota muito breve a propósito dos PA's (processos administrativos) ou PPB's (processos de prevenção de branqueamento). O Código de Processo Penal de 87 pôs fim às investigações fora do processo[57]. A investigação criminal tem, tinha, lugar apenas no Inquérito; não há (havia) espaço para as investigações administrativas em matéria penal. Com o acesso ao processo era possível conhecer toda a tramitação

[55] Cf. Ac. Tribunal Constitucional nº72/2912, DR, II Série de 12-03-2012 : Não julga inconstitucionais as normas constantes dos artigos 272.º, n.º 1, 120.º, n.º 2, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea c), e 144.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que não constitui nulidade, por insuficiência de inquérito, o não confronto do arguido, em interrogatório, com todos os factos concretos que venham a ser inseridos na acusação contra ele deduzida. Ac. TRE de 10.10.2017 : Apurando-se no decurso do inquérito novos factos integrantes de crime sobre os quais o arguido não foi confrontado, podendo sê-lo, a acusação subsequente, na qual são englobados tais factos, é parcialmente nula, por ter sido omitido ato legalmente obrigatório: o interrogatório do arguido sobre tal matéria.

[56] PEREIRA, Eliomar da Silva, *Saber e Poder / O Processo (de investigação) Penal*, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 443: «A prejudicialidade que se reconhece ao inquérito como fase obrigatória do processo penal português vem em favor de evidenciar que a investigação criminal ainda permanece sendo a base efetiva da instrução, sem a qual o processo penal não é realmente possível.» «Ela reafirma o caráter instrutório de parte essencial da investigação que podemos chamar melhor de probatória, para evitar a volta a modelos antigos, mas que exige pensar a investigação como processo penal e levar a sério seus princípios fundamentais necessários a uma efetiva justiça processual.»

[57] RODRIGUES, José Narciso da Cunha, «A posição institucional e as atribuições do Ministério Público e das Polícias na Investigação Criminal», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 337 (jun 1984), p 15 ss.

da investigação, mesmo se decorrida em segredo, e comprovar a sua legalidade. Já não é assim.

Somos agora confrontados frequentemente com elementos probatórios juntos ao processo, mas que foram recolhidos em fases anteriores à sua abertura, quando não em simultâneo, sem que os arguidos tenham possibilidade de comprovar a legalidade dos procedimentos porque o que é vertido no processo são apenas os elementos probatórios que o Ministério Público entende relevantes.

Com o propósito ou pretexto da prevenção da criminalidade organizada e económico financeira, a Lei nº 36/94, de 29 de setembro, veio permitir a instauração de processos administrativos para ações de prevenção. Estes processos correm prévia ou simultaneamente com os Inquéritos, mas só são comunicadas ao processo as provas que o Ministério Público entenda relevantes, sem qualquer possibilidade (tem sido a praxe e jurisprudência) de controlo desses processos por parte dos visados. Tudo em nome da eficácia da investigação!

c) De modo semelhante no que respeita ao recurso às ações encobertas (Lei nº 101/2001, de 25 de agosto). Como é possível controlar que o agente da ação encoberta não foi agente provocador e que tudo se passou de acordo com a legalidade? Bastará a presunção da legalidade resultante da intervenção do juiz na sua autorização e controlo? Não basta. É sabido que alguns juízes, felizmente poucos, têm alma de policias e por isso as suas decisões precisam ser expostas para serem fiscalizadas. Não basta que a lei presuma a imparcialidade e lealdade dos juízes, é necessário procurar fazer com que nenhuma suspeita legítima exista no espírito dos que estão sujeitos ao poder judicial

Já quase só falta a consagração da "delação premiada" mais ou menos generalizada para certas categorias de crimes, mas já trovejam as vozes a reclamarem-na![58]

2. A Instrução

a) Poder-se-ia pensar que a fase de Instrução constitui o tempo e modo adequados para o arguido exercitar a sua defesa antes do julgamento, mas se assim poderia ser em teoria não o é na prática favorecida pelos termos da lei. A fase da instrução está a ser praticamente inútil.

A instrução é ainda investigação no processo preliminar da competência do juiz de instrução. Sucede que o juiz competente para a instrução é frequentemente o mesmo que interveio na fase do Inquérito, praticando os atos que a lei lhe reserva, nomeadamente autorizando escutas telefónicas e aplicando medida de coação. Acresce que os atos de instrução a realizar nesta fase são tão só os que o juiz entender necessários e não são repetidos os atos e diligências de prova praticados no inquérito (art. 291º) salvo se não tiverem sido observadas as formalidades legais (e evidentemente que se presume que o foram, até porque é quase impossível demonstrar ilegalidades). Acrescem dois

[58] Cf. o nosso «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos», *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, 1994.

outros motivos para a inutilidade prática da instrução: o entendimento comum da jurisprudência de que a exigência de indícios para a pronúncia não tem o mesmo grau da exigência de prova para a condenação, ou seja, atenta a praxe da presunção de culpa que recai sobre o acusado lá se vai o princípio democrático da presunção de inocência na sua manifestação do *in dubio pro reo,* e irrecorribilidade do despacho de pronúncia que aceite a acusação.

A inadmissibilidade do recurso do despacho de pronúncia é justificada pela circunstância de o mesmo não pôr termo ao processo e, por isso, a sua eventual incorreção poder ser sempre remediada na fase seguinte de julgamento e por razões de economia processual. O entendimento de que a suficiência dos indícios para a pronúncia não tem o mesmo grau de exigência da suficiência da prova para a condenação não resulta da lei[59], mas é a prática corrente, embora raramente explicitada, o que não acarreta invalidação do despacho de pronúncia por não ser recorrível[60]. É claro que devemos confiar na independência e imparcialidade dos juízes, mas que os há também incompetentes e alinhados não merece qualquer dúvida. Felizmente são muitos mais os magistrados que merecem os louros que lhes tributavam os romanos do que aqueles que merecem a censura e a ironia de Erasmus e Gil Vicente, mas, mesmo que poucos, são suficientes para descredibilizar a justiça como o mostram as sondagens de opinião[61].

b) A disciplina normativa no que respeita à fase da instrução tem sido subvertida pela prática dos tribunais. Além do entendimento quanto ao grau de indiciação necessário para a pronúncia, o que evidentemente tem uma componente muito subjetiva e por isso discricionária, discricionariedade favorecida pela inadmissibilidade do recurso da decisão de pronúncia, sucede que a prática dos atos tem sido aligeirada, umas vezes, e agravada, outras, evidenciando a perda de relevância desta fase processual.

Aligeirada porque com demasiada frequência e sobretudo nos processos mais complexos o tribunal não cumpre o disposto no nº 1 do art. 302º do Código de Processo Penal, convidando implicitamente o Ministério Público e a defesa a explanarem-se sobre toda a acusação e requerimentos de instrução, o que, evidentemente, não é o

[59] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 804; MESQUITA, Paulo Dá, *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 92; COSTA, Maia, «Comentário ao art. 283º do Código de Processo Penal», GASPAR, António da Silva Henriques et al., *Código de Processo Penal Comentado,* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

[60] É manifesto que o grau de exigência dos indícios para a pronúncia não equivale a prova. A prova indiciária (indiciação suficiente) permite a sujeição a julgamento, mas não constitui prova no significado rigoroso do conceito, pois que aquilo que está provado já não carece de prova e a acusação e a pronúncia tornam apenas legítima a discussão judicial da causa. O que se torna exigível é que a acusação e a pronúncia com base nos elementos recolhidos nos autos permitam formular um juízo com o mesmo grau de exigência da prova para a condenação, ou seja, a prova constante dos indícios recolhidos no Inquérito e na Instrução deve permitir formar a convicção do decisor sobre a culpabilidade do arguido, para além da dúvida razoável, independentemente da prova que vier a ser produzida em julgamento. Cf. SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português*, III, p.170.

[61] No estudo sobre profissões, publicado em 29 de maio de 2019, pelo Jornal de Notícias, o nível de confiança dos portugueses nos juízes e tribunais é negativo em 26 pontos e nos advogados em 35, só acima dos líderes sindicais, políticos e deputados.

fim da instrução que não constitui um julgamento antecipado. Por outro lado e ainda em consequência do incumprimento do nº 1 do art. 302º, agravando a relevância do debate instrutório ao admitirem que a *síntese das conclusões sobre a suficiência ou insuficiência dos indícios recolhidos e sobre as questões de direito de que depende o sentido da decisão instrutória* (nº 4 do art. 302º) seja substituída por alegações escritas com a extensão que os sujeitos processuais pretendam. Não é nada disto que a lei dispõe, mas, mais uma vez, não há recurso.

Não obstante, mesmo se cometidas invalidades processuais, nulidades ou irregularidades, o recurso interposto do despacho que as conheça, só sobe com a decisão que ponha termo ao processo, o que na maior parte dos casos o torna inútil, salvo se se tratar da nulidade da decisão instrutória resultante da pronúncia por factos que constituam alteração substancial dos descritos na acusação (art. 309º, nº 1), porque entretanto o arguido pronunciado tem de submeter-se à fase de julgamento.

c) A circunstância de o juiz de instrução poder ser o mesmo que interveio no Inquérito para a prática dos atos que a lei lhe atribui nessa fase (arts. 268º e269º), aliada à prática distorcida da instrução, conforme já referido, e a inadmissibilidade do recurso da decisão instrutória de pronúncia e a sua subida a final no que respeita às invalidades processuais, faz com que a fase da Instrução se torne inútil na prática e até prejudicial na perspetiva da defesa, como nos parece ser também o ensinamento de Figueiredo Dias[62].

V. O julgamento: publicidade, posição do acusado

1. A estrutura da audiência não colide minimamente com os princípios do justo processo. Poderia ser outra a estrutura, possivelmente de um processo de partes, mas a opção do legislador não nos merece reparo. As questões que se suscitam não são da lei, são dos homens e mulheres que a aplicam.

Consideramos, porém, que a não separação das questões da determinação da culpabilidade e da sanção frustra em grande parte a estrutura acusatória porque impede, na prática, a participação constitutiva da defesa na determinação da espécie e medida da sanção**.** Com efeito, no processo penal, não é praticamente admissível, e é inteiramente contrário à praxe da advocacia portuguesa, que o defensor e o arguido participem ativamente na discussão sobre a determinação da pena ou medida de segurança. Isso implicaria que o arguido, pessoalmente ou através do seu defensor, tivesse de formular conclusões alternativas, de modo subsidiário: admitindo a condenação apresentassem então as suas razões quanto à espécie e medida da pena ou medida de segurança a aplicar ao arguido. A estrutura acusatória do processo sai coxa com a não separação das fases para julgamento da culpabilidade e para aplicação da pena. Não obstante

[62] DIAS, Jorge de Figueiredo, «O processo penal português: problemas e prospetivas», in: AA.VV, *Simpósio em homenagem ao Professor Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora,2009; BRANDÃO, Nuno, «A Nova Fase da Instrução», *RPCC*, 2 e 3/2008, p. 227-255.

prevista a separação no Código de Processo Penal (arts 368ºe 369º do CPP), em 49 anos de vigência do Código nunca vimos aplicá-la.

2. Um dos princípios fundamentais da audiência em matéria de prova é o da livre convicção do julgador. Nada de censurável no dispositivo do Código de Processo Penal. O princípio da livre apreciação da prova é um método da valoração da prova, não significando, porém, que a valoração seja arbitrária. A livre convicção é um método de descoberta da verdade, não uma afirmação infundamentada; desenvolve-se num contexto delimitado pelas regras da lógica, da ciência e da experiência corrente e para garantir o respeito dessas regras a lei exige que a decisão seja fundamentada, dela constando a análise crítica das provas que serviram para formar a convicção. A convicção do tribunal há de formar-se sobre as provas, não podendo, por isso, traduzir-se em meras conjeturas ou suspeitas por parte do julgador, entendida a conjetura como o resultado da aplicação a uma dada circunstância de facto de uma regra ou convicção pessoal do julgador, não sustentada pelas provas recolhidas, e a suspeita equivalendo a mera desconfiança ou temor, alicerçadas em motivos como a fisionomia, a atitude, a pertença a grupo e outros carateres distintivos estigmatizantes que são irracionalmente considerados como reveladores de certo comportamento e do facto ajuizado[63].

3. Breves notas ainda e que consideramos importantes sobre a oralidade, imediação, participação do arguido e publicidade.

A Constituição inclui nas garantias de processo criminal a publicidade das audiências (art. 206º). A não produção ou análise da prova em audiência viola desde logo o princípio da oralidade, da imediação e da publicidade. Não é o mesmo que o tribunal de julgamento interrogue o arguido ou simplesmente leia as declarações por ele prestadas em fases anteriores do processo. A oralidade é também um princípio reitor da produção da prova.

A publicidade é um meio de preservar a confiança nos tribunais, protegendo os acusados contra uma justiça secreta que escape ao controlo do público. A publicidade admite exceções: para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o normal funcionamento do tribunal. A questão que se suscita tem a ver com a norma do art. 355º: provas produzidas ou examinadas em audiência.

Quanto à participação do arguido na audiência, entendemos que ele deve ser o verdadeiro protagonista da audiência e não remetido para o "mocho" como se o processo não lhe diga respeito e a sofrer desde início a presunção de culpa que pesa sobre ele desde que pelo menos lhe foram aplicadas medidas de coação.

4. Finalmente breves considerações sobre os acordos de sentença.

O espaço não permite já que nos debrucemos sobre a confissão do arguido e os acordos de sentença. Entendemos que a confissão do arguido, nos termos previstos

[63] SILVA, Germano Marques da, «Produção e valoração da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, 1º semestre, 2006, nº4, p. 47 ss.

no art. 344º do Código de Processo Penal não constitui uma prova em sentido técnico, mas, aceite como prova para formar a convicção do tribunal, e por isso sujeita à apreciação do juiz, pensamos que os acordos constituem o aprofundamento do processo penal democrático ao potenciarem a participação constitutiva na determinação da pena concreta de todos os sujeitos processuais.

Parece-nos, porém, que tais acordos só devem poder realizar-se após a formulação da acusação para permitir o contraditório sobre a prova da acusação mediante a confissão[64].

VI. Os recursos

Uma nota mais sobre recursos penais. Nunca entendemos o desfavor com que o legislador desde sempre trata os recursos em processo penal em confronto com outros ramos, mormente em matéria civil[65]. A regulamentação dos recursos em matéria penal é, aliás, das mais instáveis e frequentemente criticada por ser excessiva na admissibilidade dos recursos. É reflexo da presunção de culpa que acompanha o arguido desde que é suspeito.

Em processo civil são admissíveis recursos para o Supremo Tribunal de Justiça desde que o valor da causa exceda a alçada da Relação, ou seja 30 000 euros. Em matéria penal desde que a pena aplicada seja superior a 5 ou 8 anos de prisão, conforme confirme ou não decisão de 1ª instância[66], e nunca pode recorrer-se para o Supremo se a pena aplicada for de multa, independentemente do seu valor. É extraordinariamente caricato que não obstante não ser admissível recurso para o STJ em matéria penal, salvo se ao crime corresponder pena de prisão superior a 8 anos, é sempre admissível recurso da parte da sentença relativa à indemnização civil, desde que o valor do pedido seja superior à alçada do tribunal da relação e a decisão impugnada seja desfavorável para o recorrente em valor superior a metade desta alçada. 30 000 euros ou 8 anos de prisão!

Não será isto claramente uma manifestação da desconsideração da liberdade e prevalência dos interesses patrimoniais?! Não consigo comparar a liberdade ao

[64] DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal / O fim do Estado de Direito ou um novo "princípio",* Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011*;* SILVA, Germano Marques, «Plea Bargaining e Acordos de Sentença», *RPCC*, Ano 28, nº 1, Jan-Abr., 2018, p.95 ss.

[65] SILVA, Germano Marques da, «Recursos», Assembleia da República, *Código de Processo Penal*, Vol. II, Tomo II, 1999, p. 61 ss.

[66] No CPP de 1929 cabia sempre recurso nos processos de querela e nos correcionais desde que fossem condenatórios (art. 646º). Na redação originária do Código de Processo Penal de 1987, cabia recurso para a Relação nos processos correcionais e para o Supremo dos acórdãos proferidos pelo Tribunal Coletivo. Na revisão do CPP em 1998 (Lei nº 59/1998, de 25 de agosto) d) De acórdãos absolutórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância; e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, em processo por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, mesmo em caso de concurso de infrações, ou em que o Ministério Público tenha usado da faculdade prevista no artigo 16.º, n.º 3; f) De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância, em processo por crime a que seja aplicável pena de prisão não superior a oito anos, mesmo em caso de concurso de infrações.

património, mas parece-me manifestamente iníquo que no decaimento civil superior a 15 000 euros seja admissível recurso para o Supremo e em matéria penal só o seja se a pena de prisão aplicável for superior a 8 anos. Interessante também que se a pena aplicável for de multa nunca caiba recurso para o STJ, seja qual for o seu valor, mas se se tratar de simples questão civil seja admissível o recurso se o valor da causa for superior à alçada da relação. Se isto não é subversão de valores...

Conclusão

Este artigo trata de questões básicas do processo penal português à luz das exigências culturais e legais do justo processo. Não tem outra pretensão e a sua intenção primeira foi tão só a de evidenciar o que é essencial no processo penal e como o português realiza esse ideal, por uma parte, e a corrompe, por outra, sobretudo quanto à interpretação jurisprudencial de algumas das normas processuais, e não só[67].

A arte evoluiu através dos séculos, mas tende sempre para o belo como o Direito tendeu sempre para a Justiça. Mudam as instituições, aperfeiçoa-se a técnica, mas o objeto é sempre o mesmo: a Justiça. Se as boas leis, ainda que interpretadas e aplicadas por simples artesãos permitem alcançar o justo, as más só o consentem por obra de artistas.

Como em quase tudo o que é humano, também a justiça é mais questão de homens e mulheres do que de doutrinas, é tarefa de juristas que possuam o sentido da justiça, a capacidade de expressá-la e dar-lhe execução com os meios que a lei lhe faculta e não com a tão exacerbada *aequitas cerebrina* porque no Estado de direito democrático a Justiça está na lei.

[67] Não só porque com a 20ª alteração do Código, operada pela Lei º20/2013, de 21.02, subverteu muitos dos princípios que enformavam o Código até então. Algumas foram reconvertidas, outras ainda não.

PELA RENOVAÇÃO DA RENOVAÇÃO DA PROVA

Helena Morão*

SUMÁRIO: I. Renovação da prova: traços gerais; II. Renovação da prova: inconsistências legais e doutrinárias e o caso *Moreira Ferreira c. Portugal*; III. Renovação da prova, novos factos e meios probatórios e o caso *Pereira Cruz c. Portugal*; IV. Renovação da prova, primeiras condenações em recurso e o caso *Sá Fernandes c. Portugal*; V. Conclusão: pela renovação da renovação da prova.

"It appears that European appellate courts are,
in a sense, allergic to immediacy."
STEPHEN C. THAMAN

I. Renovação da prova: traços gerais

Se o recurso efectivo em matéria de facto não se cinge hoje ao controlo dos vícios de facto enumerados no n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal, a verificação deste tipo de erro pode, no entanto e de acordo com o artigo 430.º, dar lugar ao exercício de um poder processual probatório específico das Relações: a modificação da matéria de facto e a prolação de uma decisão substitutiva, através de prova renovada (artigo 431.º, alínea c)).

A renovação da prova é uma figura próxima de um segundo julgamento na instância de recurso, na medida em que permite a repetição da produção de prova, com a possibilidade de obtenção de resultados probatórios diferentes, numa audiência a que é aplicável o regime do julgamento em primeira instância (n.º 2 do artigo 423.º e n.os 3 e 5 do artigo 430.º), com o grau de oralidade e imediação que o caracterizam, podendo o tribunal *ad quem*, por exemplo, colocar perguntas que não foram formuladas anteriormente aos sujeitos e participantes processuais[1].

Distancia-se, todavia, de um segundo julgamento, tendo em conta que não incide *de novo* sobre os factos, como se não tivesse havido um julgamento prévio, mas sim

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Este estudo, publicado na *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 12, 2021, pp. 171-195, e redigido de acordo com a antiga ortografia, é dedicado, com imensa saudade, à memória do Professor Doutor Augusto Silva Dias, arguente das minhas teses e responsável pelo meu interesse pelo princípio da ofensividade. Agradeço os contributos cúmplices da Dr.ª Ana Barata Brito, do Mestre António Brito Neves e do Dr. Tiago Geraldo.

[1] Acerca do tema, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa, 2011, pp. 1170-1171 e 1181.

do ponto de vista e na dimensão necessária à correcção dos lapsos da decisão recorrida constantes do n.º 2 do artigo 410.º[2], adquirindo, por este motivo, um alcance tendencialmente parcial, a não ser que a falha em causa afecte toda a decisão de facto e seja preciso renovar a prova na sua integralidade.

Pelos seus traços de semelhança com um duplo julgamento e pelos inconvenientes que este revela para a descoberta da verdade material[3] e mesmo para o princípio constitucional *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da Constituição)[4], a renovação da prova deve ter-se como subsidiária relativamente à alteração da matéria de facto com apoio na documentação da audiência de primeira instância (artigos 412.º, n.º 6), ou seja, se a Relação puder rectificar os erros de facto previstos no n.º 2 do artigo 410.º mediante o reexame crítico das provas produzidas ou examinadas no julgamento, não deve renovar a prova[5]. Por seu turno, a renovação da prova prefere à solução do reenvio do processo, presumivelmente mais moroso, devendo realizar-se "se houver razões para crer" que poderá evitá-lo (n.º 1 do artigo 430.º).

II. Renovação da prova: inconsistências legais e doutrinárias e o caso *Moreira Ferreira c. Portugal*

O formato legal que a renovação da prova assume gera, porém, algumas perplexidades.

A primeira traduz-se na circunstância de, apesar de a impugnação da matéria de facto poder ter como fundamento qualquer ponto de facto e de a Relação poder conhecer de qualquer pressuposto de facto da decisão recorrida, desde que impugnado, a prova só poder ser renovada diante de um dos vícios do n.º 2 do artigo 410.º (n.º 1 do artigo 430.º), não se percebendo por que não há-de o tribunal de recurso renovar prova a propósito de um erro diverso desses, se o entender importante para julgar bem a causa[6].

---

[2] Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, pp. 1180-1181: "Os factos a provar e as provas a renovar devem estar intrinsecamente ligados aos vícios detectados (artigo 412.º, n.º 3, als. a) e c). Este é o critério material para fixação dos 'termos' e da 'extensão' da prova a renovar. (...) todas as *démarches* realizadas pelo TR na audiência devem ser instrumentais para a sanação desses vícios".

[3] José Cunha Rodrigues, "Recursos", in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1993, p. 393: "há cada vez mais razões para olhar com cepticismo os segundos julgamentos, necessariamente montados sobre cenários já utilizados e com prévio ensaio geral".

[4] Inês Ferreira Leite, Ne (Idem) Bis In Idem – *Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, 1.º vol., Lisboa, 2016, pp. 637-638: "a anulação de todo o processo, com integral repetição do julgamento, não é equiparável à mera modificação da decisão em recurso. Ela contende sempre, de alguma forma, com o *ne bis in idem*, devendo limitar-se a casos excepcionais, em que se justifique a restrição do direito fundamental". Razão pela qual esta autora advoga que: "Como regra geral, (...) apenas deverá ser admitida a anulação da decisão com integral repetição do julgamento, (em desfavor do arguido), uma vez" (*op. cit.*, p. 639, nota 2493).

[5] Assim, na conclusão, Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 1180: "o reenvio é um meio supletivo em relação à renovação da prova e esta é um meio supletivo em relação à utilização da documentação da prova".

[6] Dando conta destas incongruências, o Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Outubro de 2007 (Carlos de Almeida), processo n.º 8428/2007-3, *www.dgsi.pt*, notas 12 a 14, fazendo notar que, com a Revisão de

O Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 5 de Julho de 2011, caso *Moreira Ferreira c. Portugal*, considerou, aliás, que a não audição da arguida recorrente – que tinha solicitado a renovação da prova sobre a sua imputabilidade diminuída, após a primeira instância se ter afastado, sem o justificar, das conclusões da perícia psiquiátrica –, pela Relação do Porto, a pretexto do seu não enquadramento no n.º 2 do artigo 410.º, colide com o direito a um processo equitativo (artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos)[7].

A segunda prende-se com a alínea c) do n.º 3 do artigo 412.º, que inclui no ónus de impugnação especificada do recorrente em matéria de facto (ou do afectado pela interposição do recurso, *ex vi* n.º 4 do artigo 413.º) "as provas que devem ser renovadas", de onde se deduz habitualmente que a Relação não pode renovar a prova sem pedido[8], embora a alínea b) do n.º 7 do artigo 417.º, a alínea c) do n.º 3 do artigo 419.º e o n.º 1 do artigo 430.º até consintam a leitura de que o tribunal *ad quem* pode também decidir a renovação da prova, independentemente de ter sido requerida, desde que "deva conhecer de facto e de direito", isto é, se a matéria de facto tiver sido impugnada.

A interpretação dominante conflitua, contudo, com o princípio constitucional da independência dos tribunais (artigo 203.º da Constituição), pois uma coisa é o âmbito do recurso, que é definido pelo recorrente[9], outra o que decide e a forma como decide

1998, "não houve o cuidado de harmonizar a redacção do artigo 430.º ao novo figurino, continuando aí a constar que a renovação dependia de 'se verificarem os vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410.º'", mas que, a partir dela, "se deveria entender que o n.º 1 do artigo 430.º se encontrava derrogado", e que a Reforma Penal de 2007 não aproveitou "a oportunidade para definir, em moldes condizentes com o regime introduzido em 1998, os pressupostos da renovação da prova, que, diga-se, dado o teor do n.º 1 do artigo 430.º, continuam a induzir em erro o intérprete".

[7] Acórdão do TEDH de 5 de Julho de 2011, caso *Moreira Ferreira c. Portugal*, *hudoc.echr.coe.int*.

[8] V., por todos, Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, pp. 1180 e 1183, que exige ainda a arguição de um dos vícios do n.º 2 do artigo 410.º

[9] Regime que não se explica, na nossa perspectiva, por via do princípio dispositivo, de duvidosa vigência no processo penal português (assim, todavia, José Cunha Rodrigues, *op. cit.*, pp. 387-388; José Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial – Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, 2002, pp. 48 e 731 e ss.; Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *Recursos Penais*, 8.ª ed., 2011, pp. 88-89; acertadamente, falando num "corolário da disponibilidade do direito de recorrer", António Pereira Madeira, comentário ao artigo 403.º, in António da Silva Henriques Gaspar *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 2016, p. 1239), mas sim tendo em atenção os direitos fundamentais ao recurso do arguido e do assistente e a respectiva legitimidade para recorrer, pois, tratando-se de posições jurídicas de vantagem (e não de deveres), que podem ou não ser exercidas, no domínio do princípio do livre exercício de direitos fundamentais, podem sê-lo também só na medida da afectação dos interesses dos seus titulares (v. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, p. 221; e Peter D. Marshall, "A comparative analysis of the right to appeal", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2011, p. 42). O próprio poder funcional de recorrer do Ministério Público, que resulta da sua vinculação constitucional ao exercício da acção penal e à defesa da legalidade (n.º 1 do artigo 219.º da Constituição), apenas deve ser desencadeado na medida necessária a promover o controlo da legalidade das decisões judiciais, sejam estas prejudiciais ou favoráveis à defesa, em consonância com o seu estatuto processual de objectividade. Sobre o fundamento constitucional dos direitos ao recurso do arguido e do assistente e do poder funcional de recorrer do Ministério Público, v. Helena Morão, "Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal – Fundamento e legitimidade para recorrer", *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 5, 2017, pp. 9 e ss.

o tribunal de recurso, aspectos que não devem estar na dependência do recorrente por força daquele princípio. Por outro lado, é inconsistente quer com o regime da modificação da matéria de facto com base na documentação da prova, em que o tribunal *ad quem* pode consultar segmentos não indicados pelo recorrente "que considere relevantes para a descoberta da verdade e a boa decisão da causa" (n.º 6 do artigo 412.º), quer com o poder de fixar os termos e a extensão da própria renovação da prova (n.º 2 do artigo 430.º), além de se articular mal com a susceptibilidade de conhecimento oficioso dos erros do n.º 2 do artigo 410.º[10], levando à conclusão incoerente de que o tribunal pode conhecer deles oficiosamente, mas não supri-los renovando a prova, por não terem sido invocados pelo recorrente.

III. Renovação da prova, novos factos e meios probatórios e o caso *Pereira Cruz c. Portugal*

Outro ângulo controverso diz respeito ao problema de saber se o desenho legal da renovação da prova obsta a que o arguido apresente à Relação novos factos ou material probatório, em recurso ordinário da matéria de facto, tendo em atenção que comummente se entende que "a prova em causa, como a própria designação do instituto indicia, e resulta expressamente do disposto no artigo 430.º, n.º 2, é apenas a prova produzida na 1.ª instância"[11].

Segundo alguma doutrina, a leitura do regime da renovação da prova de acordo com a qual não podem ser requeridos ou ordenados meios de prova distintos dos avaliados na audiência de julgamento, mesmo que não conhecidos do arguido nessa altura, atenta contra o seu direito ao recurso, a presunção de inocência e o princípio da celeridade processual, pois impede a apreciação, em audiência de renovação da prova, de novos factos ou elementos probatórios que gerem sérias suspeitas acerca da justiça da condenação recorrida, que só poderão ser usados para fundamentar um recurso extraordinário de revisão, designadamente à luz da alínea d) do n.º 1 do artigo 449.º; portanto, após um trânsito em julgado que, de modo já previsivelmente incorrecto, consolida o estatuto de culpado e obriga ao cumprimento de pena[12].

---

[10] Segundo o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 7/95 (Sá Nogueira), *www.dgsi.pt*: "É oficioso, pelo tribunal de recurso, o conhecimento dos vícios indicados no artigo 410.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito"; na linha do que advogava, na doutrina, Maria João Antunes, "Conhecimento dos vícios previstos no artigo 410.º, n.º 2, do Código de Processo Penal – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 1992", *RPCC*, 1994, pp. 118 e ss. Para José Damião da Cunha, *op. cit.*, p. 578, nota 74: "Conhecimento oficioso significa duas coisas: independente do fundamento do recurso; independente de quem interponha recurso".

[11] Henrique Salinas, *Os Limites Objectivos do* Ne Bis In Idem *e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*, Lisboa, 2014, p. 511. V. também Sérgio Gonçalves Poças, "Processo penal quando o recurso incide sobre a decisão da matéria de facto", *Julgar*, n.º 10, 2010, p. 33; e Germano Marques da Silva, *Direito Processual Penal Português – Do procedimento (Marcha do processo)*, 3.º vol., Lisboa, 2014, p. 353.

[12] Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, pp. 936, 1145, 1181-1182 e 1184, que adiciona o caso de os factos dados como provados noutra decisão judicial se mostrarem inconciliáveis com os que alicerçaram a condenação (alínea c) do n.º 1 do artigo 449.º). Próximo, o Acórdão da Relação de Évora de 14 de Julho

Sem prejuízo de esta última orientação ter a seu favor uma lógica de maioria de razão por referência ao recurso de revisão, parece-nos, não obstante, que a resposta que decorre da interpretação do sistema processual penal no seu conjunto é significativamente mais ampla, nos moldes que se expõem de seguida.

Assim, a menção feita no n.º 2 do artigo 430.º à prova produzida em primeira instância reporta-se à situação mais paradigmática de renovação da prova, mas não exclui, no nosso parecer e apesar de tal não se encontrar tão claramente estatuído como nos n.os 1 e 2 do artigo 603.º do *Codice di Procedura Penale* italiano[13], a renovação de um momento de produção de prova para conhecimento de factos ou meios de prova desconhecidos pela decisão recorrida, na medida em que a remissão do n.º 5 do artigo 430.º para as regras gerais do julgamento abarca quer o poder de o tribunal determinar, "oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa" (artigo 340.º, n.º 1), quer o de autorizar a "produção de meios de prova supervenientes quando tal se revelar indispensável para a boa decisão da causa" posteriormente à etapa probatória normal da audiência (artigo 360.º, n.º 4, sem esquecer os artigos 369.º, n.º 2, e 371.º).

Outra solução não se nos afigura materialmente compatível com os princípios constitucionais da legalidade, da culpa, da necessidade da pena e da verdade material ou com as finalidades jurídico-penais substantivas que o processo penal se destina a prosseguir, que impõem que possam ser invocados e conhecidos quaisquer factos ou meios probatórios favoráveis ao arguido não tidos em conta anteriormente, com impacto no juízo condenatório ou na escolha da espécie e da medida da pena, e que ainda possam sê-lo, uma vez observado o crivo da imediação (artigo 355.º, n.º 1). Um exemplo é o da desactualização comprovada do prognóstico de reincidência do arguido

---

de 2020 (João Amaro), processo n.º 940/12.4TAABT.E1, *www.dgsi.pt*: "O tribunal *ad quem* não pode apreciar elementos de prova juntos na fase do recurso (ou até em momento posterior ao da interposição do recurso) e que o tribunal *a quo* não tenha apreciado para fundamentar a respectiva decisão (a não ser, admite-se, em hipóteses perfeitamente excepcionais, de realização de audiência de julgamento no Tribunal da Relação, com renovação de prova, e com apresentação de novos meios de prova que suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação, e, obviamente, desde que tais meios de prova tenham sido conhecidos do arguido apenas em momento posterior ao do julgamento no tribunal de primeira instância – mas ainda em tempo de serem invocados no recurso da sentença".

Com posição discordante, Henrique Salinas, *op. cit.*, pp. 508-511, opinando que "a sugerida interpretação conforme com a constituição só poderá conduzir, caso seja procedente, à realização de novo julgamento" (p. 509), como acontece na revisão. Frise-se, no entanto, que, na revisão, nem sempre à fase rescidente no STJ se deve necessariamente seguir a do juízo rescisório de um novo julgamento no tribunal de revisão, devendo o Supremo decidir directamente a causa quando não houver possibilidade de nova condenação: v. José Damião da Cunha, *op. cit.*, pp. 109-110 (nota 105), 761, 769, 774, 777-779 e 783; João Conde Correia, *O "Mito do Caso Julgado" e a Revisão* Propter Nova, Coimbra, 2010, pp. 632-633; e Inês Ferreira Leite, *op. cit.*, pp. 661 e ss.

[13] O n.º 3 do artigo 790.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola é comparativamente mais limitador: "En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables".

para efeitos de ponderação das exigências de prevenção especial, em hipóteses de dilação temporal prolongada entre a prolação da decisão recorrida e o momento do julgamento do recurso.

Esta ilação de que o direito fundamental ao recurso do arguido engloba o poder de suscitar a discussão de novos factos ou meios de prova não antagoniza, além do mais, a ideia de que o objecto do recurso – ordinário ou extraordinário – é a decisão impugnada e apenas indirectamente a questão que lhe subjaz[14], pois continua a estar em causa o acerto ou desacerto da resposta que uma decisão judicial dá à questão subjacente, que poderá ser relativamente correcta ponderando os dados então disponíveis, mas absolutamente injusta, em face de factores a que não pôde atender, ou supervenientemente errada, por modificação relevante dos pressupostos em que se fundou[15].

Vem ao encontro de parte do que se defende o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 26 de Junho de 2018, caso *Pereira Cruz e outros c. Portugal*, que decidiu, por quatro votos contra três, que a recusa da Relação de Lisboa em admitir nova prova em benefício do arguido, em recurso ordinário de apelação, o priva do processo justo e constitui ofensa do artigo 6.º, n.os 1 e 3, alínea d), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[16]. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/2013, proferido no mesmo caso, não havia julgado inconstitucional "a norma constante do artigo 165.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, interpretado no sentido em que não é admissível, após a prolação da sentença da 1.ª instância, a junção de documentos em sede de recurso que abrange a matéria de facto, mesmo quando esses documentos foram produzidos após aquele momento, só então sendo do conhecimento do arguido", por achar que o local apropriado para a apresentação de tal prova seria o recurso de revisão da condenação transitada em julgado[17]. Todavia, o TEDH não aceitou este ar-

[14] Consistindo o recurso num meio de impugnação de uma decisão judicial destinado a corrigir eventuais erros judiciários (v. Helena Morão, *op. cit.*, pp. 9 e ss.), o objecto do recurso é, pois, a decisão recorrida e não directamente a questão material ou processual que lhe subjaz (José Damião da Cunha, *op. cit.*, pp. 577-578; Mara Lopes, "O princípio da proibição da *reformatio in pejus* como limite aos poderes cognitivos e decisórios do tribunal – Sentido e verdadeiro alcance", in Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (org.), *Ars Ivdicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, 2010, p. 967; Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *op. cit.*, p. 87; Germano Marques da Silva, *op. cit.*, p. 300), constituindo, assim, a decisão de recurso "uma decisão judicial sobre uma decisão judicial" (Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, 2.º vol., Lisboa, 1986, p. 280).

[15] Diverge-se, desta forma, de Germano Marques da Silva, *op. cit.*, p. 300: "se o objecto do recurso é a decisão proferida, apreciar se é inválida ou injusta, então não interessa senão comparar a decisão com os dados que o juiz decidente, o tribunal *a quo*, possuía".

[16] Acórdão do TEDH de 26 de Junho de 2018, caso *Pereira Cruz e outros c. Portugal*, *hudoc.echr.coe.int*.

[17] Acórdão do TC n.º 90/2013 (João Cura Mariano), seguindo o rumo dos Acórdãos n.º 392/2003 (Artur Maurício) e n.º 397/2006 (Maria João Antunes), *www.tribunalconstitucional.pt*.
O posterior Acórdão do TC n.º 289/2020 (Pedro Machete), *www.tribunalconstitucional.pt*, não julgou "inconstitucional o n.º 1 do artigo 165.º do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de que, em sede de recurso para a relação que abrange a matéria de facto, é extemporânea e como tal inadmissível a junção de documentos considerados pela defesa como essenciais e imprescindíveis para aferir da justeza da condenação que tenham sido produzidos e conhecidos pelo recorrente somente depois da decisão da

gumento, tendo em conta a jurisprudência fortemente restritiva do Supremo Tribunal de Justiça sobre a autorização de revisão *pro reo* ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do artigo 449.º

IV. Renovação da prova, primeiras condenações em recurso e o caso *Sá Fernandes c. Portugal*

Já noutro local tratámos das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[18], de que se pode destacar o Acórdão de 5 de Julho de 2011, caso *Dan c. Moldova*, que consideram que, em hipóteses de primeiras condenações em recurso, a garantia de *fair trial* do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos impõe que o tribunal de recurso avalie directamente a prova pessoal, voltando a ouvir as testemunhas ou o arguido em audiência[19], no rumo da jurisprudência anterior que acolheu

primeira instância ou após a interposição do recurso, quando tais documentos, objetivamente considerados, comportam apenas uma outra valoração de situações já objeto de perícias ordenadas pelo tribunal de primeira instância". O Tribunal Constitucional explica a conformidade desta decisão com a jurisprudência do TEDH do caso *Pereira Cruz e outros c. Portugal* pela circunstância de os documentos supervenientes "considerados pela defesa como essenciais e imprescindíveis para aferir da 'justeza da condenação' se revelarem, "pela sua natureza intrínseca, (...) segundo um juízo de evidência como não determinantes para alterar factos essenciais seja em relação à condenação do arguido, seja relativamente à fixação da medida concreta da pena aplicada". Como realça a declaração de voto do Conselheiro Manuel da Costa Andrade a este Acórdão, ao proceder "a uma análise da concreta tipologia de documentação apresentada e da sua fecundidade heurístico-probatória (...), o acórdão assume – de forma mais ou menos implícita, mais ou menos exposta, mas irrecusável – um afastamento da jurisprudência do Tribunal Constitucional (...). (...) Ao afirmar a irrelevância probatória da documentação apresentada para abonar a constitucionalidade da norma sindicada, o acórdão permite antecipar que, com outra avaliação, o juízo poderia ser diferente".

[18] V. Helena Morão, "Sem apelo nem agravo – Sobre o direito ao recurso em matéria de facto em caso de primeira condenação em segunda instância", *Revista do Ministério Público*, n.º 159, 2019 pp. 155 e ss.

[19] Acórdão de 5 de Julho de 2011, caso *Dan c. Moldova*, *hudoc.echr.coe.int*, n.º 30: "Where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence". V. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, com a colaboração de Sara J. Summers, Oxford, 2005, pp. 257 e ss.; Coral Arangüena Fanego, "The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences (Art. 2 P7)", in Javier Garc Roca e Pablo Santolaya (org.), *Europe of Rights – A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden/Boston, 2012, p. 172; Arturo Capone, "Dopo Dan c. Moldavia – Per un processo di parti nell'appello penale", *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 1007 e ss.; José Damião da Cunha, "Algumas questões do actual regime de recursos em processo penal", p. 296; "Recursos na área penal – A perspectiva académica", in *Reforma do Sistema de Recursos*, CEJ, Lisboa, 2019, p. 74, disponível em *www.cej.mj.pt*; Maria de Fátima Mata-Mouros, "A jurisprudência do Tribunal Constitucional e a garantia do direito ao recurso – O caso do arguido condenado em pena de prisão efectiva por acórdão da Relação em revogação de absolvição de 1.ª instância", in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra, 2019, pp. 197 e ss.; "Recurso em matéria de facto no processo penal", in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, Lisboa, 2020, pp. 2396 e ss.; Sandra Oliveira e Silva, "Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal", in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, Lisboa, 2020, pp. 2386 e ss.; European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights – Right to a fair trial (criminal limb)*, 2020, pp. 47 e 53-54, disponível em *www.echr.coe.int*.

o direito do arguido a estar presente e a intervir na audiência de recurso sobre matéria de facto, iniciada com o Acórdão de 26 de Maio de 1988, caso *Ekbatani c. Suécia*[20/21].

Para uma decisão semelhante quanto ao agravamento da sanção em segunda instância, v., entre outros, o Acórdão de 25 de Abril de 2013, caso *Zahirović c. Croácia*, *hudoc.echr.coe.int*, n.º 57.
O TEDH desviou-se desta linha de orientação no Acórdão de 26 de Abril de 2016, caso *Kashlev c. Estónia*, *hudoc.echr.coe.int*: "In conclusion, given that the applicant unequivocally waived his right to take part in the Court of Appeal hearing, that the defence was able to put questions to the witnesses before the first-instance court in proceedings the compatibility of which with the fair trial guarantees enshrined in Article 6 §§ 1 and 3 (d) has not been put into question, that the applicant, who was assisted by a lawyer, did not request the examination of witnesses at the appellate court's hearing, that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it, and that an appeal against the Court of Appeal judgment to the country's highest court allowed the latter to verify whether the requirements of domestic law, including those of a fair trial, had been met, the Court finds that the applicant's right to a fair trial was not breached in the present case" (n.º 51); com voto de vencida da Juíza Karakaş, que não viu razões convincentes para tal, reforçando: "it is difficult to understand how the possibility of lodging an appeal with the Supreme Court – *an appeal on points of law* – could be a safeguard for the applicant's defence rights" (n.º 15).

[20] Acórdão de 26 de Maio de 1988, caso *Ekbatani c. Suécia*, *hudoc.echr.coe.int.*

[21] Esta jurisprudência inspirou a solução da *Legge Orlando* italiana de 2017 (não a tempo, porém, de impedir a desaprovação do TEDH no Acórdão de 29 de Junho de 2017, caso *Lorefice c. Itália*, *hudoc.echr.coe.int*): nas situações de *appello* do *Pubblico Ministero* de decisões absolutórias por motivos atinentes à valoração de prova declarativa há agora necessariamente renovação da prova no tribunal de recurso (novo n.º 3-bis do artigo 603.º do *Codice di Procedura Penale*; v. as críticas de Hervé Belluta e Luca Lupária, "La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi 'formante' delle Sezioni Unite", *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 3, 2017, pp. 159 e ss.; Massimo Ceresa-Gastaldo, "La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative – A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)", *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 3, 2017, pp. 163 e ss.: "l'imputato assolto in primo grado ha diritto ad un equo processo di appello, mentre l'imputato condannato, che pure critichi la sentenza per motivi attinenti alla valutazione della prova, può accontentarsi di un secondo grado inquisitorio? (...) *l'accusa avrà a disposizione uno strumento efficace per ribaltare il risultato*; strumento *che* invece *l'imputato non potrà invocare* per rimuovere l'errore della condanna. Difficile negare che, così, si trattino irragionevolmente in modo (assai) diverso ipotesi nella sostanza identiche" (pp. 167-168); Gaia Caneschi, "La rinnovazione istruttoria in appello dopo la Riforma Orlando – Una non soluzione ad un problema apparente", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, pp. 821 e ss.); e Daniela Chinnici e Caterina Scaccianoce, "Il legislatore scopre 'ancora una volta' il concordato sui motivi d'appello e 'per la prima volta' la prova orale nell'immediatezza", *Archivio Penale – Speciale Riforme*, 2018, pp. 673 e ss. Entretanto a *Corte di Cassazione* restringiu interpretativamente esta obrigatoriedade, negando a sua automaticidade e fazendo-a depender de prova oral decisiva (v. Annamaria Ciamarra, "Riassunzione della prova dichiarativa in appello – La corte di cassazione previsa i termini dell'applicazione dell'art. 603 comma 3-bis Cod. Proc. Pen.", *La Giustizia Penale*, 2019, pp. 394 e ss.; Arturo Capone, "Appello dell'imputato contro la condanna – Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istrottoria", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2019, pp. 288 e ss.), debatendo-se, por outro lado, a sua extensão à prova pericial (v. Donato Polidoro, "Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate – Ipotesi e soluzioni", *Archivio Penale*, n.º 1, 2018, pp. 1 e ss.; Caterina Scaccianoce, "Prova tecnica e appello penale", *Rivista di Diritto Processuale*, 2019, pp. 749 e ss.).
Chamada a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do n.º 3-bis do artigo 603.º, a *Corte Costituzionale*, na sua *Sentenza* n.º 124/2019, não encontrou desconformidades com a Constituição italiana (*Sentenza* n.º 124/2019, *www.cortecostituzionale.it*.; v. Hervé Belluta, "Tra legge e giudice – La Corte Costituzionale 'approva' la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle Sezioni Unite", *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 6, 2019, pp. 37 e ss.).

Sustentou-se então que tal jurisprudência não se afigura inconciliável com o tipo de imediação, oralidade e contraditório proporcionado pelo sistema de revaloração das provas no recurso em matéria de facto português, apoiado na audição das gravações do julgamento da primeira instância e no qual o arguido pode requerer a realização de audiência de recurso para debate de quaisquer pontos probatórios[22], pois, pelo que se pôde apurar, estas decisões do TEDH – e é o que se verifica no caso *Dan c. Moldova* – têm tido por base processos recursórios assentes em reexames puramente cartulares da prova[23].

Também se defendeu que a esta nossa inferência não se parece poder opor seriamente o Acórdão de 29 de Março de 2016, caso *Gómez Olmeda c. Espanha* – em que o TEDH estendeu o juízo de violação do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção a uma hipótese em que o tribunal *ad quem* reverteu a absolvição com apoio na visualização do julgamento gravado da primeira instância –, na medida em que o TEDH confundiu o direito à audiência, que, na sua opinião, deve ser promovida pelo tribunal de recurso ainda que não solicitada pelo arguido[24], com a suficiência da imediação proporcionada por tal visualização, que rejeitou através de um pobre e circular argumento de autoridade[25]. Ora, o que está, na verdade, em causa, não é saber se a imediação é a mesma, mas se, no contexto do recurso, é a bastante, sem prejuízo, claro está, da renovação subsidiária da prova, quando necessária, nos amplos termos expostos *supra*[26/27].

---

[22] De acordo com o Acórdão do STJ de 20 de Setembro de 2018 (Carlos de Almeida), processo n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1, *www.dgsi.pt*, o arguido absolvido em primeira instância pode mesmo impugnar "para o Tribunal da Relação a decisão proferida sobre os pontos da matéria de facto que, no seu modo de ver, seriam relevantes em caso de procedência dos recursos interpostos do acórdão da 1.ª instância", por aplicação do n.º 2 do artigo 636.º (Ampliação do âmbito do recurso a requerimento do recorrido) do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 4.º do Código de Processo Penal. Mas, como salienta José Damião da Cunha, "Sobre o recurso de apelação em processo penal – Alguns pontos susceptíveis de crítica e de necessária reforma", *RPCC*, 2019, pp. 495 e ss., "o CPP não dá o devido relevo ou acentua este ponto fundamental" (p. 497), impondo-se "precisar essa matéria bem como consagrar um 'apelo incidental', que garanta a posição do arguido não recorrente" (p. 501).

[23] V. o n.º 32 dessa decisão: "the Court of Appeal (...) merely relied on their statements *as recorded in the file*"; e o n.º 33: "The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a *mere reading of his or her recorded words*" (itálicos nossos).

[24] Acórdão de 29 de Março de 2016, caso *Gómez Olmeda c. Espanha*, *hudoc.echr.coe.int*, n.º 37: "the viewing of the video-recording by the *Audiencia* did not compensate for the lack of a hearing because rather than responding to the applicant's right to address the *Audiencia*, it merely represented part of the *Audiencia*'s review of the first instance proceedings".

[25] V. os n.os 38-39 dessa decisão: "the Spanish Constitutional Court, in ruling on similar cases, has found that the viewing of a video-recording of the first-instance trial does not enable an appellate court to assess personal evidence (...). Consequently, it may not be considered that the viewing of the video-recording placed the *Audiencia Provincial* in the same position as the first-instance judge". Reprovando este tipo de afirmações, Richard Posner, "Formalism and realism in appellate decision making", in *Reflections on Judging*, Harvard, 2013, pp. 123-125.

[26] Considerando, embora num domínio não recursório, que os registos electrónicos em áudio e vídeo não levantam os mesmos obstáculos à justiça do processo que os depoimentos escritos, Nadja Capus, "Written records of statements and fairness", in John D. Jackson e Sarah J. Summers (org.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings – Individual rights and institutional forms*, Oxford/Portland, 2018, pp. 205-206.

A compatibilidade do modelo recursório português com o princípio do processo justo e equitativo do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção aparenta, porém, entrar em crise com o Acórdão de 25 de Fevereiro de 2020, caso *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*[28]. Se o desaproveitamento do instituto da renovação da prova pelos tribunais nacionais já tinha merecido a censura do TEDH nos previamente citados casos *Moreira Ferreira c. Portugal* (não renovação da prova numa situação não prevista no n.º 2 do artigo 410.º) e *Pereira Cruz e outros c. Portugal* (não admissão de nova prova em recurso), no caso *Sá Fernandes c. Portugal* o TEDH observa um desrespeito do mesmo princípio numa primeira condenação em recurso sem renovação da prova, entendendo que a segunda instância não poderia ter invertido a absolvição, dando como provado um facto que não o havia sido em primeira instância (a consciência da ilicitude do arguido), sem ouvir as testemunhas e o arguido pessoalmente[29].

[27] Em 2015, o n.º 2 do artigo 792.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola passou a proibir condenações *ex novo* e agravações de condenações em recurso de apelação em caso de erro na apreciação da prova, que só pode conduzir à anulação da decisão recorrida e a um novo julgamento da causa, apesar de, desde 2009, se poder reproduzir a prova gravada em audiência de recurso (artigo 791.º; v. Rafael Alcácer Guirao, "Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación", *InDret,* n.º 1, 2012, pp. 1 e ss.; Manuel Díaz Martínez, "Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación – Principio de inmediación y derecho de defensa", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2013, pp. 111 e ss.; Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, "Caracterización de la apelación penal y valoración de la prueba en segunda instancia", in Olga Fuentes Soriano, Frederic Adán Domènech e M.ª Belén Aige Mut (org.), *El Proceso Penal – Cuestiones fundamentales*, 2017, Valencia, pp. 416 e ss.; Elena de Luis Garcia, "La condena ex novo en el proceso penal – Pasado, presente y futuro, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017, disponível em *www.iustel.com*; Rosario Sánchez Romero, *La Garantía Jurisdiccional de Inmediación en la Segunda Instancia Penal – Revocación de las sentencias absolutorias o agravación de las condenatorias dictadas en primera instancia fundamentadas en las pruebas personales*, Madrid, 2017, pp. 17 e ss.; Nicolás Pérez Sola, "El contenido del derecho a un proceso com todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, pp. 371 e ss.).
Alertando para os riscos de vitimização secundária desnecessária da repetição de julgamentos e de consequente desincentivo de recursos por parte de vítimas de violência de género, que poderiam ser evitados com a visualização dos suportes audiovisuais em segunda instância, M.ª José Jordán Díaz-Roncero, "La inconstitucionalidad de la regulación del recurso de apelación contra sentencias absolutorias en materia de violencia de género", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 127, 2019, pp. 98 e ss.; e favoráveis, em geral, a esta opção recursória tecnológica, Alberto Jorge Barreiro, "Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)", *Jueces para la Democracia*, n.º 48, 2003, pp. 67 e ss.; "Segunda instancia penal – Recurso frente a sentencias absolutorias (límites de la revisión de la valoración de la prueba en apelación y en casación) (y II)", *Jueces para la Democracia*, n.º 78, 2013, pp. 92 e ss.; Luis Juan Delgado Muñoz, "La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de modificación de la LECRIM – El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional", *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018, disponível em *www.iustel.com*.

[28] Acórdão de 25 de Fevereiro de 2020, caso *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*, *hudoc.echr.coe.int*.

[29] V. o n.º 64 dessa decisão: "la Cour estime qu'un examen direct des témoignages qui avaient été présentés devant le tribunal de Lisbonne s'imposait pour réapprécier les faits. (...) la Cour relève que, d'après l'article 430 §§ 1 et 3 du CPP, la cour d'appel de Lisbonne aurait pu réadministrer les preuves en tenant une audience (...). Or, en l'espèce, la cour d'appel a, sans entendre aucun témoin, ni même le requérant, opéré un revirement factuel et considéré comme prouvé que l'intéressé avait agi en sachant que son acte était interdit par la loi, alors que le tribunal avait conclu l'inverse. Aux yeux de la Cour, cet élément factuel

Com feito, não tendo havido, no caso, impugnação dos factos e tendo a Relação de Lisboa modificado a matéria de facto oficiosamente[30], não ofereceu qualquer oportunidade de defesa ao arguido quanto a essa alteração crucial para a decisão condenatória, em flagrante atentado aos direitos de contraditório e audiência. Além disso, o tribunal de julgamento havia concluído pela falta de consciência da ilicitude do arguido quanto à gravação não autorizada de uma conversação (artigo 199.º do Código Penal) relacionada com a denúncia de um crime de corrupção, com base em testemunhos de pessoas, algumas juristas, que tinham aconselhado o arguido a realizar essa gravação, e nas declarações do próprio arguido. Tratando-se a licitude desta gravação de uma questão juridicamente controversa e tendo a primeira instância dado assentimento à tese da justificação do facto, é absurdo querer ver, como quis a Relação de Lisboa, "erro notório na apreciação da prova" na assunção da falta de consciência da ilicitude do arguido e, sem qualquer consulta da documentação da prova pessoal produzida em audiência de julgamento, procurar demolir a lógica absolutória através da mera invocação da qualidade de advogado do arguido – deveria este porventura deter uma consciência da ilicitude superior à de um tribunal criminal?

Se este Acórdão do TEDH nos merece plena concordância quanto à falta de apreciação directa dos elementos probatórios subjacentes à absolvição precedente, também se nos afigura que salta precipitadamente para a imprescindibilidade da renovação da prova como requisito do *procès équitable* recursório, misturando, de um lado, a audição da defesa com a repetição de prova em audiência de recurso, e denotando, de outro, uma acepção estreita da imediação em recurso, tecnologicamente ultrapassada, que somente parece coadunável com uma apelação de matriz alemã e as conhecidas desvantagens de um segundo julgamento em segunda instância[31/32].

---

ainsi que l'appréciation de la question de savoir si le requérant avait agi par nécessité au moment des faits ont été déterminants dans l'établissement de la culpabilité du requérant par la cour d'appel de Lisbonne. Le requérant n'ayant pas été entendu, il n'a pu présenter sa défense sur ces points, plus particulièrement sur celui de savoir s'il savait que son acte était interdit par la loi"; e o n.º 65: "il aurait fallu que la cour d'appel procède à une administration directe de l'ensemble des preuves qui avaient amené le tribunal de Lisbonne à acquitter le requérant (...) ou qu'elle entende personnellement le requérant".

[30] Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de Abril de 2012 (Almeida Cabral), processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9, *www.dgsi.pt*.

[31] Sobre esta "segunda primeira instância", regulada nos §§ 323 e ss. do StPO, mas que não abarca as causas mais graves, v. Claus Roxin e Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 29.ª ed., Munique, 2017, p. 465/ § 54.17; e Bernd Schünemann, "Gedanken zur zweiten Instanz in Strafsachen", in Claudius Geisler, Erik Kraatz, Joachim Kretschmer, Hartmut Schneider e Christoph Sowada (org.) *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlim/ Nova Iorque, 2011, pp. 649 e ss.; Diethelm Klesczewski, *Strafprozessrecht*, 2.ª ed., Munique, 2013, pp. 166 e ss.; Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 9.ª ed., Heidelberg, 2015, pp. 662 e ss./ §§ 1039 e ss.; Detlef Burhoff e Peter Kotz, *Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe*, 2.ª ed., Bona, 2016, §§ 1 e ss.; Jan Schletz, *Die erweiterte Revision in Strafsachen – Untersuchung eines Rechtsmittels und seiner Bedeutung im heutigen Strafprozess*, Baden-Baden, 2020, pp. 277 e ss.

[32] Admitindo, no entanto, por "interpretação extensiva (...) a realização da audiência e a renovação da prova por iniciativa do tribunal fora dos casos previstos na lei sempre que esteja em causa a possibilidade de revogação de decisão absolutória", Sandra Oliveira e Silva, *op. cit.*, p. 2390 e nota 96. É importante,

V. Conclusão: pela renovação da renovação da prova

Em síntese e embora se reconheça que se trata, na prática, de "uma norma sem aplicação"[33], há que concluir que a concepção restritiva maioritária da renovação da prova não parece ser constitucionalmente válida. Pelos motivos explanados, a renovação da prova não pode reduzir-se à sanação dos vícios de facto do n.º 2 do artigo 410.º, tendo de poder ser pedida, pelo menos, pela defesa, para avaliação de novos factos e material probatório com influência na condenação ou punição, não se encontrando argumento procedente para que não haja renovação oficiosa da prova[34].

---

contudo, não associar exclusiva ou quase exclusivamente a renovação da prova à reversão de absolvições em recurso, pois, como acentua Massimo Ceresa-Gastaldo, *op. cit*., p. 168: "Per affermare che i due casi di condanna in appello (quella inedita e quella ribadita) possano fondarsi su livelli differenti di affidabilità del secondo giudizio, occorrerebbe dimostrare che il proscioglimento in primo grado rappresenti, di per sé, un precedente più solido rispetto all'esito opposto. Ma è un abbaglio: né l'una, né l'altra decisione sottoposta al controllo (il proscioglimento come la condanna) può presumersi immune da errori". V., sobre o assunto, Natalia Rombi, "La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?", *Processo Penale e Giustizia*, 2018, n.º 1, pp. 106 e ss.

[33] Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 1181; Rogério Alves, "Os recursos como indicadores da saúde processual – Querem-se vivos ou mortos?", in Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro (org.), *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, 2009, p. 132: "terá de se procurar muito, mas muito mesmo, para encontrar notícia de uma audiência destinada à renovação da prova"; e Vânia Costa Ramos e Bárbara Churro, "Report on Portugal", in Serena Quattrocolo e Stefano Ruggeri (org.), *Personal Participation in Criminal Proceedings – A comparative study of participatory safeguards and* in absentia *trials in Europe*, Cham, 2019, pp. 342-343 e nota 180.
De acordo com a notícia de Joana Gorjão Henriques, "'É ele.' Vítima da Cova da Moura identifica imediatamente agente condenado por o agredir", do jornal *Público* de 30 de Setembro de 2020, *www.publico.pt*, a Relação de Lisboa, em recurso da condenação proferida no Caso Esquadra de Alfragide, ouviu uma das vítimas para "esclarecer vários pontos do seu depoimento na primeira instância", um dos condenados e uma nova testemunha, num "procedimento pouco corrente", em que os "advogados perguntaram se podiam usar da palavra para o contraditório mas o presidente do colectivo afirmou que neste julgamento da Relação não há renovação de prova, não há contraditório". Compulsada a respectiva decisão de recurso, o Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Novembro de 2020 (Rui Gonçalves), processo n.º 29/15.4PAAMD.L1, não publicado, confirma-se que foi indeferida "a 'renovação da prova' requerida pelo arguido (...), por não verificação dos respectivos pressupostos legais" – supõe-se que por se ter pedido a produção de nova prova e pela inexistência de erros do n.º 2 do artigo 410.º –, mas "sem prejuízo da audição oficiosa de (...), em audiência, ao abrigo do disposto no art. 340.º do Código de Processo Penal", "que se mostrava essencial para a descoberta da verdade e a boa decisão dos presentes recursos" (n.os 1.46 a 1.50, pp. 101-103), juntamente com o arguido e o assistente relacionados com esta testemunha – precisamente uma testemunha não ouvida em primeira instância e com apelo a uma das disposições habilitantes a que nos referimos, *supra*, no ponto III. Além disso, nesta decisão são citadas e valoradas as transcrições das declarações deste assistente produzidas em audiência de recurso na Relação de Lisboa, ressalvando-se, contudo e diferentemente do noticiado pelo *Público*, que foi observado o princípio do contraditório (pp. 242-247). Em suma, neste caso a Relação de Lisboa renovou oficiosamente um momento de produção de prova em segunda instância, que incluiu a audição de uma nova testemunha que poderia ilibar um dos arguidos, independentemente da identificação de um lapso do n.º 2 do artigo 410.º

[34] Repare-se, por contraponto, que o artigo 662.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código de Processo Civil permite que a Relação ordene oficiosamente quer a renovação da produção da prova quer a produção de novos

Por seu turno, a jurisprudência do TEDH sobre a necessidade de renovação da prova em hipóteses de reversão de absolvições em segunda instância, como corolário do *fair trail* recursório, confunde dever oficioso de audição do arguido com repetição da prova em recurso, evidenciando um entendimento de imediação tecnologicamente datado e reprovando injustificadamente modelos válidos de recurso sobre matéria de facto que evitam o duplo julgamento[35]. Com efeito, a imediação atenuada que a consulta da gravação da audiência de primeira instância admite possibilita uma relação directa do julgador de recurso com a prova – e a formação de uma percepção própria – semelhante à que ocorre com o exame da prova documental em cuja produção não se interveio[36/37], não se vendo razão de princípio para que a renovação da prova se mostre indispensável em todos os casos. De resto, não é evidente que um processo de recurso justo reclame a "máxima expansão possível" da imediação em segunda instância[38]; o respeito pelos princípios da oralidade e da imediação nesta sede poderá concretizar-se precisamente no acesso ao que se passou no julgamento de primeira instância[39].

---

meios de prova em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, analogamente ao que acontece no n.º 3 do artigo 603.º do *Codice di Procedura Penale* italiano.

[35] Sobre a importância histórica dos avanços tecnológicos que tornaram possível o registo dos julgamentos no reconhecimento do direito ao recurso do arguido, Peter D. Marshall, *op. cit.*, pp. 36-37.

[36] Ana Barata Brito, "Recursos em processo penal – A interposição do recurso – O recurso da matéria de facto", *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal – Estudos)*, 2008, p. 391: "a gravação está mais próxima da prova, assegurando menores *perdas* na imediação e até uma espécie de para-oralidade"; e "Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal", *Terra de Lei – Revista da Associação de Juristas de Pampilhosa da Serra*, n.º 3, 2013, p. 61: "as Relações não estão totalmente desprovidas de imediação. Têm-na desde logo, e aqui na exacta medida do juiz de julgamento, relativamente a todas as provas reais (no sentido de todas as *outras* provas, não pessoais: documentos, exames, perícias, apreensões, vigilâncias...). Têm-na relativamente à prova gravada/*escutada* – por via do acesso directo à documentação da prova, potenciado com o fim das transcrições que até 2007 mediatizavam o acesso. Ou seja, mesmo relativamente à prova *pessoal* existe uma imediação *parcial*"; Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 945; e António Gama, "A necessidade de reformar o sistema de recursos na ordem jurídica portuguesa – O sistema de recursos exige reformas?", in *Reforma do Sistema de Recursos*, CEJ, Lisboa, 2019, p. 98, disponível em *www.cej.mj.pt*.

[37] Sobre a imediação na observação de meios de prova documentais, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, reimp. da 1.ª ed. de 1974, Coimbra, 2004, pp. 232-233; e Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., Coimbra, 2018, p. 187.

[38] Massimo Ceresa-Gastaldo, *op. cit*., p. 164.

[39] A orientação do TEDH ignora, aliás, o dado neurocientífico essencial de que a memória muda a cada relembrança. Como as memórias não são estáticas, mas construções moldáveis, que são cerebralmente reconstruídas, distorcidas ou falseadas pelo contexto em que são recordadas, integrando nova informação, sempre que relembramos um evento podemos estar a recordar a memória anterior alterada desse evento e não o evento originário. Nesta perspectiva, a gravação da audiência de primeira instância reflecte uma memória testemunhal menos neuronalmente modificada dos acontecimentos processualmente relevantes do que a repetição da produção de prova testemunhal em recurso. V. Donna J. Bridge e Ken A. Paller, "Neural Correlates of Reactivation and Retrieval-Induced Distortion", *Journal of Neuroscience*, 29 de Agosto de 2012, 32 (35), pp. 12144 e ss., disponível em *www.jneurosci.org*; e, quanto às implicações desta investigação nos testemunhos em processo penal, v. Marla Paul, "Your memory is like the telephone game – Each time you recall an event, your brain distorts it", *Northwestern Now*, 19 de Setembro de 2012,

Se é pouco compreensível que o legislador nacional ainda não tenha adoptado a regra da documentação audiovisual, em detrimento do mero registo sonoro (n.º 1 do artigo 364.º), e se os tribunais de recurso europeus aparentam ser alérgicos à imediação[40], o TEDH parece ver infundadamente o cinema como alergénio e o teatro como anti-histamínico.

news.northwestern.edu: "Maybe a witness remembers something fairly accurately the first time because his memories aren't that distorted"; "After that it keeps going downhill" (Donna J. Bridge).

[40] Stephen C. Thaman, "Appeal and cassation in Continental European criminal justice systems: guarantees of factual accuracy, or vehicles for administrative control?", in Darryl K. Brown, Jenia I. Turner e Bettina Weisser (org.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford, 2019, p. 946.

O *DESASSOSSEGO* DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA QUANTO À APLICAÇÃO DO REGIME DE APREENSÃO DE MENSAGENS DE CORREIO ELETRÓNICO: APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 17.º DA LEI DO CIBERCRIME

Joana Reis Barata[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. As decisões contraditórias proferidas pelo TRL 1. Acórdão do TRL de 07.03.2018; 2. Acórdão do TRL de 27.01.2021; 3. Ponto de ordem: a matéria em discussão; II. Os problemas interpretativos suscitados pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime; 1. A extensão da remissão do artigo 17.º da Lei do Cibercrime para o artigo 179.º do CPP; a) A distinção entre mensagens lidas e não lidas; b) A necessidade de autorização ou ordem judicial prévia; c) A tomada de conhecimento do conteúdo das mensagens em primeiro lugar; d) A punibilidade do crime com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; e) A necessidade de as mensagens de correio eletrónicas serem expedidas (ou remetidas) pelo suspeito ou serem-lhe dirigidas; Conclusão

Introdução

A prova digital tem cada vez mais assumido uma posição de destaque no quadro processual penal e contraordenacional. À uma, têm vindo a surgir novos bens jurídicos associados ao mundo digital que merecem proteção; à outra, a criminalidade dita comum é agora praticada de forma mais sofisticada, com recurso a ferramentas que se encontram no domínio do ciberespaço e que facilitam o cometimento de crimes, ao mesmo tempo que dificultam a sua investigação[1].

O panorama descrito forçou o legislador a positivar novos crimes (e contraordenações) e, bem assim, novos métodos para a recolha de prova, encetando a difícil tarefa de concatenar a proteção dos direitos fundamentais dos particulares – em

[*] Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

[**] Tendo o homenageado sido o meu primeiro Professor de Direito Processual Penal, o tema que escolhi não poderia ser de outro âmbito. Recordo com saudade os ensinamentos perpassados nas aulas teóricas, a disponibilidade para esclarecer as minhas inúmeras dúvidas e o seu entusiasmo na lecionação da disciplina que me incentivou a querer aprofundar estas matérias.

[1] Cf. MARQUES DIAS, Vera, "A ameaça do cibercrime numa sociedade ciberdependente", *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, N.º 4, abril (2019), pp. 140-144.

concreto, o direito à privacidade e mesmo à *autodeterminação comunicativa*[2] – com a necessidade de descoberta da verdade material.

Para o efeito, e porque os cânones tradicionais não respondiam eficazmente aos novos desafios colocados pela prova digital, o legislador disciplinou autonomamente a criminalidade digital, quer na sua vertente substantiva quer no seu âmbito adjetivo, através da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro[3] (adiante "**Lei do Cibercrime**")[4], ainda que não o tenha feito de forma totalmente *desapegada* das normas processuais gerais vigentes, como veremos adiante.

Apesar de a referida Lei ter já cerca de 12 anos de vigência, é indisputável que continuam a existir, no âmago da doutrina e da jurisprudência, verdadeiras clivagens quanto à melhor interpretação a dar aos preceitos dela constantes.

Para efeitos deste estudo, centrar-nos-emos nas questões que orbitam em torno do regime aplicável à apreensão de mensagens de correio eletrónico, por referência a dois acórdãos que foram recentemente proferidos pelo Tribunal da Relação de Lisboa (doravante "**TRL**") e que decidiram em sentidos totalmente antagónicos. Aproveitando o ensejo e as questões que são direta ou tangencialmente referenciadas nos arestos sobre os quais nos debruçaremos, procuraremos explicitar aquele que cremos ser o tratamento mais adequado das várias questões que são tipicamente suscitadas quando se aflora a temática da apreensão de mensagens de correio eletrónico, a saber, *(i)* a (in)distinção entre as mensagens lidas e não lidas, *(ii)* a entidade competente para autorizar ou ordenar a apreensão, *(iii)* a (des)necessidade de o crime em causa ser punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; e *(iv)* a necessidade de as mensagens de correio eletrónicas serem expedidas (ou remetidas) pelo suspeito ou serem-lhe dirigidas.

I. As decisões contraditórias proferidas pelo TRL

No âmbito do mesmo processo-crime foram proferidos dois acórdãos pelo TRL sobre a mesma temática que decidiram em sentidos opostos[5].

---

[2] Cf. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 403/2015 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro): "*O direito ao desenvolvimento da personalidade, na dimensão de liberdade de ação de um sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, naturalmente que comporta a* liberdade de comunicar. *Nesta dimensão relacional, do "eu" com o "outro",* ***o objeto de proteção é a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um recetor individual ou a um círculo de destinatários previamente determinado***." (destaque nosso)

[3] Esta Lei transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Decisão Quadro nº 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, adaptando ainda o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste).

[4] Existindo já, porém, tratamento destas matérias noutros diplomas, entre outros, o Decreto-Lei n.º 63/95, de 14 de março (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos); o Decreto-Lei n.º 109/91, de 1 de agosto (Lei da Criminalidade Informática), entretanto revogado pela Lei do Cibercrime; o Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro (Proteção Jurídica de Programas de Computador); o Decreto-Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais), entretanto revogado pela Lei n.º 58/2009, de 8 de agosto que veio disciplinar *ex novo* a mesma matéria; o Decreto-Lei n.º 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias); e o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (Comércio Eletrónico no mercado interno e no tratamento de dados pessoais).

[5] Estão em causa os Ac. do TRL de 07.03.2018 (Conceição Gonçalves) e de 27.01.2021 (Rui Teixeira), processo n.º 184/12.5TELSB-B.L1-3 e 184/12.5TELSB-R.L1-3, respetivamente, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Em *traço grosso*, em ambos os arestos se questionava se era necessária a existência de despacho prévio do Juiz de Instrução ou se bastaria a autorização do Ministério Público para que as mensagens de correio eletrónico em causa fossem apreendidas, sendo que a propósito da análise desta que era a questão precípua, outras relevantes considerações foram tecidas pelos Juízes Desembargadores a respeito do regime aplicável à apreensão de correio eletrónico.

Como veremos seguidamente, para responder à questão colocada, o TRL socorreu-se da anciã contenda doutrinária centrada na (des)necessidade de adotar um tratamento processual diverso para as mensagens lidas e não lidas.

1. Acórdão do TRL de 07.03.2018

Por meio de recurso interposto pelo Ministério Público, foi impugnado o despacho proferido pelo Juiz de Instrução através do qual este declarou a nulidade do despacho emitido pelo Ministério Público na parte em que autorizou a apreensão de correio eletrónico[6].

Em concreto, estavam em causa buscas não domiciliárias ordenadas pelo Ministério Público para investigação de factos que seriam suscetíveis de integrar a prática de crimes de corrupção passiva, corrupção ativa com agravação e participação económica em negócio. Era objeto das buscas toda a documentação encontrada nos respetivos postos de trabalho e arquivos utilizados pelos visados, ou pela respetiva instituição, incluindo a documentação em formato digital, ainda que se tratasse de documentos originados ou recebidos via correio eletrónico. Entre o mais, previa-se no despacho que o procedimento a adotar quanto aos portáteis deveria ser o de apreender e, depois de analisados pela Polícia Judiciária (e retirados os eventuais e-mails), devolver aos seus possuidores. Quanto ao demais, a pesquisa informática dever-se-ia realizar no local.

Acontece, contudo, que decorre do auto de busca e apreensão que, face à impossibilidade de, em tempo útil, efetuar a pesquisa informática dos ficheiros resultantes do correio eletrónico dos visados, foi efetuada cópia em bruto dos mesmos, relativa ao período em causa, para um disco rígido.

Depois de apresentada a prova apreendida ao Juiz de Instrução, este decidiu, conforme referido, declarar a nulidade das apreensões em causa por considerar que as mesmas não tinham sido precedidas de autorização judicial e, por essa razão, estava perante prova proibida.

O Ministério Público pugnou pela desnecessidade de autorização judicial naquele caso, uma vez que estariam em causa mensagens de correio eletrónico lidas e por isso sujeitas ao regime do artigo 16.º da Lei do Cibercrime – que não exigia despacho judicial prévio – e não sujeitas ao regime do artigo 17.º da mesma Lei que, segundo a sua linha de pensamento, requeria, esse sim, a prolação prévia de despacho de autorização pelo Juiz de Instrução.

[6] O despacho do Juiz de Instrução foi proferido da sequência de o arguido ter suscitado a sua nulidade com fundamento na violação do artigo 17.º da Lei do Cibercrime.

O TRL, por sua vez, confirmou a decisão do Tribunal *a quo*, negando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Depois de larga explanação sobre o contexto histórico em que surgiu o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, concluiu a instância recursória que o legislador não fez qualquer distinção entre mensagens de correio eletrónico lidas e não lidas e que todas elas estão sujeitas ao regime previsto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime. A este propósito, reforçou que o elemento literal "*armazenados*" constante do referenciado preceito pressupõe que o legislador quis incluir tanto as mensagens de correio eletrónico lidas quanto as não lidas. De outro passo, referiu que a adoção da posição contrária, como aquela que sustentou o Ministério Público, teria sempre o problema de não se conseguir delimitar com segurança se a mensagem teria sido realmente lida, ou não, uma vez que existe sempre a possibilidade de marcar uma mensagem já lida como não lida. Concluiu assim que, atenta a remissão efetuada para o artigo 179.º do Código de Processo Penal (adiante "**CPP**"), as mensagens de correio eletrónico apenas poderiam ter sido apreendidas mediante despacho prévio do Juiz de Instrução, devendo este ser a primeira pessoa a tomar conhecimento da correspondência apreendida.

2. Acórdão do TRL de 27.01.2021

Este segundo acórdão versou sobre a interposição de recurso por parte do arguido no âmbito do mesmo processo-crime, que impugnou o despacho proferido pelo Juiz de Instrução através do qual este indeferiu a arguição de nulidade do despacho que ordenou a junção aos autos de mensagens de correio eletrónico apreendidas apenas com a autorização prévia do Ministério Público.

O presente caso é análogo àquele que precedentemente se descreveu, conquanto aqui estivesse também em causa a entrega por parte dos visados da cópia das suas caixas de correio eletrónico. Considerou o arguido que essa entrega voluntária não se poderia confundir com o consentimento necessário nos termos e para os efeitos do artigo 126.º, n.º 3, do CPP[7].

Descendo aos detalhes factuais, neste caso procedeu-se à apreensão da totalidade do correio eletrónico, tendo-se seguidamente efetuado a triagem com recurso a ferramentas específicas, devidamente certificadas e em uso pela Polícia Judiciária no sentido da localização dos ficheiros que reunissem os quesitos da investigação, designadamente face à palavra-chave "*AT*". O Juiz de Instrução considerou que as evidências recolhidas eram relevantes para a descoberta da verdade material, deferindo o promovido pelo Ministério Público. Tendo o arguido suscitado a nulidade do referido despacho e tendo essa nulidade sido indeferida, aquele interpôs recurso dessa decisão, dando origem ao acórdão do TRL sob análise.

Começou o TRL por dizer que não tinha existido uma entrega voluntária, mas sim uma apreensão e que, por esse motivo, se teria de verificar se o postulado na Lei

[7] Mais se apurou que a entrega não ocorreu pessoalmente pelos arguidos, mas sim pela empresa da qual aqueles são membros de órgãos sociais, o que configurava mais um argumento para a inexistência de consentimento validamente prestado.

do Cibercrime teria sido respeitado, sendo certo que se o consentimento tivesse realmente existido esse exercício de verificação estaria dispensado.

Depois, procedeu à análise do regime que seria aplicável às mensagens de correio eletrónico em causa, tendo concluído que seria de aplicar o regime previsto no artigo 16.º da Lei do Cibercrime (e não aquele que consta do artigo 17.º da mesma Lei), uma vez que os e-mails apreendidos já tinham sido lidos e que foram inclusivamente retirados do sistema de gestão documental da empresa, o que levaria a concluir que os mesmos se incluíam no "*arquivo morto*".

Nessa medida, aplicando-se o disposto no artigo 16.º da Lei do Cibercrime, caberia ao Ministério Público seriar o material apreendido e determinar ele próprio, e não o Juiz de Instrução, qual o material probatório que seria relevante. Mais avançou o Tribunal de recurso que o que foi feito nos autos foi um "*exacerbar de direitos*", atendendo a que foi o Juiz de Instrução que fez essa seriação e não o Ministério Público, provocando-se, por essa razão, uma mera irregularidade por assunção de um processo mais garantístico do que o devido.

3. Ponto de ordem: a matéria em discussão

Conforme acima se detalhou, a factualidade analisada em ambos os arestos era essencialmente análoga, apesar de as decisões terem sido proferidas em sentidos diametralmente opostos, no âmbito do mesmo processo.

O grande ponto de clivagem residiu precisamente no tratamento que deveria ser dado às mensagens de correio eletrónico lidas e não lidas: enquanto no primeiro acórdão se considerou que a distinção entre mensagens lidas e não lidas era destituída de sentido, no segundo acórdão entendeu-se que as mensagens já lidas não deveriam cair no escopo de aplicação do artigo 17.º da Lei do Cibercrime, mas sim na previsão do artigo 16.º da mesma Lei[8].

Apesar de os argumentos esgrimidos não terem sido particularmente densos – em especial no segundo acórdão referenciado – interessante é verificar que nenhuma das decisões se debruçou sobre uma eventual *terceira via* que tem vindo a ser convocada quando se analisa a possibilidade de apreensão de mensagens de correio eletrónico

[8] Sobre esta temática, e contra a distinção entre mensagens de correio eletrónico lidas e não lidas, cf. CARDOSO, Rui, "Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX", *Revista do Ministério Público*, N.º 153, Jan./Mar. (2018), pp. 184-188; SILVA RAMALHO, David, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 278-279; DIAS RAMOS, Armando, *A prova digital em processo penal: o correio eletrónico*, 2.ª ed., Lisboa: Chiado Editora, 2017, pp. 60-63; CASTANHEIRA NEVES, Rita, *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 276-277; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.º ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 510 e 542.
Sobre esta temática e a favor da distinção entre mensagens de correio eletrónico lidas e não lidas, cf. CONDE CORREIA, João, "Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter", *Revista do Ministério Público*, N.º 139, Jul./Set. (2014), p. 40 e, mais recentemente, "Prova digital: enquadramento legal", *Cibercriminalidade e Prova Digital* (e-book), Lisboa: CEJ, 2018, pp. 20-21; DÁ MESQUITA, Paulo, "Prolegómeno sobre prova eletrónica e interceção de comunicações no direito processual penal português – o Código e a Lei do Cibercrime", in *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 118.

sem autorização da autoridade judicial, que é precisamente a da possibilidade de existir uma *apreensão provisória* que seria mais tarde sujeita à validação do Juiz de Instrução[9].

Note-se que a questão que agora se aduz se diferencia daquela que se colocou nos acórdãos mencionados: nestes, a discussão centrou-se sobre se se deveria distinguir as mensagens de correio eletrónicas lidas e não lidas para efeitos de decidir se seria de aplicar o regime previsto no artigo 16.º ou no artigo 17.º da Lei do Cibercrime, respetivamente; a questão que agora se coloca é se, ainda que se entenda que ambas estão sujeitas ao regime do artigo 17.º da Lei do Cibercrime – não se fazendo qualquer distinção entre as mensagens já lidas ou ainda por ler – é possível que o Ministério Público ordene uma apreensão provisória.

E isto sobretudo porque, apesar de o Ministério Público pugnar, em ambos os casos, pela aplicação do artigo 16.º da Lei do Cibercrime às mensagens de correio eletrónico já lidas, pode ler-se no Ponto 1.12 da Fundamentação relativa às ocorrências processuais com relevância (decisão de 07.03.2018) "*por promoção de fls. 1559, com data 9-6-2017, veio o MP remeter ao TCIC todos os dados que foram apreendidos em suporte digital para que o JIC proceda ao seu exame e decisão sobre a sua junção aos autos* ***nos termos do artigo 17.º da lei n.º 109/2009 e art. 179.º, n.º 3*** *e 188.º, n.º 1 e 4 do CPP*" (destaque nosso) e ainda no Ponto 23 da Fundamentação relativa às ocorrências processuais com relevância (decisão de 27.01.2021) "*A partir de um total de 3277 mensagens de correio eletrónico, pelo Mm.º Juiz a quo foi proferido Despacho, segundo o qual "[p]or considerar relevantes para a descoberta da verdade os ficheiros já selecionados e ora requeridos pelo detentor da ação penal, defere-se o doutamente promovido, pelo que determino a junção aos autos, para valer como meio de prova, dos 3277 ficheiros,* ***nos termos do disposto no art. 179.º, n.º 3 do CPP***" (destaque nosso).

A menção tanto ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime quanto ao artigo 179.º do CPP apenas pode significar que, em momento prévio, se entendeu que não seria de aplicar o regime constante do artigo 16.º da Lei do Cibercrime às mensagens de correio eletrónico apreendidas, tendo estas sido já lidas, ou não. Se assim não fosse, não teriam sido convocados os assinalados preceitos.

Em súmula apertada, parece que as premissas não são coerentes com a conclusão. Ou bem que se considera que por se tratar de mensagens de correio eletrónico já lidas, estas poderiam ser apreendidas nos termos do artigo 16.º da Lei do Cibercrime; ou bem que se entende que as mensagens foram apreendidas ao abrigo do artigo 17.º da mesma Lei e foram entregues ao Juiz de Instrução em cumprimento do postulado no artigo 179.º do CPP, interpretando-se as disposições legais no sentido de se poder proceder à sua apreensão provisória. Certo é que a mudança de argumentação a meio

[9] No sentido de ser sempre necessária a existência de despacho prévio, cf. FIDALGO, Sónia, "A recolha de prova em suporte eletrónico – em particular, a apreensão de correio eletrónico", *Julgar*, N.º 38 (2019), pp. 157-158; CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., pp. 274-275.
Admitindo a apreensão provisória das mensagens de correio eletrónico encontradas, VERDELHO, Pedro, "A nova Lei do Cibercrime", *Scientia Iuridica*, T58, N.º 320, out.-dez. (2009), pp. 743-744; aparentemente também CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., pp. 195 e ss.

do processado acaba por introduzir uma incongruência que fica por explicar. Recuperaremos esta questão adiante.

Por fim, para além deste que foi o foco central da discussão, também se analisou tangencialmente qual o âmbito (e a extensão) da remissão efetuada pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime para o artigo 179.º do CPP. Por entendermos que existem alguns pontos que merecem explicitações ulteriores, iremos também abordar essa temática.

II. Os problemas interpretativos suscitados pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime

A Lei do Cibercrime veio disciplinar um conjunto de questões até então destituídas de regulação – ou sujeitas a uma regulação duramente criticada pela doutrina e pela jurisprudência, pela sua desadequação –, não deixando, porém, de colocar diversos desafios interpretativos, atenta a escolha do legislador ao determinar que se aplicaria correspondentemente o regime previsto no artigo 179.º do CPP (apreensão de correspondência) à apreensão de mensagens de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante[10].

A remissão operada pelo legislador, para além de ressuscitar a velha e tradicional questão centrada na eventual distinção entre correio eletrónico aberto (ou lido) e fechado (ou não lido)[11], espoletou uma outra querela que reside na extensão da remissão efetuada para o artigo 179.º do CPP.

É certo, e nenhum autor o nega, que a recolha de prova em ambiente digital merece um tratamento diferenciado da recolha de prova em ambiente físico[12], circunstância que levou o legislador a consagrar um regime autónomo, que atendesse às suas especificidades[13]. A forma, porém, como o fez levou a que algumas dificuldades interpretativas se sedimentassem na doutrina e na jurisprudência, as quais se viram novamente confrontadas com a necessidade de adaptar os cânones antigos a novas realidades para os quais não foram preconizados.

Importante é não perder de vista que as *cautelas* que são necessárias em matéria de recolha de prova em ambiente físico – para o que ora releva, para a apreensão de correspondência – não têm o mesmo fundamento que as *cautelas* que são necessárias

[10] Incluem-se neste também outras comunicações efetuadas por via telemática (como sejam as conhecidas SMS e MMS), ou da internet (como sejam as mensagens trocadas através de aplicações como o *Messenger*, *Skype*, *WhatsApp*, *Snapchat*, *Instagram*, entre outras).

[11] Precisamente porque, na aceção da doutrina e da jurisprudência maioritária, o artigo 179.º do CPP apenas se aplica às *cartas fechadas* (aquelas que verdadeiramente se reconduzem ao conceito de "correspondência"), merecendo as *cartas abertas* apenas a tutela prevista no artigo 178.º do CPP. Por todos, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*..., cit., p. 509; CONDE CORREIA, João, in: AA.VV., *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2.ª ed., 2019, p. 642.

[12] Abordando precisamente a dificuldade de acomodação dos mecanismos clássicos a novas realidades, designadamente à aplicação dos institutos clássicos à recolha de prova em ambiente digital, cf. SILVA RAMALHO, David, "A recolha de prova penal em sistemas de computação em nuvem", *RDI*, N.º 2 (2014), p. 124.

[13] Sobretudo tendo a lei portuguesa de se adaptar às novas disposições processuais impostas pela Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, cf. VERDELHO, Pedro, "A convenção sobre cibercrime do Conselho da Europa: repercussões na lei portuguesa", in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 268 e ss.

na recolha de prova em ambiente digital – no caso, para a apreensão de correio eletrónico. Por palavras mais simples: o que se pretende acautelar num caso e no outro são coisas distintas. O artigo 179.º do CPP, relativo à apreensão de correspondência, tem como escopo a proteção do *sigilo nas comunicações*, constitucionalmente protegido pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (adiante "**CRP**")[14] e pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (adiante "**CEDH**"). Por esse motivo, apenas é merecedora dessa tutela a correspondência que ainda não foi conhecida pelo destinatário, uma vez que essa proteção se centra no propósito de acautelar o processo comunicativo[15]. Por sua vez, a proteção conferida através do artigo 17.º da Lei do Cibercrime ancora-se sobretudo no direito à *autodeterminação informacional*[16], previsto nos artigos 26.º e 35.º da CRP[17], também abrangido, noutra vertente, pelo referido artigo 8.º da CEDH[18].

Atendendo a que os direitos fundamentais protegidos pelo regime da apreensão de correspondência e pelo regime da apreensão de correio eletrónico não se confundem, é necessário projetar essa diferenciação na análise dos preceitos em causa, para efeitos de compreender qual é o âmbito de proteção conferido por cada um deles.

1. A extensão da remissão do artigo 17.º da Lei do Cibercrime para o artigo 179.º do CPP

Como referido, a técnica legislativa remissiva utilizada pelo legislador fez ressurgir um conjunto de questões relacionadas com o artigo 179.º do CPP.

Consagrou-se, portanto, no artigo 17.º da Lei do Cibercrime o seguinte: "*Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio*

[14] Esta proteção específica que é conferida pela CRP não é comum se comparada a proteção existente noutros ordenamentos jurídicos (como Alemanha, França, Bélgica, Itália, entre outros), em que a proteção é recebida por via do direito à reserva da privacidade, respeito pela personalidade, vida privada, honra e, no limite, pela dignidade humana, cf. OUBIÑA, Ana, "As telecomunicações, a vida privada e o direito penal", in: AA.VV., *Direito Penal Hoje – Novos Desafios e Novas Respostas* (org. Manuel da Costa Andrade, Rita Castanheira Neves), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 14.

[15] Assim, COSTA ANDRADE, Manuel da, "*Bruscamente no verão passado": A reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 160.

[16] Foi reconhecido na Alemanha o direito constitucional à *autodeterminação informática* (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*..., cit., p. 503.
No sentido de que não está em causa a tutela do direito à inviolabilidade das comunicações, mas sim o da autodeterminação informacional, cf. RODRIGUES NUNES, Duarte, *Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime*, Lisboa: Gestlegal, 2018, p. 147.

[17] Entre outros, cf. SILVA RODRIGUES, Benjamim, *Da Prova Penal – Tomo II, Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, 1.ª ed., Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010, p. 342.

[18] Quanto ao entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a eventual violação do artigo 8.º da CEDH quando está em causa o direito à privacidade, cf. SOUSA MENDES, Paulo de, "A privacidade digital posta à prova no processo penal", *Revista do Ministério Público*, N.º 165, jan./mar. (2021), pp. 119-121.

eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.".

Desde logo, a expressão "*aplicando-se correspondentemente*" ínsita no artigo 17.º da Lei do Cibercrime abriu portas à possibilidade de não se aplicar o regime previsto para a apreensão de correspondência na sua integralidade, mas apenas nas partes em que essa aplicação não contrariar a Lei do Cibercrime[19]. Assim, o trabalho interpretativo do aplicador não é simples e automático, mas convoca necessariamente a discussão sobre quais as partes do regime constante do artigo 179.º do CPP que deverão ser aplicáveis à apreensão de mensagens de correio eletrónico e registos de natureza semelhante e quais aquelas que se mostram inadequadas a reger essa apreensão.

O artigo 179.º do CPP tem como âmbito de aplicação apenas e só, como já foi avançado, *(i)* a correspondência fechada, tendo, *(ii)* sob pena de nulidade, de ser autorizada ou ordenada por juiz (artigo 179.º, n.º 1, do CPP) e apenas podendo operar quando *(iii)* a correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa (artigo 179.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPP); *(iv)* está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos (artigo 179.º, n.º 1, alínea *b)*, do CPP); e *(v)* a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (artigo 179.º, n.º 1, alínea *c)*, do CPP). Para além disto, *(vi)* é proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de controlo da correspondência entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objeto ou elemento de um crime (artigo 179.º, n.º 2, do CPP) e *(vii)* o juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência deverá ser a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida (artigo 179.º, n.º 3, do CPP).

Cumpre, portanto, questionar se estes sete requisitos são aplicáveis à apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações semelhantes ou se, pelo contrário, apenas alguns deles merecerão aplicação.

Quanto aos requisitos que preveem a necessidade de o material apreendido revestir grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova e a impossibilidade de apreensão de comunicações trocadas entre o arguido e o seu Defensor, não é questionada pela doutrina nem pela jurisprudência a sua aplicação. Quanto ao primeiro, o mesmo já decorre do próprio artigo 17.º da Lei do Cibercrime pelo que a remissão efetuada é meramente confirmativa. Quanto ao segundo, estamos diante de uma imposição basilar do próprio sistema processual penal – sob pena de o arguido nunca poder confiar plenamente no seu Defensor[20] – e dos deveres deontológicos associados à profissão de advogado[21].

Analisemos, então, as questões *controversas*.

---

[19] Cf. CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 191.

[20] Cf. CONDE CORREIA, *Comentário*..., cit., p. 652.

[21] Cf. artigo 76.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados. Para mais desenvolvimento, cf. SANTIAGO, Rodrigo, "Considerações acerca do regime estatutário do segredo profissional dos advogados", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, 1 (1997).

a) A distinção entre mensagens lidas e não lidas

Antes de esta matéria ter merecido regulação específica, várias vozes se pronunciavam pela distinção entre mensagens de correio eletrónico lidas e não lidas, uma vez que estas eram geralmente equiparadas à apreensão de correspondência física[22], a qual gozava dessa distinção[23], tendo por isso a jurisprudência concedido um tratamento diverso consoante a sua leitura já tivesse, ou não, ocorrido[24].

Quando o legislador, na revisão de 2007, decidiu estender a aplicação do regime das escutas telefónicas à apreensão de correio eletrónico, por via do artigo 189.º do CPP, o entendimento da doutrina não se alterou[25], apesar de o preceito não proceder a essa distinção e de inclusivamente depor em sentido contrário. A remissão para aquele regime gerou grande discordância na doutrina, uma vez que as situações factuais em causa eram manifestamente dissemelhantes, pelo que era seu entendimento que não deveriam gozar do mesmo tratamento legal[26]. Assim seria, sobretudo, quando se tratasse de uma mensagem de correio eletrónico já lida, situação que claramente extravasava o fluxo comunicacional protegido pelo regime das escutas telefónicas[27].

Esta questão é, portanto, diríamos nós, independente da remissão efetuada pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime para o artigo 179.º do CPP – porque já existia antes de essa remissão ter sido expressamente consagrada –, tendo, em qualquer caso, sido certamente por ela exponenciada. O mesmo é dizer que, não tivesse o legislador português determinado que à apreensão de mensagens de correio eletrónico se aplicaria o regime da apreensão de correspondência, tendo antes autonomizado um novo regime, esta discussão provavelmente quedaria definitivamente por aqui.

É inequívoco que da literalidade da Lei do Cibercrime não resulta qualquer distinção entre mensagens lidas e não lidas, estando somente em causa uma proteção diferenciada entre os dados informáticos ditos comuns (regulados pelo artigo 16.º da Lei do Cibercrime) e aqueles que resultam de uma comunicação (regulados pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime)[28]. Coloca-se, portanto, a questão de saber se, apesar de a literalidade da Lei apontar no sentido da indiferenciação das mensagens lidas e não

[22] Cf. Ac. TRL, de 13.10.2004, processo n.º 5150/2005-3 (Carlos Almeida): "*Quanto ao correio eletrónico* ***deve aplicar-se o regime jurídico previsto para a apreensão de correspondência*** *(artigos 179º e 252º) e não o que o Código de Processo Penal reserva para a interceção das comunicações uma vez que este se destina apenas à interceção de conversas ou comunicações em curso*." (destaque nosso)

[23] Antes da reforma, era essa a opinião de VERDELHO, Pedro, "Apreensão de correio eletrónico em Processo Penal", *Revista do Ministério Público*, Ano 25, n.º 100, out./dez. (2004), pp. 153-160.

[24] Assim, Ac. TRC, de 29.03.2006, processo n.º 607/06 (Ribeiro Martins); Ac. TRL, de 20.03.2007, processo n.º 7189/2006-7 (Agostinho Torres); Ac. TRL, de 15.07.2008, processo n.º 3453/2008-5 (Simões de Carvalho).

[25] Cf. CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., pp. 183 e ss., em especial, p. 190; ADÉRITO TEIXEIRA, Carlos, "Escutas Telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e novos problemas – Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal", *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, N.º 9 (2008), p. 284.

[26] Porém, a verdade é que uma interpretação restritiva do preceito sempre colocaria problemas de constitucionalidade, cf. COSTA ANDRADE, "*Bruscamente no Verão passado"...*", cit., p. 186.

[27] Cf. CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., p. 182.

[28] Cf. SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação...*, cit., p. 278.

lidas, deverá a interpretação do aplicador ser diversa, como entendeu o TRL no seu recente acórdão de janeiro 2021, acima referenciado.

Adiantamos desde já que cremos que a distinção entre mensagens lidas e não lidas não tem cabimento nem na letra nem no espírito da Lei.

Primus, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime refere-se indistintamente a "*mensagens*", despreocupando-se com o conhecimento do destinatário do seu conteúdo, apesar de ser do conhecimento do legislador a querela instalada a esse respeito[29]. *Secundus*, e ainda a propósito da literalidade do preceito, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime refere-se a mensagens "*armazenadas*" o que convoca, novamente, a possibilidade de não estar em curso um fluxo comunicacional, mas meras mensagens já lidas pelo destinatário que as arquivou e conservou no seu sistema informático[30]. *Tertius*, e terminando as pistas dadas pelo seu elemento literal, o preceito também se refere a "*registos de comunicações*", o que volta a remeter para a imutabilidade da comunicação, já terminada e ainda assim protegida pelo âmbito de aplicação da norma[31].

Quartus, contrariamente ao que acontece com as cartas lacradas[32], a marcação de um e-mail como lido ou como não lido nada significa quanto à sua efetiva leitura. Para além de a marcação de um e-mail como lido poder ocorrer em razão de um mero descuido ao passar o cursor (ou o dedo) pela mensagem, é possível – e até frequente para efeitos de gestão da caixa de entrada – a marcação de uma mensagem como não lida apesar de o destinatário já ter lido o seu conteúdo assim como o inverso[33]. Nessa medida, a distinção seria meramente teórica, sem arrimo na realidade[34]. Por outras palavras: não há justificação real e efetiva para que se confira uma maior proteção às mensagens (alegadamente) lidas e às mensagens (alegadamente) não lidas[35].

Quintus, a própria natureza da mensagem de correio eletrónico depõe no sentido de estas merecerem uma maior proteção do que aquela que é conferida à correspondência física, considerando que as comunicações por via eletrónica têm associados diversos dados que extravasam o seu conteúdo legível, onde se incluem os dados de tráfego[36].

Sextus, em linha com o que acima se referiu, é necessário atender ao direito fundamental que mereceu proteção aquando da positivação do regime de apreensão de

[29] *Ibidem*

[30] Neste sentido, também o acima referenciado Ac. TRL de 07.03.2018.

[31] Cf. SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação...*, cit., pp. 278-279.

[32] Cf. COSTA RAMOS, Vânia, "Âmbito e extensão do segredo das telecomunicações (acórdão do segundo senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 2 de março de 2006)", *Revista do Ministério Público*, N.º 112 (2007), p. 155.

[33] Suscitando também questões relativas à eventual não sincronização de aparelhos com o mesmo endereço de correio eletrónico instalado, constando num deles o e-mail como lido e no outro como não lido, cf. CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 187.

[34] Reforçando que existe uma impossibilidade técnica de determinar se a mensagem foi lida ou não, cf. DIAS RAMOS, *A Prova Digital em Processo Penal...*, cit., pp. 68-69; BRAVO, Rogério, "Da não-equiparação do correio-electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta", *Polícia e Justiça*, III Série, n.º 7, jan./jun. (2006), p. 214.

[35] Cf. FIDALGO, "A recolha de prova em suporte eletrónico...", cit., p. 159.

[36] Cf. SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação...*, cit., p. 279; com detalhe sobre os dados que as mensagens de correio eletrónio contêm, cf. DIAS RAMOS, *A Prova Digital em Processo Penal...*, cit., pp. 97-101.

correspondência e de apreensão de mensagens de correio eletrónico. Não cremos que seja correto que seja feita a distinção entre mensagens lidas e não lidas como se de uma situação análoga à apreensão de correspondência se tratasse[37] quando o que está a ser objeto de proteção, para além do sigilo das comunicações, é sobretudo a autodeterminação informacional enquanto direito fundamental[38]. Em nome da proteção desse direito autónomo, o legislador conferiu uma maior proteção ao visado por uma diligência para obtenção de prova que tem por objeto comunicações informáticas do que aquela que tem por objeto comunicações em formato físico[39]. Quando a comunicação ainda se encontra em curso e é, por isso, suscetível de ser intercetada – algo análogo ao que acontece com a apreensão de correspondência ainda desconhecida pelo destinatário –, o legislador consagrou um outro regime: aquele que está previsto no artigo 18.º da Lei do Cibercrime[40]. Como salienta RITA CASTANHEIRA NEVES, a apreensão de mensagens de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhantes "*relacionam-se com a ingerência em dados e ficheiros informáticos, mas não põem em causa a comunicação em si* [...], *resulta bem claro que está em causa o segundo momento deste meio comunicacional, ou seja, o objeto da diligência é* ***o ficheiro informático resultante da comunicação que já se encontra armazenado no sistema informático***"[41] (destaque nosso). Se assim é, e concordamos que seja, apenas se pode concluir pela irrelevância do conhecimento do destinatário do conteúdo da comunicação, sendo certo que o que está em causa no artigo 17.º da Lei do Cibercrime é a maior proteção dos registos de dados informáticos que configurem (ou tenham configurado) comunicações.

Por tudo quanto se disse, é nosso entendimento que às mensagens de correio eletrónico se aplicará sempre o regime previsto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime, independentemente de estarem marcadas como lidas ou como não lidas, não podendo deixar de se repudiar as orientações que apontam no sentido de, às mensagens de correio eletrónico já (marcadas como) lidas se aplicar o regime constante do artigo 16.º da Lei do Cibercrime, como entendeu o TRL no seu acórdão de 27.01.2021[42]. Refira-se, por fim, que este mesmo entendimento foi muito recentemente (tangencialmente) sufragado pelo Tribunal Constitucional (adiante "TC"), no seu Acórdão n.º 687/2021, a que regressaremos adiante. Ainda que de forma meramente lateral à questão que se encontrava sob escrutínio, entendeu o Tribunal que não deveria *"proceder a este tipo de distinções*" entre mensagens de correio eletrónico abertas e fechadas.

[37] Reconhecendo que existe uma diferença apriorística entre as comunicações eletrónicas e aquelas que são efetuadas por carta por referência à existência de uma "*barreira corpórea*" nas últimas que não existe nas primeiras, cf. COSTA RAMOS, "Âmbito e extensão do segredo das telecomunicações...", cit., p. 156.

[38] O reconhecimento deste direito, que imana da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, implica que cada pessoa tenha a possibilidade de controlar a informação que lhe diz respeito, impedindo que se transforme num "*simples objeto de informação*", cf. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 551.

[39] Assim, CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., pp. 276-277.

[40] *Ibidem*

[41] *Ibidem*, p. 277.

[42] E como propõe, de modo explícito, CONDE CORREIA, "Prova digital...", cit., p. 40.

b) A necessidade de autorização ou ordem judicial prévia

Para além da questão precedentemente analisada, este é talvez o pressuposto cuja aplicação é mais discutida na doutrina, ainda que pouco tratada na jurisprudência[43].

Não se trata, porém, de um problema inteiramente suscitado pela remissão para o artigo 179.º do CPP, uma vez que decorre do próprio artigo 17.º da Lei do Cibercrime que "*o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*". A questão que se coloca, e que foi primeiramente suscitada por PEDRO VERDELHO[44], posteriormente acompanhado por RUI CARDOSO[45], é se é possível a existência de uma *apreensão provisória* ordenada pelo Ministério Público, o qual depois levará ao conhecimento do Juiz de Instrução as mensagens de correio eletrónico que considerou relevantes e cuja apreensão definitiva será por este ordenada.

Esta interpretação é suscitada precisamente porque o artigo 17.º da Lei do Cibercrime revelou não ser tão claro quanto se esperaria e quanto poderá parecer numa primeira leitura. Em concreto, a redação do preceito abre margem para se questionar se este regula apenas e só a última parte do processo de apreensão de mensagens de correio eletrónico (*a sua apreensão definitiva*), ou se o mesmo também versa sobre a apreensão inicial (*rectius*, *apreensão provisória*) no decurso de uma pesquisa informática.

Note-se, primeiramente, que o artigo 17.º da Lei do Cibercrime prevê a apreensão de correio eletrónico apenas no decurso de pesquisas informáticas ou outro acesso legítimo. Portanto, o legislador parece não ter encarado este meio de obtenção de prova como um meio autónomo, mas sim necessariamente dependente de uma pesquisa anteriormente encetada[46]. Não cremos, porém, que tenha de ser assim. Como veremos com maior detalhe *infra*, é possível que, logo à partida – e não apenas no decurso de uma pesquisa informática –, o investigador atue com vista a apreender quer mensagens de correio eletrónico, quer outros dados informáticos.

Não obstante, certo é que a redação do preceito levou a crer que será no decurso de uma pesquisa devidamente ordenada pelo Ministério Público, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime ou de outro acesso legítimo que se encontrarão mensagens de correio eletrónico potencialmente relevantes. Entende, por isso, PEDRO VERDELHO que o despacho do juiz será necessariamente *ulterior* à chegada ao conhecimento das mensagens apreendidas por quem está a conduzir a investigação[47].

---

[43] Conforme acima se verificou, a questão da (des)necessidade de autorização judicial prévia é reconduzida pelos Tribunais à querela existente entre a distinção de regime consoante a mensagem tenha sido lida ou não, e já não ao tratamento autónomo da necessidade de despacho judicial prévio no âmbito do artigo 17.º da Lei do Cibercrime.

[44] Cf. VERDELHO, "A Nova Lei do Cibercrime", cit., p. 743-745.

[45] Cf. CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 194-211.

[46] Cf. CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., p. 274. Referindo também que não só depende de uma pesquisa prévia, mas que as pesquisas deverão ocorrer na sequência de buscas, cf. SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação...*, cit., pp. 272-273.

[47] Cf. VERDELHO, "A Nova Lei do Cibercrime", cit., p. 743.

E assim seria porque, em momento prévio à pesquisa, ainda não se tem conhecimento sobre o que será encontrado no dispositivo eletrónico e muito menos se essas mensagens serão relevantes[48]. Mais realça o autor que entendimento diverso conduziria à inviabilidade, na prática, de apreensão destes elementos[49].

A doutrina maioritária, de entre os quais se destaca RITA CASTANHEIRA NEVES[50], SANTOS CABRAL[51], PAULO DÁ MESQUITA[52] e SÓNIA FIDALGO[53], pronuncia-se, ainda que sem grande desenvolvimento, pela obrigatoriedade de o juiz autorizar ou ordenar, através de despacho, a apreensão do correio eletrónico, não colocando (ou mesmo rejeitando) a hipótese da apreensão provisória. Fazem-no, contudo, sem que a questão seja escalpelizada em toda a sua extensão.

A jurisprudência, por sua vez, tem apontado de forma reiterada no sentido de o juiz ter de ordenar ou autorizar previamente a diligência sempre que é aplicado o disposto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime[54].

Quanto a nós, cremos que, pelo menos do ponto de vista do direito constituído, é perigosa a adoção da posição segundo a qual o despacho do juiz pode ser dispensado, sobretudo se analisado conjugadamente o regime previsto nos artigos 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime.

O elemento literal da norma acaba por não fazer uma distinção clara entre dois momentos: um primeiro em que as mensagens são encontradas e apreendidas para análise, e um segundo momento em que estas são efetivamente apreendidas por revestirem relevância para a investigação. É deixada numa *zona de penumbra* a questão de saber se, encontrado correio eletrónico, este pode ser apreendido para ser mostrado ao juiz, ou se, não havendo despacho prévio, essa apreensão não pode logo à partida tomar lugar.

A questão não pode, pois, ser tratada em termos tão simplistas quanto aqueles que, muitas das vezes, é abordada. O parco regime processual (e procedimental) estabelecido[55] pode conduzir a conclusões precipitadas num e noutro sentido. É, por isso, na nossa opinião, necessário abordar a questão com maior profundidade.

Em particular, cremos ser relevante atentar no disposto no artigo 16.º da Lei do Cibercrime, relativo à apreensão de dados informáticos, e compará-lo com o regime estabelecido no artigo 17.º da mesma Lei.

---

[48] *Ibidem*

[49] *Ibidem*, p. 744.

[50] Cf. CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., pp. 274-275.

[51] Cf. SANTOS CABRAL, José António, in AAVV, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 708.

[52] Cf. DÁ MESQUITA, "Prolegómeno sobre prova eletrónica...", cit., p. 118, nota 71.

[53] Cf. FIDALGO, "A recolha de prova em suporte eletrónico...", cit., p. 157-158.

[54] Cf. Ac. TRL, de 04.02.2020, processo n.º 1286/14.9IDLSB-A.L1-5 (Luís Gominho); Ac. TRL, de 21.02.2019, processo n.º 6/16.8TELSB-D.L1-9 (Antero Luís); Ac. TRP, de 12.09.2012, processo n.º 787/11.5PWPRT.P1 (Alves Duarte); Ac. TRL, de 11.01.2011, processo n.º 5412/08.9TDLSB-A.L1-5 (Ricardo Cardoso).

[55] Contrariamente, por exemplo, à exauriente disciplina processual prevista para as escutas telefónicas (cf. artigo 188.º do CPP).

No artigo 16.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime refere-se que, se, no decurso de uma pesquisa informática, surgirem dados ou documentos informáticos necessários à produção de prova, é preciso que exista um despacho – autónomo daquele que autorizou ou ordenou a pesquisa – que autorize ou ordene a sua apreensão. Por sua vez, o n.º 2 do artigo 16.º da Lei do Cibercrime, numa flexibilização do regime, vem prever a possibilidade de efetuar apreensões sem autorização prévia da autoridade judiciária, desde que posteriormente estas sejam sujeitas a validação, nos termos do seu n.º 4.

Debruçando-nos agora sobre o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, encontramos um cenário totalmente diverso: este preceito apenas se refere à necessidade de um juiz autorizar ou ordenar a apreensão das mensagens de correio eletrónico que revestirem grande interesse para a investigação. Nessa medida, caso fosse de admitir a apreensão de mensagens de correio eletrónico a título provisório no decurso de uma pesquisa informática, sem que fosse necessária autorização prévia, essa possibilidade deveria estar expressamente prevista no artigo 17.º (ou deveria operar por remissão para o artigo 16.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime). Porém, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime refere só e apenas a necessidade de autorização judicial, nunca equacionando a possibilidade de ulterior validação, conforme previsto no artigo 16.º, n.º 4, da Lei do Cibercrime. Da conjugação de ambos os preceitos parece, então, resultar que quer para a apreensão definitiva – na qual se decidirá quais serão as mensagens de grande interesse para a descoberta da verdade e para a prova que permanecerão em definitivo no processo –, quer numa eventual apreensão provisória – na qual serão recolhidos os e-mails potencialmente relevantes, ainda sujeitos a análise posterior do juiz – é necessário despacho judicial.

Nessa medida, se no decurso dessa pesquisa surgirem mensagens de correio eletrónico que possam revelar-se de grande interesse para a investigação, deve então a pesquisa ser suspensa quanto a estes, sendo promovida, com caráter de urgência, a obtenção de um despacho judicial complementar que autorize a apreensão dessas mensagens. De outro passo, apesar de a redação do preceito poder intuir em sentido oposto, cremos, conforme anunciámos, não haver impedimento a que o Ministério Público se muna de despacho de autorização em momento prévio à própria pesquisa se suspeitar que no decurso da mesma poderão ser encontradas mensagens de correio eletrónico que poderão revestir grande interesse para a investigação[56]. Na realidade, se analisados concertadamente os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime, parece que o legislador previu que apenas para a pesquisa informática se faria a inicial ponderação da necessidade de obtenção de dados informáticos, sendo que a necessidade das subsequentes apreensões – tanto de dados informáticos, nos termos do artigo 16.º da Lei do Cibercrime, quanto de mensagens de correio eletrónico, nos termos do artigo 17.º da mesma Lei – apenas surgiria no decurso da pesquisa informática previamente iniciada. Como é fácil de ver, a pesquisa é sempre direcionada a uma apreensão. Se assim é – porque só assim tem sentido que seja –, então quando o Ministério Público considera adequada e necessária a realização de uma pesquisa informática pode, logo à partida, promover a obtenção de autorização judicial com vista à específica obtenção de mensagens de correio eletrónico.

[56] Dizendo que esta opção não se coaduna com a "*vida real*", cf. VERDELHO, "A Nova Lei do Cibercrime", cit., pp. 743-744.

Poderá aventar-se que a lei não é clara a este respeito e que argumentos práticos depõem no sentido de não ser necessária a autorização judicial prévia, podendo esta ocorrer apenas *a posteriori*, uma vez que o que se pretende acautelar é que as mensagens de correio eletrónico que ficam a constar do processo são objeto de escrutínio judicial Não o negamos, mas não cremos que essa interpretação seja, logo a montante, constitucionalmente legítima.

Tanto assim é que, tendo sido proposta uma nova redação para o artigo 17.º da Lei do Cibercrime[57], a qual, entre outras alterações, atribuía competência ao Ministério Público para autorizar a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante (assim como autorizava o órgão de polícia criminal a efetuar essas mesmas apreensões sem prévia autorização de autoridade judiciária quando as mesmas ocorressem no decurso de uma pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do artigo 15.º da Lei do Cibercrime ou ainda caso houvesse urgência ou perigo na demora, sujeitas a posterior validação), o TC pronunciou-se pela sua inconstitucionalidade, através do acima referenciado Acórdão n.º 687/2021. Entre outros argumentos, os Colendos Conselheiros do Palácio de Ratton entenderam que *(i)* se deveria ter em conta que a Lei do Cibercrime versa sobre quaisquer crimes (não se circunscrevendo à investigação de práticas criminosas de especial gravidade), *(ii)* o sistema informático objeto da pesquisa pode vir a revelar-se bastante alargado, considerando que poderá versar também sobre "outro [sistema informático] a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro", *(iii)* se acedem a *dados de tráfego* que extravasam os *dados de conteúdo*, *(iv)* para além de existir uma ingerência nas comunicações, é possibilitado o conhecimento de uma série de *dados pessoais* e *(v)* estamos perante uma matéria com um grau significativo de indeterminabilidade, uma vez que nos encontramos num contexto de permanente evolução tecnológica. A esta luz, justifica-se que haja intervenção do Juiz de Instrução, enquanto juiz das garantias, uma vez que o seu escrutínio constitui, nas palavras do TC, uma "garantia adicional de ponderação *dos direitos e liberdades atingidos no decurso de uma investigação criminal*".

Assim, apesar de a lei vigente poder introduzir alguns desafios interpretativos, certo é que o TC já se pronunciou – a nosso ver acertadamente – no sentido de a dispensa de autorização prévia do Juiz de Instrução consubstanciar uma ingerência constitucionalmente inadmissível nos direitos dos particulares.

Na realidade, mesmo considerando as referidas dúvidas interpretativas, a verdade é que a conclusão a que chegou o TC sempre seria a mais aconselhável à luz do direito vigente, adotando uma jurisprudência das cautelas[58].

Diga-se ainda, como elemento corroborativo, que as eventuais dificuldades práticas que desta solução possam advir são compensadas pela tutela acrescida que a recolha de prova em ambiente digital merece[59]. As pesquisas efetuadas em ambiente

[57] Através do artigo 5.º do Decreto n.º 167/XIV da Assembleia da República.

[58] A mesma orientação consta da Nota Prática n.º 12/2017, do Gabinete do Cibercrime, onde se pode ler "*Já assim não será se as mensagens estão armazenadas em aparelho de quem não autoriza a obtenção das mensagens: neste caso* ***exige-se intervenção judicial****, nos termos do Artigo 17º da Lei do Cibercrime*." (destaque nosso)

[59] Desde logo, porque a recolha de prova digital coloca novos problemas que não estão patentes na recolha de prova física, como é sua vulnerabilidade a alterações (sejam elas inadvertidas ou intencionais) e a sua confiabilidade, exponenciados pela constante evolução da tecnologia, cf. KRAMER, Xandra E., "Challenges of Eletronic Evidence:

digital permitem o acesso a uma quantidade quase ilimitada de informação[60], pelo que a exigência de despacho judicial deverá pelo menos mitigar o perigo de se aceder a elementos desnecessários.

c) A tomada de conhecimento do conteúdo das mensagens em primeiro lugar

Geralmente interligada com a temática precedentemente tratada, surge a questão de saber se é necessário que seja o juiz o primeiro a ter acesso ao conteúdo das mensagens de correio eletrónico apreendidas.

Esta pergunta coloca-se exclusivamente em razão da remissão efetuada pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime para o regime constante do artigo 179.º, n.º 3, do CPP que estabelece essa imposição.

Conforme já referenciado *supra*, o facto de o artigo 17.º da Lei do Cibercrime remeter para o regime da apreensão de correspondência leva a doutrina e a jurisprudência a questionar se toda a sua extensão deverá ser aplicada ou se o âmbito de aplicação do artigo 179.º do CPP poderá ser reduzido quando está em causa a apreensão de correio eletrónico. Neste caso, uma vez que a imposição de que o juiz seja o primeiro a ver o conteúdo das mensagens apreendidas não contraria qualquer disposição da Lei do Cibercrime, questiona-se se fará sentido aplicar este pressuposto ou se o mesmo deverá ser desaplicado.

Apesar de PEDRO VERDELHO ter sido o primeiro a suscitar a inaplicabilidade deste requisito[61], foi RUI CARDOSO quem com maior extensão escrutinou a questão, ancorando-se em argumentos de coerência do sistema, de diferenciação entre correio eletrónico e correio corpóreo e ainda na estrutura acusatória do processo e nas competências do juiz de instrução[62]. Mais à frente, outros autores acompanharam semelhante posição[63]. Tendo os Tribunais vindo a ser relutantes em aceitar esta orientação[64], foi recentemente proferido um acórdão pelo Tribunal da Relação de Lisboa (no âmbito do mesmo processo acima referenciado)[65] que considerou que este requisito não seria

Old Problems in a New Guise and New Problems in Disguise", in *II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La Prueba en el Proceso*, Barcelona: Atelier, 2018, pp. 401ss.

[60] Cf. KERR, Orin, "Digital Evidence and the New Criminal Procedure", *Columbia Law Review*, Vol. 105, N.º 279 (2005), p. 303.

[61] Cf. VERDELHO, "A Nova Lei do Cibercrime", cit., p. 744.

[62] Cf. CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 194-211.

[63] Entre outros, cf. CAIADO MILHEIRO, Tiago, in AAVV *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2021, p. 847; WITTLER CONTARDO, Ricardo, "Apreensão de Correio Eletrónico em Portugal: Presente e Futuro de uma Questão de "Manifesta Simplicidade", in AA.VV., *Novos Desafios da Prova Penal*, Paulo de Sousa Mendes, Rui Soares Pereira (coord.), Coimbra: Almedina, 2020, p. 285, apesar de concluir que a opção mais prudente será a de, à luz da lei vigente, o juiz ser o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo dos e-mails apreendidos para que a prova não seja inutilizada.

[64] Cf. Ac. TRL, de 10.08.2020, processo n.º 6330/18.8 JFLSB-A.L1-3 (Alfredo Costa); Ac. TRL, de 06.02.2018, processo n.º 1950/17.0 T9LSB-A.L1-5 (João Carrola); Ac. TRL, de 11.01.2011, processo n.º 5412/08.9TDLSB-A.L1-5 (Ricardo Cardoso).

[65] Cf. Ac. do TRL, de 22.04.2021, processo n.º 184/12.5TELSB-N.L1-9 (Fernando Estrela). Até então existia apenas o Ac. TRG, de 29.03.2011, processo n.º 735/10.0GAPTL-A.G1 (Maria José Nogueira).

aplicável e que a sua aceitação "*viola a estrutura acusatória do processo, pois essa é matéria essencial à direção do inquérito e à definição do seu objeto, assim comprometendo a posição de imparcial juiz das liberdades*".

Do ponto de vista prático, mesmo os autores que consideram que não pode ser dispensada a análise prévia pelo juiz, apontam os desafios a que a apreensão de correio eletrónico poderá estar sujeita[66]. Em concreto, a grande quantidade de mensagens obtidas é um fator de preocupação quanto à efetividade da apreensão.

Quanto a nós, cremos que o ponto de partida terá de residir na razão de ser da positivação da obrigação constante do artigo 179.º, n.º 3, do CPP quanto à apreensão de correspondência, para que se perceba se uma verdadeira *identidade de razão* pode ser transponível para o correio eletrónico. Não subjaz a esta norma uma obrigação genérica de seleção prévia que unicamente poderá ser adjudicada ao juiz, mas sim assegurar que o conteúdo da correspondência estava efetivamente contido no invólucro fechado[67]. Por sua vez, no correio eletrónico não se verifica essa necessidade de confirmação do conteúdo, uma vez que o mesmo não está contido numa barreira física, não sendo suscetível de alteração[68].

De outro passo, dependendo do modo como a pesquisa informática é realizada, a obrigatoriedade de o juiz ser o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida poderá ser uma mera ficção, sobretudo quando se trata de pesquisas efetuadas através de *cursory view*[69] que implica uma necessária seleção dos dados informáticos em função do seu conteúdo[70]. Sem prejuízo desta *análise perfunctória* ser mais evasiva em ambiente digital do que em ambiente físico[71], poderá muitas vezes ser inevitável[72].

Mesmo que se recorra a *keywords*, que sendo uma prática mais direcionada ao objeto da investigação também tem os seus inconvenientes[73], a verdade é que podem

---

[66] Assim, CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., p. 275.

[67] Cf. CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 202.

[68] Pelo menos não deverá sê-lo, atendendo ao modo como a mesma deverá ser efetuada. Em concreto, deverá a cópia ser sujeita a uma função de *hash*, por forma a poder comparar o exemplar trabalhado com o exemplar original, garantindo-se, assim, que nenhum dado foi adulterado, cf. SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação...*, cit., p. 141.

[69] Cf. BRUEGGEMANN WARD, Kate, "The plain (or not so plain) view doctrine: applying the *plain view doctrine* to digital seizures", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 79 (2011), p. 1180.

[70] Esta necessidade de analisar os dados digitais de forma perfunctória já foi aflorada em diversas decisões nos Estados Unidos da América. Entre outras, cf. United States v. Khanani, 502 F.3d 1281 (11th Cir. 2007); Manno v. Christie, 2008 WL 4058016, (D.N.J. Aug. 22, 2008); United States v. Fumo, 2007 WL 3232112, (E.D. Pa. Oct. 30, 2007), onde se pode ler no § 6 "*regardless of the search protocols and keywords do not mark the outer bounds of a lawful search; to the contrary,* ***because of the nature of computer files, the government may legally open and briefly examine each file when searching a computer pursuant to a valid warrant***" (destaque nosso); United States v. Potts, 559 F. Supp. 2d 1162, (D. Kan. 2008), onde expressamente se refer, no § 1175-76, que o mandado não era demasiado amplo ao permitir "*to search the computer by* [...] ***opening or cursorily reviewing the first few 'pages'*** *of such files in order to determine the precise content*" (destaque nosso).

[71] Cf. SAYLOR, James, "Computers as Castles: Preventing the Plain View Doctrine from Becoming a Vehicle for Overbroad Digital Searches", *Fordham Law Review*, Vol. 79 (2011), p. 2830.

[72] Cf. United States v. Hill, 322 F. Supp. 2d 1081 (C.D. Cal. 2004), § 1090.

[73] Referindo que o uso de *keywords* poderá permitir escapar do escrutínio judicial através da manipulação dos nomes dos ficheiros, cf. VAHID MOSHIRNIA, Andrew, "Separating Hard Fact From Hard Drive: A

ser descobertos milhares de mensagens de correio eletrónico totalmente irrelevantes para a investigação que poderiam à partida ser excluídos pelo Ministério Público sem que essa intervenção contendesse com os direitos, liberdades e garantias do visado.

Nesta conformidade, a ideia de que o juiz deverá ser o primeiro a tomar conhecimento das mensagens de correio eletrónico poderá ser verdadeiramente utópica, não encontrando (ou não podendo encontrar) correspondência na realidade.

Feitas estas considerações, acabamos por *esbarrar* na remissão efetuada para o artigo 179.º do CPP, sem quaisquer reservas. Sendo certo que cabe ao aplicador interpretar os preceitos por forma a extrair a norma que se afigura literal, historica, sistematica e teleologicamente mais adequada, no âmbito processual penal uma interpretação (potencialmente) *contra legem* poderá ditar a inutilização da prova, com perda para a investigação em curso[74].

Sem prejuízo de ser aconselhável a intervenção do legislador neste âmbito[75] – sobretudo para acabar definitivamente com os paralelismos (desnecessários) estabelecidos entre os cânones utilizados para o ambiente físico e para o ambiente digital[76] – cremos, pelas razões aduzidas, que não deverá este requisito ser aplicado à apreensão de correio eletrónico. Em qualquer caso, por cautela, julgamos ser recomendável que o juiz seja o primeiro a analisar o conteúdo recolhido[77], sobretudo quando a prática o permitir, designadamente quando esteja em causa a recolha de um escasso número de e-mails

---

Solution For Plain View Doctrine in the Digital Domain", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 23, N.º 2 (2010), pp. 624 e ss.; Questionando a limitação do escopo da pesquisa em função das *keywords* utilizadas, cf. K. CLANCY, Thomas, "The Fourth Amendment Aspects of Computer Searches and Seizures: a Perspective and a Primer", *Mississippi Law Journal*, N.º 175 (2005), pp. 208-213; Analisando os benefícios e inconvenientes de uma pesquisa automatizada, designadamente através da utilização de *keywords*, cf. W. BRENNER, Susan, A. FREDERIKSEN, Barbara, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, N.º 39 (2002), pp. 60 e ss.

[74] Sendo certo que, no caso, não seria evidente se estaríamos diante de uma verdadeira proibição de prova, nos termos do artigo 126.º, n.º 3, do CPP e do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, ou antes perante uma nulidade constante do artigo 120.º, n.º 2, alínea *d)*, do CPP. Para mais desenvolvimentos sobre estes regimes diferenciados, cf. SOUSA MENDES, Paulo de, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 187 e ss. Considerando que se trata de uma norma meramente procedimental – e não, por exemplo, de inexistência de despacho prévio –, entendemos que estamos perante uma nulidade suscetível de sanação, seguindo o regime dos artigos 120.º e seguintes do CPP, em particular, o artigo 120.º, n.º 2, alínea *d)*, do CPP. No mesmo sentido, cf. Ac. TRL, de 10.08.2020, processo n.º 6330/18.8 JFLSB-A.L1-3 (Alfredo Costa); Ac. TRL, de 06.02.2018, processo n.º 1950/17.0 T9LSB-A.L1-5 (João Carrola). Na doutrina, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*..., cit., p. 510.

[75] No sentido de que as leis vigentes respondem insuficientemente às necessidades no âmbito da prova digital e que deveriam ser alteradas, CONDE CORREIA, "Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter", cit., p. 59.

[76] Lançando a mesma *ode* para que se cesse a comparação entre a apreensão de mensagens de correio eletrónico e a apreensão de correspondência em geral, cf. DIAS RAMOS, *A Prova Digital em Processo Penal...*, cit., p. 114.

[77] Parece-nos que os autores se têm alinhado neste sentido, precisamente pelo eventual desrespeito pela lei ter como consequência a possível inutilização da prova recolhida. Assim, apesar de entenderem que o requisito em causa não deverá merecer aplicação, recomendam-no por razões de cautela, cf. WITTLER CONTARDO, "Apreensão de Correio Eletrónico em Portugal...": cit., p. 285; FIDALGO, "A recolha de prova em suporte eletrónico...", cit., p. 180.

que não torne a tarefa do julgador verdadeiramente hercúlea, traduzindo-se, na prática, na inviabilização da sua análise.

Do ponto de vista do direito constituído, o artigo 252.º, n.º 2, do CPP poderá consubstanciar, em certas ocasiões, uma *válvula de escape* para este caso, enquanto medida cautelar. Assim, quando esteja a ser efetuada uma pesquisa e o investigador se depare com mensagens de correio eletrónico potencialmente relevantes cuja análise imediata seja necessária, poderá requerer autorização para o efeito, nos termos do assinalado preceito, dispensando-se o prévio conhecimento do juiz[78], desde que haja despacho judicial anterior com vista à apreensão, como acima se sustentou.

d) A punibilidade do crime com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos

Parece haver alguma consensualidade na doutrina e na jurisprudência em negar a aplicação deste pressuposto à apreensão de mensagens de correio eletrónico[79] e, a nosso ver, com toda a razão.

O artigo 11.º da Lei do Cibercrime é claro ao definir o âmbito de aplicação das disposições processuais constantes do diploma: com exceção do disposto nos artigos 18.º e 19.º daquela lei, estas aplicam-se aos crimes *(i)* previstos na Lei do Cibercrime; *(ii)* cometidos por meio de um sistema informático; ou *(iii)* em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico.

Este requisito do artigo 179.º do CPP está, pois, em direta contradição com o regime estabelecido na Lei do Cibercrime ao limitar o âmbito de aplicação daquele meio de obtenção de prova a determinados crimes (mais gravosos), pelo que não deverá ser aplicado.

Diga-se, *a latere*, que esta opção do legislador é salutar[80]. Desde logo porque a tecnologia está em constante mutação, o que reclama a constante adaptação do direito – no caso, também do direito substantivo – a novas realidades que, muito provavelmente,

[78] Reconhecendo esta possibilidade, cf. Ac. TRL, de 11.01.2011, processo n.º 5412/08.9TDLSB-A.L1-5 (Ricardo Cardoso): "*Contudo, em caso de urgência, isto é de perda de informações úteis à investigação de um crime em caso de demora, **o juiz pode sempre autorizar a abertura imediata de correspondência (assim como de correio eletrónico) pelo órgão de política criminal** e o órgão de polícia criminal pode mesmo ordenar a suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios e de telecomunicações, nos termos dos n.os 2 e 3 do art.º 252.º do Código de Processo Penal, devendo a ordem policial ser convalidada no prazo de 48 horas, sob pena de devolução ao destinatário caso não seja atempadamente convalidada, ou caso seja rejeitada a convalidação*." (destaque nosso).

[79] Entre outros, cf. FIDALGO, "A recolha de prova em suporte eletrónico...", cit., p. 156; CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., p. 274; CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., pp. 191-192; VERDELHO, Pedro, "Obtenção de Prova Online", in AA.VV., *Cibercrimen: Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet* (dir. Dupuy Daniela), Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2016, p. 449. Na jurisprudência, cf. o aqui comentado acórdão de 07.03.2018, que o reconhece expressamente.

[80] Questionando se seria realmente a intenção do legislador permitir a apreensão de mensagens de correio eletrónico quanto a todo e qualquer crime, cf. FIDALGO, "A recolha de prova em suporte eletrónico...", cit., p. 157.

em 2009 ainda não eram sequer conjeturados pelo legislador[81]. Nessa medida, a limitação da recolha de prova apenas a crimes com determinada moldura penal, poderia mesmo deixar alguns ilícitos penais insuscetíveis de punição. Pense-se, por exemplo, na receção de ficheiros através de mensagens de correio eletrónico que configurem pornografia infantil. Estando em causa o crime constante do artigo 176.º, n.º 5, do CP, e sendo a pena máxima aplicável de 2 anos de prisão, então não poderiam ser apreendidas as mensagens de correio eletrónico nas quais o agente recebesse os vídeos ou fotografias com imagens pornográficas de menores, caso o agente não descarregasse esses ficheiros para o seu dispositivo eletrónico e os mantivesse apenas na sua caixa de correio, em anexo às respetivas mensagens[82]. Criar-se-ia, por essa via, uma *redoma* que propiciaria a prática do crime em causa, não podendo ser recolhida prova a seu respeito.

Por estar em frontal contradição com o regime constante do artigo 11.º da Lei do Cibercrime, o mesmo não deverá, portanto, ter aplicação.

e) A necessidade de as mensagens de correio eletrónicas serem expedidas (ou remetidas) pelo suspeito ou serem-lhe dirigidas

Por fim, não tão abordada, ainda que sujeita a controvérsia, é a necessidade de as mensagens de correio eletrónico apreendidas serem remetidas ou recebidas pelo suspeito. Muitos autores acabam por não abordar este requisito autonomamente ou por fazê-lo de forma pouco desenvolvida. RITA CASTANHEIRA NEVES pronuncia-se pela aplicação deste pressuposto sem ulteriores explicações[83]. Já PAULO DÁ MESQUITA[84] e RUI CARDOSO[85] parecem alinhar-se na inaplicabilidade deste segmento à apreensão de correio eletrónico, em razão da inexistência de qualquer delimitação de índole subjetiva no artigo 11.º da Lei do Cibercrime.

Para além de o artigo 11.º da Lei do Cibercrime não limitar a recolha de prova no que diz respeito à apreensão do correio eletrónico, não se afiguram razões para que a limitação seja mantida quanto a este meio de prova. Para o efeito, a restrição imposta pelo artigo 179.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPP justifica-se pelo facto de ser retirada correspondência do processo comunicativo, estando em causa a própria integridade

[81] Veja-se, por exemplo, a alteração de 2015 ao Código Penal, através da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto que, com especial preocupação com a criminalidade sexual, inseriu, entre outros, o crime de aliciamento de menores para fins sexuais, no artigo 176.º-A (um crime necessariamente praticado através de meios tecnológicos) e alterou o artigo 176.º do CP no sentido de prever expressamente a utilização do sistema informático como meio de cometimento do crime em causa.

[82] Note-se que estes ficheiros apenas passam a ser reconduzíveis ao artigo 16.º da Lei do Cibercrime a partir do momento em que são descarregados para o computador e guardados como dados informáticos. Só nesse momento em que são destacados da mensagem de correio eletrónico deixam de merecer a tutela acrescida conferida pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime. Parece ser também este o entendimento de CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 180.

[83] Cf. CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, cit., p. 274.

[84] Cf. DÁ MESQUITA, "Prolegómeno sobre prova eletrónica...", cit., pp. 108-111. Apesar de o autor não se referir expressamente à inaplicabilidade do requisito, refere não existirem limitações de âmbito subjetivo por força do artigo 11.º da Lei do Cibercrime.

[85] Cf. CARDOSO, "Apreensão de correio eletrónico...", cit., p. 192.

dos sistemas oficiais de correspondência[86]. No que à apreensão de correio eletrónico diz respeito, não se trata de uma interrupção desse processo comunicativo[87], mas apenas da apreensão de dados informáticos aos quais o legislador conferiu maior tutela, pelo que não se justifica a limitação a mensagens de correio eletrónico necessariamente recebidas ou remetidas pelo suspeito.

Em qualquer caso, pela própria natureza das coisas, o cenário mais comum será o de as mensagens de correio eletrónico serem enviadas ou recebidas pelo suspeito, uma vez que estes dados informáticos se encontrarão na sua caixa de entrada ou de saída, sendo na sequência de uma pesquisa informática a um dispositivo eletrónico da sua pertença que as mesmas serão encontradas. Caso, porém, seja um terceiro o visado pela diligência, não parecem existir impedimentos a que se apreendam mensagens de correio eletrónico que não sejam nem dirigidas ao suspeito nem por ele enviadas, desde que sejam relevantes para a investigação.

Conclusão

Apesar de a Lei do Cibercrime já ter atingido a *idade adolescente*, muitas são as controvérsias que ainda pairam em redor do seu regime em razão da remissão efetuada pelo artigo 17.º dessa lei para o artigo 179.º do CPP. Em concreto, o TRL fez recentemente ressurgir a controvérsia existente quanto à distinção entre mensagens de correio eletrónico lidas e não lidas, o que, em nosso entendimento, não tem razão de ser, devendo a discussão ficar dirimida com o tratamento análogo de ambas. De outro passo, no que à necessidade de despacho judicial prévio diz respeito, parece-nos que a lei aponta no sentido de este não poder ser dispensado, ainda que essa imposição introduza potenciais perturbações na atividade investigatória, tendo este entendimento sido ratificado pelo TC, que se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma que prevê a possibilidade de dispensa de autorização judicial. Já no que concerne à necessidade de o juiz ser o primeiro a tomar conhecimento das mensagens apreendidas, ainda que consideremos que essa obrigatoriedade deveria ser dispensada (sendo mesmo infazível em certos casos), adotando uma jurisprudência das cautelas é recomendável que seja o juiz o primeiro a aceder ao seu conteúdo. Quanto às questões mais minudentes, consideramos que a remissão efetuada pelo artigo 17.º da Lei do Cibercrime para o artigo 179.º do CPP não poderá englobar a existência de crimes de catálogo nem tão pouco o facto de apenas se poderem apreender mensagens de correio eletrónico enviadas ou recebidas pelo suspeito, na medida em que o artigo 11.º da Lei do Cibercrime não tece essas limitações de caráter objetivo e subjetivo, antes depondo em sentido contrário.

[86] Cf. CONDE CORREIA, *Comentário*..., cit., p. 641.

[87] Quanto a essas interceções vigora o artigo 18.º da Lei do Cibercrime, o qual tem, por força do artigo 11.º da Lei do Cibercrime, um campo de aplicação mais limitado.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL: OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA LEALDADE PROCESSUAL PENAL

Manuel Monteiro Guedes Valente[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. A dignidade da pessoa humana como «fronteira intransponível»; II. Da democraticidade e da lealdade na prevenção e na repressão da criminalidade; a) da democraticidade como afirmação da dignidade da pessoa humana; b) da lealdade como afirmação da dignidade da pessoa humana; Conclusão.

Introdução

Privamos muito pouco com a pessoa do Doutor Augusto Silva Dias. Mas desse pouco muito aprendemos, desde logo pela humildade e serenidade de quem sabia ouvir e debater os pensares jurídicos, em especial os jurídico-criminais; mas podemos afirmar que privamos a todo tempo com a obra científica que nos legou. A ausência física não nos coíbe de privarmos com o pensamento de um eminente pensador do Direito cujo olhar científico se aprimora para além da normatividade que nos circunda.

Como toda a obra é incompleta, optamos por reviver um tema que nos obriga a estudá-lo como limite de todo e qualquer poder de decisão e de ação face aos tempos difusos e conturbado que vivemos, assentes numa defesa de restrições quase ilimitadas de direitos e liberdades fundamentais pessoais com o escopo de obter a prova e, por essa via, uma verdade fáctica que se afirma cada vez mais formal e em nada material. A louca busca da eficácia e a desequilibrada construção sistemática de uma persecução criminal impõem que, passados alguns anos, reconvoquemos para discussão o princípio medular do nosso sistema político-constitucional e, por maioria de razão, do sistema jurídico-criminal português: o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que tem a "função originária de fundamento último do Estado de Direito, (...), e de polo irradiador de sentido e aglutinador dos direitos e liberdades fundamentais"[1].

[*] Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica Internacional. Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa, Investigador Integrado e Vogal da Direção do Ratio Legis - Centro de I&D em Ciências Jurídicas da UAL. Membro da Academia Luso-Brasileira de Ciências Jurídicas. Advogado e Jurisconsulto.

[**] O Novo Acordo Ortográfico não é utilizado nas citações.

[1] SILVA DIAS, Augusto, "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror", in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* –

É um tema que era caro ao nosso homenageado, bem vincado na defesa intransigente da inadmissibilidade de recurso a métodos persecutórios próprios de um Estado de Polícia niilificadores e coisificadores da pessoa humana. O estudo da dignidade da pessoa humana como fronteira intransponível na persecução criminal, mesmo que em base de um estudo que já efetuáramos há muitos anos, é, hoje e cada vez mais, pertinente e atual. Aprofundamo-lo e ampliamo-lo, recolocando novas peças de debate científico por ser mais evidente a concretização dos receios que já nos inquietavam.

I. A dignidade da pessoa humana como «fronteira intransponível»

O princípio da *dignidade da pessoa humana* detém "força normogenética"[2]. São intrínsecos a este princípio todos os valores e princípios regentes da sociedade e do Estado de direito material social democrático, assumindo-se como coluna vertebral do universo de valores reitores do ordenamento jurídico. Como defende o Tribunal Constitucional Alemão, "na democracia livre, a dignidade do ser humano é o valor supremo"[3]. Valor este fundamento, fim e limite da intervenção penal material, processual e penitenciária. Dele nascem e nele radicam os vértices da vida jurídica, cujas arestas da atividade persecutória nele se arrimam.

O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto assume na íntegra o "papel de *sancta santorum* de todos os princípios que presidem à estruturação da ordem jurídica"[4], é fundamento, fim e limite da atividade dos operadores judiciários – *v. g.*, Juiz, Ministério Público e Polícia criminal – de um Estado assente no poder constituinte do povo [só *do povo, pelo povo* e *para povo*] como assunção de uma "consciência jurídica geral"[5].

A dignidade da pessoa humana, como pilar (valor, princípio, identidade) da República, ao qual se subjuga todo o «poder», implica que, *em primeiro lugar*, *está a pessoa* e, só depois, a organização política e que a "pessoa é um sujeito e não um objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais"[6], *i. e.*, a pessoa humana (o

I (Coord: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa), *STVDIA IVRIDICA*, 98, *AD HONOREM* – 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 225.

[2] Cf. PINTO, Mário Jorge Lemos, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão no Contencioso Administrativo Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 117.

[3] Cf. *E* 5, 85/204 *apud* PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual* – II, Tradução do alemão – *Grundrechte: Staatsrecht* II, 23.ª Ed., Heilderberg, 2007 – de António Franco e António Francisco de Sousa, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 103. O n.º 1 do artigo 1.º da Constituição Alemã consagra que «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt», ou seja, «A dignidade humana é inviolável. É dever de todas as autoridades públicas respeitá-la e protegê-la». Para que não haja dúvidas e para que o Estado tenha presente os crimes hediondos do nacional-socialismo, a Constituição alemã consagra a dignidade humana não como direito fundamental, mas como princípio (valor superior) geral e vinculante de todo o poder público – originário, delegado ou concessionado – como identidade própria do ser humano. Cfr. PIEROTH/ SCHLINK, *Direitos Fundamentais...* – II, cit., pp. 103-106.

[4] Cf. PINTO, *Impugnação de Normas...*, cit., p. 117.

[5] Cf. CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* – Volume 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 65.

[6] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Volume I, 4.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 198.

homem) *é um fim tanto para si mesmo como para os outros*[7]. A pessoa, suspeito ou arguido, não é objecto nem é uma coisa nem um inimigo: é uma pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, como *valor primordial da ordem jurídica*[8] é a *trave mestra de sustentação e legitimação da República*[9], é um «*valor-limite*» contra intervenções integrais penais securitárias, justicialistas, de segurança nacional e belicistas de niilificação do Ser Humano e metamorfose em «objecto» ou em «coisa» ou em «não-pessoa». A dignidade da pessoa humana nega as tentativas de coisificação do agente de um crime, seja de bagatela, seja grave, seja complexo, seja altamente especializado, seja altamente violento, seja organizado. A natureza criminógena e qualitativa jurídica de um crime não altera a dimensão do ser pessoa humana, razão pela qual se nega os espaços de introdução de maiores e profundas restrições na persecução criminal em determinadas tipologias criminais.

A dignidade da pessoa humana é um *princípio-limite* e afirma-se como *valor próprio* e como *dimensão normativa*[10]. Assume-se como *princípio antrópico ou personocêntrico* de muitos direitos fundamentais pessoais e reclama a exigência de igualdade material que evite quaisquer formas de diferenciação em razão do seu ser: proíbe a estigmatização, porque todos – sem exclusão de alguém – são pessoas com a mesma dignidade, mesmo os que se encontram privados da liberdade por decisão judicial transitada em julgada, sob medida de coação e ou sob detenção policial [medida cautelar e de polícia – *detenção para identificação* (artigo 250.º, n.º 6 do CPP) – ou medida precária e temporária para apresentação ao JIC para primeiro interrogatório judicial de arguido detido ou ao tribunal para a julgamento em processo sumário – artigos 254.º, 255.º, n.º 1, al. *a*), 256.º conjugados com os artigos 141.º e 381.º e ss. do CPP]. Quer no *tempo da prevenção* quer no *tempo da ação penal*[11], o Ser Humano, mesmo privado da liberdade, mantém inalterada a sua dignidade humana.

A tutela da *intransponibilidade* da dignidade da pessoa humana é um *dever público* para o legislador, para o intérprete e aplicador das normas jurídicas – em especial as restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais por aquela ser "a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais" e "princípio englobante onde se fun-

[7] KANT, Emanuel, *Metafísica dos Costumes – Parte II – Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude,* Tradução do alemão *Zweiter Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* de Artur Mourão, Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 30-31.

[8] Cf. MIRANDA, Jorge, "Artigo 1.º (*República Portuguesa*)", in: *Constituição da República Anotada* – Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 77.

[9] Cf. CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição da República...* – I, cit., 4.ª Edição, p. 198.

[10] CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição da República...* – I, cit., 4.ª Edição, pp. 198-199.

[11] Quanto a esta diferenciação dos tempos de intervenção – *tempo da prevenção* e *tempo da repressão* – VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução Criminal de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: UCE, 2013, pp. 299-328, COSTA ANDRADE, Manuel da, *"Bruscamente no Verão Passado", a Reforma do Código de Processo Penal. Observações Críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 129-130, DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, *O caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, p. 809.

damentam todos os direitos fundamentais"[12] – e impõe-se a todos operadores estatais que, com maior frequência e assiduidade, podem lesar ou ferir no seu âmago: os que atuam no quadro jurídico-criminal. A *proteção social* contra perigos e riscos e a defesa da *vivência comunitária* em bem-estar e em segurança é uma tarefa fundamental do Estado[13], mas cumpre-lhe concretizar essa tarefa não só respeitando, como promovendo a dignidade da pessoa humana. Os operadores judiciários – Juiz, Ministério Público e Polícia criminal –, no quadro jurídico-criminal, devem assumir-se como os seus principais protetores, desde logo por estarem vinculados a não ultrapassar a fronteira da dignidade da pessoa humana, sendo-lhes vedada a realização da justiça com a descoberta da verdade a «todo o custo», em que os fins justificam os meios.

O legislador, embalado pela onda securitária dos ventos europeus e internacionais e pelas correntes catastróficas da insegurança e da elevada perigosidade do terrorismo e da criminalidade organizada transnacional a imporem respostas *securitárias e justicialistas*, não tem sido um verdadeiro «guardião» do referencial axiológico da dignidade da pessoa humana ao admitir o recurso ao agente infiltrado para fins de prevenção criminal e para investigação criminal, esta sem necessidade da prévia autorização judicial, que passa a ser por ratificação expressa ou tácita do Juiz de Instrução Criminal[14] e, ao admitir a localização celular como medida cautelar e de polícia[15], ao prescrever a apreensão de correspondência por decisão de Órgão de Polícia Criminal como medida cautelar[16], ao admitir buscas domiciliárias noturnas para crimes puníveis com pena de prisão, no seu máximo, superior a três anos[17], ao admitir prova obtida

[12] Cfr. MIRANDA, Jorge, "Artigo 1.º (*República Portuguesa*)", in: *Constituição da República...* – Tomo I, cit., 2.ª Edição, pp. 84 e 86.

[13] Cfr. alíneas *b*) e *d*) do artigo 9.º da CRP. Para uma melhor compreensão desta missão/tarefa fundamental do Estado, onde entram os atores judiciários, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 6.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 121-137.

[14] Cfr. artigo 3.º, n.º 3 da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto. Temos, desde 2001, criticado esta opção legislativa, por ser contrária a vários princípios, sendo de destacar o princípio da jurisdicionalidade que impõe a intervenção prévia do juiz sempre que da ação do Estado haja uma restrição de direitos fundamentais pessoais, como é o caso: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral...*, cit., 6.ª Edição, pp. 613-616. Neste mesmo sentido podemos ler GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, "El agente infiltrado en España y Portugal. Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales", in: *Criminalidade organizada e criminalidade de massa: interferências e ingerências mútuas* (Coord: Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 185-219.

[15] Cfr. artigo 252.º-A do CPP. A crítica a esta opção legislativa pode ser lida em VALENTE, *Teoria Geral...,* cit., 6.ª Edição, pp. 402-408, e "A Desorientação Sistemática e a Desmesurada Ampliação dos Meios de Obtenção de Prova e das Medidas Cautelares e de Polícia", *GALILEU – Revista de Economia e Direito – Reforma Penal em Debate – Breves Reflexões*, Lisboa: Edição da EDIUAL, Vol. XII, n.º 2, 2007 e Vol. XIII, n.º 1, 2008, pp. 227-250 (249-250); e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal Conforme à Constituição da República Portuguesa e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, Lisboa, UCE, 2010, pp. 694-696.

[16] Cfr. artigo 252.º, n.os 1 e 2 do CPP. Para uma análise crítica mais cuidada da apreensão de correspondência pelos órgãos de polícia criminal, VALENTE, *Teoria Geral...*, cit., pp. 398-400.

[17] Cfr. artigo 177.º, n.º 2, alínea *c*) do CPP. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal* – I, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 411-413, e "A Desorientação Sistemática e a Desmesurada Ampliação...", cit., pp. 234-238. Em sentido oposto, não considerando a inconstitucionalidade da norma ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal Conforme à Constituição...*, cit., pp. 496-498, e CORREIA, João Conde, "artigo

por câmaras de videovigilância[18]. Gerou-se uma amálgama de instrumentos e de institutos jurídico-processuais e pré-processuais direcionados para a prevenção de perigos e para a reação a crimes de elevada danosidade social por meio de uma ampliada ingerência 'facilitada' no conteúdo e alcance de direitos fundamentais pessoais: *v. g.*, reserva da intimidade da vida privada dos cidadãos. Como escreve WOLTER[19], há um limite insuperável na investigação criminal (repressão) cuja violação não é possível de ser justificada: este pensar obriga a sacrificar a realização da justiça e a descoberta da verdade na defesa de valores superiores que integram o conteúdo, melhor, o núcleo da dignidade da pessoa humana[20].

A atividade dos operadores judiciários – Polícia, seja jurídico-administrativo-policial seja jurídico-criminal própria[21], do Ministério Público, em toda a sua dimensão constitucional, e do Juiz, na sua dimensão jurisdicional constitucional – não escamoteia (ou não deve escamotear) um valor ou um princípio que é *pré-constitucion*al e que é o pilar central do Estado de direito democrático material e social. Toda a atividade preventiva geral, preventiva e repressiva criminal, deve ser a manifestação da dignidade da pessoa humana como membrana de um Direito justo[22], porque ela é, em si mesma, *fundamento*, *fim* e *limite* da intervenção jurídico-criminal de um Estado de direito democrático.

A dignidade da pessoa humana exige que o arguido não seja convertido em *objecto processual* e que se mantenha como *sujeito processual* para "participar de modo efectivo e eficaz no juízo comunitário em que o processo se traduz", assim como lhe deve

177.º – Busca domiciliária", in: AA.VV., *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal* – Tomo II, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 613-616. O domicílio, mesmo sendo o *último refúgio para a proteção da dignidade da pessoa humana* (conforme decisão do *Bundesverfassungsgericnht* de 28 de junho de 1983), sempre pode ser um espaço de intervenção do Estado através de recurso a meios ocultos de obtenção de prova – *v. g.*, aplicação dos meios de investigação previstos na Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) – o que, sem limites concretos e sem uma vinculação ao fim das diligências abrir-se-á um campo de incontrolabilidade jurisdicional, podendo a dignidade da pessoa humana ver diminuída a sua força jurídica. Quanto a uma visão generosa de admissibilidade de meios ocultos no espaço de reserva do domicílio, com a qual não nos identificamos de todo por só admitirmos tal recurso em casos de indispensabilidade probatória sob pena de violarmos o artigo 18.º, n.º 3 da CRP, NUNES, Duarte Rodrigues, *O Problema da Admissibilidade dos Métodos "Ocultos" de Investigação Criminal como Instrumento de Resposta à Criminalidade Organizada*, Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 495-496.

[18] Temos uma posição crítica desde o início da Lei n.º 1/2005 que implementou, em Portugal, o regime jurídico do sistema de videovigilância em locais de domínio público de utilização comum, como se podem ler nos nossos escritos: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, "Videovigilância: instrumento de «segurança interna»?", in: *II Colóquio de Segurança Interna*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 119-154 (151-152), e *Teoria Geral...*, cit., pp. 651-707 (706-707).

[19] Esta posição de WOLTER pode ser estudada com maior acuidade em COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 241.

[20] Acompanhamos KAUFMANN quando afirma que a dignidade humana sem referencial de conteúdo é absoluta, mas, como tal, é vazia; a dignidade humana é um referencial material com conteúdo: os direitos humanos, cuja essência nuclear é intransponível. KAUFMANN, Arthur, *Fisolofía del Derecho*, Tradução do alemão *Das verfahren der Rechtsgewinnung – Eine rationale Analys*e de Luis Villar Borda e Ana María Montoya, 2.ª Reimpressão da 2.ª Edição, Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2006, pp. 334-335.

[21] A defesa e a garantia da dignidade humana da vítima ou de vítimas legitimam o recurso à cláusula geral de polícia no quadro da segurança interna e ao recurso ao estado de necessidade de intervenção do Estado ou estado de necessidade defensivo.

[22] Neste mesmo sentido, PINTO, *Impugnação de Normas...*, cit., p. 116.

garantir o *direito à concessão de justiça* (*Justizgewährungsanspruch*)[23]. O arguido tem direito a que se realize e lhe seja concedida a realização de justiça em obediência aos princípios constitucionais – porque é uma das personagens centrais, em torno do qual se desenrola o processo[24] –, e não ser tão-só recetador de uma justiça.

No âmbito da atividade jurídico-criminal exigem-se princípios que encontram fundamento e são conteúdo material da dignidade da pessoa humana e a convertem ou a fixam como o *máximo referencial axiológico da ordem jurídica material válida* e a afirmam como *barreira intransponível* à *instrumentalização* da pessoa humana e ao retorno a métodos coisificadores e humilhantes próprios de um Estado de Polícia[25]. De entre vários princípios membros daquele conteúdo material, destacamos para este estudo, face à ideia de prevenção e reação (repressão da) à criminalidade – persecução criminal –, os que mais se prendem com a atividade do Juiz, do Ministério Público e da Polícia e são reflexo de uma ação democrática, assente na autonomia da vontade como concretização da liberdade de pensar, de decidir e de agir. Analisaremos, neste pequeno estudo de homenagem, o princípio *democrático* e o princípio da *lealdade* na persecução criminal, sem que obnubilemos a necessidade futura de continuarmos a aprofundar este tema com o estudo do princípio da inadmissibilidade de valoração de provas obtidas por métodos ofensivos da dignidade da pessoa humana e com o princípio da liberdade, por serem princípios (corolários ou vértices) nucleares da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento, fim e limite da persecução criminal: prevenção e repressão criminal.

II. Da democraticidade e da lealdade na prevenção e na repressão da criminalidade

1) da democraticidade como afirmação da dignidade da pessoa humana

As ações de qualquer pessoa, sejam boas ou más, só "são voluntárias" se foram "cumpridas com conhecimento de causa"[26], ou seja, quando são fruto de um pensar livre, um decidir livre e um agir livre. Muitas das ações preventivas *stricto sensu* e repressivas refletem uma boa ou má atuação por terem sido ou não executadas "com conhecimento de causa", principalmente quando respeitam ou violam um dos princípios cruciais na realização da justiça: *o princípio democrático*[27]. A responsabilidade de qualquer pessoa depende sempre da sua capacidade cognitiva que lhe imprimirá ou lhe dará a sua capacidade de decisão e de ação. Se essa ação resulta de uma coação ou uma metódica limitadora do pensar, do decidir e do agir, ter-se-á de convocar dimensões normativas neutralizadoras

[23] Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, (Coleção Clássicos Jurídicos – Reimpressão da Edição de 1974), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 154-155.

[24] Considerando o *arguido como a personagem central do processo*, MOUTINHO, José Lobo, "O arguido no processo preparatório, revisitado em 2008", in: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana* (Coord: Jorge Miranda e Marco António Marques da Silva), São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 658.

[25] SILVA DIAS, "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal...", cit., pp. 224 e 226.

[26] ARISTÓTELES, "Do Discurso e do Discurso Jurídico", in: *Obra Jurídica*, Porto: Rés – Editora, Coleção *Resjuridica*, p. 149.

[27] Princípio relevante no âmbito da atividade de ordem e tranquilidade públicas, da atividade administrativa policial e da atividade jurídico-criminal.

da responsabilidade do agente, por não lhe ser exigível agir de outra forma ou por ser censurável ético-juridicamente a atuação dos operadores judiciários.

Abe Lincoln afirmou que a «essência» da democracia assente na trilogia: o "governo do povo, pelo povo e para o povo"[28]/[29]. Uma justiça democrática ou democratizada é a *justiça administrada do provo, pelo povo e para o povo* [artigo 202.º, n.º 1 da CRP]. Esta aceção de democracia assenta na trilogia constitucional americana de «autoridade limitada», «autoridade equilibrada» e «pluralismo político», cujo poder ou o exercício desse poder se encontra controlado pelo poder de «outros». Esse «outros» é o povo que é «o único soberano legítimo». Contudo, na linha de Robert Dahl, consideramos que nenhum detentor legítimo de poder deve ser absoluto, mesmo o povo que «não deve nunca ser um soberano absoluto»[30].

Em democracia, os operadores judiciários, em especial a Polícia e o Ministério Público, são a face mais visível do Estado, melhor, do poder da administração da justiça, que reside no povo e na própria administração da justiça. A legitimidade da atuação daqueles reside na *soberania popular* e na *dignidade da pessoa humana* que lhes impõe uma ação emparedada pelos ditames do espírito do princípio democrático, que, como "*norma jurídica* constitucionalmente positivada"[31], é, por consequência, um princípio de atuação não só no plano processual penal[32], como no plano administrativo e, até mesmo, de operacionalidade policial sindicável pelo Ministério Público e pelo Juiz.

O escopo da prevenção criminal *stricto sensu* e da repressão criminal não se esgota na finalidade de descoberta da verdade material por qualquer meio ou método, mesmo que seja eficaz, contudo detrator de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais: núcleo da dignidade da pessoa humana. A tutela dos direitos, liberdades e garantias individuais é uma das funções da Polícia, tridimensional, do Ministério Público, multifuncional, que se deve efetuar não só contra as agressões dos particulares, mas também contra os abusos do *jus puniendi* do Estado, e do Juiz, titular do órgão de soberania a quem o povo conferiu o poder de administrar em seu nome a justiça.

---

[28] Podemos ler esta frase histórica de Abe LINCOLN em CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 287.

[29] Cfr. artigo 202º, n.º 1 da CRP que consagra que a administração da justiça é atribuição dos tribunais e que essa atribuição é «em nome do povo».

[30] Este axioma de limite do poder de Robert Dahl pode ser estudado em BOBBIO, Norberto, *As Ideologias e o Poder em Crise*, 4. ª Edição, Tradução do italiano de João Ferreira, Brasília: Editora UNB, 1999, pp. 18-19.

[31] Cfr. CANOTILHO, *Direito Constitucional...,* cit*.,* p. 287.

[32] Pois, o Direito processual penal é, "por excelência, direito constitucional aplicado" [Henkel citado por ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal,* 2.ª Reimpressão da 1.ª Edição, Tradução do alemão *Strafverfahrensrecht* de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, s.r.l., pp. 10-12, e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Lições Policopiadas, Coimbra, 1988-9, p. 35. Ou como propôs Bernd Schünemann a Claus Roxin o "Direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado" [ROXIN, Claus e SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho Processual Penal*, Tradução da 29.ª edição *do alemão Strafverfahrensrecht* de Mario F. Amoretti e Dario N. Rolón, Buenos Aires: Didot, 2019, pp. 55 e 68-70]. Nesta mesma linha de pensamento BELEZA, Teresa e ISASCA, Frederico, *Direito Processual Penal – Textos*, Lisboa: AAFDL, 1992, p. 12], pelo que jamais poder-se-á apartar dos princípios constitucionais quer na legiferação processual penal, quer na interpretação quer na aplicação dessas mesmas normas na fase do inquérito, na de instrução, na de julgamento, na de recurso e na de execução da sentença transitada em julgado.

No conflito entre direitos dos particulares e o interesse comum, os operadores judiciários não podem arrogar-se de todos os meios e métodos ao seu dispor para prosseguir o interesse comum – paz jurídica e social – em detrimento dos direitos e interesses dos particulares[33]. Os fins não podem, e muito menos devem, num Estado de direito democrático justificar os meios, porque os *maus meios corrompem até os melhores fins*[34]. Quem se arroga da moral, da ética superior e do Direito para defender a legalidade, garantir a segurança e os direitos dos cidadãos, não pode socorrer-se de meios desonestos, de meios em nada deontológicos, mesmo que sejam apregoados de eficazes para a prevenção e para a repressão da criminalidade altamente violenta, complexa e especializada: criminalidade organizada transnacional.

Como exemplo deste comportamento menos decoroso e menos transparente no plano *administrativo sancionatório*, podemos recordar os radares escondidos de deteção da velocidade: a colocação às escondidas dos aparelhos de radar demonstra(va) um método de prevenção rodoviária designado de «caça à multa», que em nada contribui para a prevenção das infrações rodoviárias e da sinistralidade, uma vez que procura o *post factum* e não *ante factum*, procura a infração e não a prevenção dessa infração. É de relembrar como o homenageado frisava[35], ao processo administrativo sancionatório – contraordenacional – devem aplicar-se os princípios regentes do processo penal – como a presunção de inocência, o *ne bis in idem*, o *nemo tenetur se ipsum accusare* ou a proibição da *reformatio in pejus* –, por força do artigo 32.º, n.º 10 da CRP e do artigo 41.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, sem esquecer o seu artigo 42.º quanto à proibição de métodos antidemocráticos. Este método de eficácia imediata do âmbito administrativo sancionatório, sem o devido controlo judiciário e muito menos jurisdicional, exceto se os visados recorrerem, catapulta-se para o âmbito da prevenção e repressão criminal com a mesma ideia básica de uma desnecessidade de prévia autorização e, até, controlo jurisdicional. A policialização do processo penal – *v. g.*, da persecução criminal – ganha fôlegos de apoio nunca vistos por o «povo» estar ávido de castigo (vingança) por todos os males advindos das condutas típicas, antijurídicas, censuráveis e puníveis de muitos concidadãos.

Os operadores judiciários devem ser promotores da materialização dos princípios e dos direitos próprios de um *Estado constitucional democrático*[36]. Devem materializar o princípio democrático como "*forma de legitimação do poder*"[37] de modo a que se

[33] A revisão constitucional de 1997 clarificou a paridade máxima possível entre os direitos e interesses dos particulares legítimos e legalmente reconhecidos e o interesse público, consagrados no artigo 266.º, n.º 1 da CRP, sendo que este não pode alguma vez niilificar aquele.

[34] BOBBIO, *As Ideologias e o Poder...*, cit., p. 112.

[35] Cf. SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 193-197 (194)

[36] Feliz construção de KRIELE, Martin, *Introdução à Teoria do Estado; fundamentos históricos da legitimidade do Estado constitucional democrático*, Tradução do alemão *Einführung in die Staatslehre: Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates* de Urbano Cavelli, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2009, pp. 277 e ss. (283-291).

[37] Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional...,* cit., p. 288.

torne no "*impulso dirigente* de uma sociedade"[38]. Ao materializar o princípio democrático, aqueles materializam o respeito e a garantia da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais pessoais que, além de serem "elemento constitutivo do Estado de direito"[39], são, também, "elemento básico para a realização do princípio democrático"[40], que se inscreve como fundamento da administração justiça imparcial, isenta, autónoma, independente, e, em simultâneo, como limite imanente e concreto das suas intervenções.

Os direitos e liberdades fundamentais pessoais oneram os operadores da justiça, enquanto *defensores da legalidade democrática*, a uma atitude contra o exercício do poder autoritário no sentido de que exigem que toda e qualquer intervenção – no plano civil, administrativo e criminal – se desenvolva de acordo com as regras da transparência democrática[41].

O princípio democrático implica que ao cidadão seja dada a liberdade de escolha dos seus atos. Na linha de Germano Marques da Silva "a capacidade para o bem e para o mal está em cada um de nós como uma possibilidade que as circunstâncias podem sempre ajudar a exteriorizar – «a ocasião faz o herói e o ladrão»"[42], logo não faz parte da democracia que operadores judiciários – em especial, a Polícia e Ministério Público –, que têm a missão de concretizar a democracia como um valor essencial da e à sociedade, utilizem meios e métodos antidemocráticos[43], próprios de uma legitimação autoritária (quantas vezes totalitária e belicista) do poder. Seguindo uma linha de pensamento de Bobbio, consideramos que o princípio democrático não admite fins que não sejam os democráticos, como não admite maus meios, mesmo que sejam legais, por produzirem fins corrompidos[44].

O respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Estado de direito material social e democrático obriga a que a igualdade[45] entre todos os cidadãos face à lei, igualdade de direitos e de deveres, seja uma igualdade de natureza e de dignidade humana, afastando toda e qualquer discriminação de tratamento. É imperioso que se evite que os operadores da justiça criminal iniciem uma intervenção ou uma investigação criminal escalonando as pessoas visadas segundo uma apetência ou não para a prática do crime, dirijam a investigação criminal com base na tese da

[38] Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional...,* cit., p. 288.

[39] Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional...,* cit., p. 290.

[40] Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional...,* cit., p. 290.

[41] Neste sentido, cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional...,* cit., p. 291.

[42] SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal* – II*,* 4.ª Edição, Lisboa/São Paulo*:* Verbo, 2008, p. 191.

[43] Seguimos a posição de SILVA, *Curso de Processo Penal* – II*,* cit*.,* pp. 191-192. É de convocar a lúcida posição de Zuñiga Rodriguez quanto à própria a Polícia, que deve ter "um autêntico talento democrático", reconhecendo que a Polícia é "parte integrante do conjunto do sistema penal", que está "ao serviço da comunidade", serviço esse democrático e profissional – tendo em conta a "planificação, coordenação e avaliação das suas atividades" – e que é uma "autêntica polícia democrática de respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos", ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Madrid: Colex, 2001, pp. 219-220. Tradução do espanhol nossa.

[44] BOBBIO, *As Ideologias e o Poder...*, cit., p. 112.

[45] Avoca-se o pensamento de Alexis de TOCQUEVILLE quanto ao sentido da *democracia* no mundo moderno assente na igualdade de condições, sufragado por DUHAMEL, Olivier e MENY, Yves, *Dictionnaire constitucionnel,* Paris: Puf, 1992*,* p. 286.

tendência para delinquir[46] e, muito menos, operacionalizem qualquer persecução criminal assente em características fisiológicas e fisionómicas (LOMBROSO), hereditárias (GARÓFALO) e sociais (FERRI) intrínsecas à prática de determinadas tipologias criminais[47].

Os operadores da justiça criminal devem abster-se de olhar ***A*** ou ***B*** como se fossem infratores por natureza, como se estivessem imbuídos de uma apetência natural para o crime, como se já estivessem «predestinados» à prática do crime, como se a sua biologia, hereditariedade ou o meio social fossem marcantes para determinar a natureza inata de criminoso. Este olhar ou atitude viola o princípio da igualdade, agredi-o por se partir para uma investigação criminal (ação penal) com o pressuposto básico de que ***A*** ou ***B*** irá cometer (cometeu) o crime ***Y***. Face a esta realidade persecutória cognitiva, não interessa a juridicidade do meio ou método para denunciá-lo, investigá-lo, acusá-lo, pronunciá-lo e condená-lo. Se o órgão de polícia criminal ou o Ministério Público ou o Juiz determinarem ***A*** ou ***B*** a praticar uma conduta ilícita, suprimindo-lhes a livre formação da vontade – a liberdade de se auto determinar e de se auto conformar –, lesa-se o princípio democrático.

A *conceção democrática da sociedade*, modo de vivência assente na comunicabilidade intersubjetiva, obriga a persecução criminal a tratar o Ser Humano como um ser frágil e exige o abandono da ideia de que os operadores judiciários são «párias»[48] impolutos da sociedade. Se a sociedade democrática cria ao homem muitas ocasiões propícias a transformá-lo num agente infrator[49], deve negar-se o recurso a qualquer método ético-juridicamente censurável: *v. g.*, o método da provocação do crime, a promessa ilegal e ilícita de vantagens processuais, o recurso à tortura ou à ingestão de substâncias que limitam o consciente e pode permitir confessar o crime (ou um crime não praticado) sem que essa confissão seja o resultado de uma liberdade de pensar, de decidir e de agir, para a *descoberta da verdade material* ou para a *descoberta*

[46] A admissão de *prova de tendência para delinquir* do *common law* tem gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial em Inglaterra, ao ponto de, por ato legislativo, se fixarem os critérios do que se deve entender como *prova de mau carácter* ou *reincidência* ou *tendência para delinquir*. Quanto a este debate, VOGLER, Richard, "Últimas Tendencias Probatorias en Inglaterra: en especial las reglas de exclusión", in: AA.VV., *Prueba Y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord: Juan Luis Gómez Colomer), Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 414-419.

[47] As teorias da criminologia da Escola Positiva, iniciadas por CÉSAR LOMBROSO – *fisionomia* –, desenvolvidas por GARÓFALO – *hereditariedade* – e por ENRICO FERRI – *meio social* –, são construções antidemocráticas e não encontram espaço numa política criminal defensora e promotora da dignidade da pessoa humana que ganha dimensão no respeito pela autonomia da vontade que irá, ela sim, preencher o núcleo do princípio da culpabilidade. Para uma melhor assunção destas teorias, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Direito Penal do Inimigo: O «Progresso ao Retrocesso»*, 4.ª Edição – versão portuguesa, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 30-33.

[48] Quanto à Polícia se sentir «pária» da sociedade, poder-se-á ler a teoria de WESTLEY que é citado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e COSTA ANDRADE, Manuel da, *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 465.

[49] A situação económica, social ou psicológica do ser humano poderá conduzi-lo à prática de um ato ilícito em um momento que, não fossem aquelas condicionantes, jamais o praticaria. É, com um destes sentidos a par da melhor decisão para uma adequada reinserção, que interpretamos o n.º 2 do artigo 73.º da LTE ao determinar que as polícias, após a detenção ou identificação de menor de 12 a 16 pela prática de facto que lei qualifica como crime, devem elaborar relatório sobre a sua condição familiar, educativa e social e de conduta anterior do menor.

de provas pessoais e reais. Impõe-se que se recrimine o recurso a estes métodos de investigação criminal que criam o seu próprio objecto[50].

O método da provocação para a prática de um crime é, com GERMANO MARQUES DA SILVA, informativo e formativo, porque "cria o próprio crime e o próprio criminoso"[51]. Denuncia-o e cria-lhe o conteúdo material. É um método de investigação criminal contrário às conceções democráticas da sociedade, porque corrói a dignidade da pessoa humana e viola a igualdade do cidadão perante a lei, cujo tratamento se baseia em análises momentâneas de apetência ou não para a prática de atos ilícitos. A provocação não é um método de investigação legal e deontológico próprio de uma sociedade assente em valores morais e éticos como o da solidariedade, o do perdão, o do respeito pela dignidade da pessoa humana, pela personalidade humana que é, por natureza, frágil.

Realce-se o alerta de GERMANO MARQUES DA SILVA quando escreve que a violação das regras fundamentais da retidão da atuação judiciária e da dignidade, *pilares fundamentais da sociedade democrática*, perturba mais a ordem pública do que a "não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados"[52]. Esta assunção é dirigida à polícia criminal, mas tem vigência nas dimensões funcionais do Ministério Público, titular da ação penal e responsável constitucional da legalidade democrática, e do Juiz, titular do órgão de soberania a quem cabe *administrar a justiça em nome do povo*.

O Regime Jurídico do Agente Infiltrado (RJAI)[53] admite o recurso ao agente infiltrado para fins de prevenção e de investigação criminal (n.º 1 do artigo 1.º). Este regime jurídico trata das ações encobertas em sentido amplo sem fazer qualquer distinção entre ações infiltradas e ações encobertas. Mas impõe-se que essa distinção seja feita sob pena de se considerar que o legislador abriu a porta a uma possível intervenção do agente infiltrado no *tempo* da prevenção criminal na função de vigilância e na prevenção criminal *stricto sensu*[54] na linha do Direito processual alemão (§101b, I e II)[55] nos casos de *periculum in mora*, com posterior ratificação judiciária – Ministério Público e Juiz –, e ultrapassou, na nossa opinião, a área mínima de tutela jurisdicional intransponível e de defesa e garantia efetivas de direitos e liberdades fundamentais pessoais de todos os cidadãos, como nos impõe a interpretação conjunta dos n.os 4 e 1 do artigo 32.º da CRP.

---

[50] SILVA, *Curso de Processo Penal* – II, cit., p. 160.

[51] SILVA, *Curso de Processo Penal* – II, cit., p. 160.

[52] SILVA, *Curso de Processo Penal* – II, cit., p. 192 e SILVA, Germano Marques da, *Ética Policial e Sociedade Democrática,* Lisboa: ISCPSI, 2000, p. 68.

[53] Cf. a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que aprovou o Regime Jurídico da Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal.

[54] Para uma melhor compreensão dos seis tempos da prevenção – as seis arestas do hexágono da prevenção criminal – e uma assunção dentro do sistema penal integral, cuja amalgama se desenvolve com a ciência global penal, VALENTE, *Do Ministério Público e da Polícia...,* cit., pp. 299-328 e "O hexágono da prevenção criminal. Contributos para uma reconstrução das fronteiras da prevenção e repressão criminal", in: AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Juiz Conselheiro Henriques Gaspar* (Coord: António Amaro Rosa e Armando Dias Ramos), Coimbra: Almedina, 2019, pp. 143-172.

[55] Cf. ROXIN, *Derecho Procesal...*, cit., p. 64.

Temos defendido que só é constitucionalmente admissível o recurso à figura do *agente encoberto* no quadro da prevenção criminal *stricto sensu*[56], mas já não admitimos o recurso ao agente infiltrado. Este ganha a confiança dos agentes do crime visados com a investigação criminal, entranha-se nas relações sociais, económicas, políticas e familiares daqueles de modo a obter informação sobre provas reais e pessoais. Há crime em investigação. Já o agente encoberto não tem essa relação de confiança com o agente do crime, por ser o polícia que, trajando à civil e no âmbito das funções de polícia criminal, mas sem privar com o suspeito e a família do(s) suspeito(s) – sem entrar na sua esfera da vida privada e familiar –, se encontra num determinado local onde existe prática criminosa, surpreende a prática de um crime e intervém de imediato[57]. O regime deste tipo de atuação encontra-se fora do RJAI. Encontra-se dentro da funcionalidade da atividade de polícia criminal e desenvolve-se como atividade pré-processual: o elemento policial atua com base no flagrante delito e aplica as medidas cautelares e de Polícia, remetendo os arguidos detidos e todo o expediente ao Ministério Público do Tribunal competente para que afira da legalidade da atuação de Polícia e submeta o arguido a primeiro interrogatório de arguido detido ou a julgamento em processo sob a forma sumária. Caso assim não se entenda, estamos a trazer o Juiz de Instrução Criminal para o tempo da prevenção de lesão (danos) de bens jurídicos e a ação penal passará ocupar o tempo da prevenção criminal na função de vigilância, ou seja, procurar-se-ia, através do meio oculto agente infiltrado, promover a ação penal no tempo da prevenção criminal atribuída constitucionalmente à polícia criminal[58].

O recurso à *técnica oculta* de investigação criminal agente infiltrado exige a verificação de vários pressupostos legais e constitucionais, cuja não verificação gera uma agressão grave ao princípio democrático:

(i) prévia existência de um crime (não se pode recorrer ao agente infiltrado com base na perigosidade de atividade criminosa ou com base em meras suspeitas);

(ii) princípio do catálogo de crimes que admitem o recurso ao agente infiltrado (artigo 2.º do RJAI), não obstante se poder considerar que é mais um catálogo de tipologias criminais do que de tipos legais de crime, o que pode contrariar a materialidade do princípio *odiosa sunt restringenda* (artigo 18.º, n.os 2 e 3 da CRP)[59];

---

[56] É de todo importante convocar o conceito de prevenção criminal *stricto sensu:* atividade da polícia que integra a dimensão de polícia judiciária (polícia criminal), cujo objecto da sua atividade vai integrar a ação penal a cargo do Ministério Público, titular da investigação criminal na fase do inquérito e coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, e que contribuirá para identificar e determinar o objecto da acusação, da pronúncia [quando requerida a abertura de instrução] e do julgamento, sendo que esse objecto de atividade influencia e é determinante na identificação e determinação do objecto do processo. Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral...*, *cit*., 6.ª Edição, p. 201 e o n.º 3 do artigo 272.º conjugado com o n.º 1 do artigo 219º da CRP, as alíneas *b*) e *c*) do artigo 1.º, artigo 48.º, 53.º, 55.º, 56.º, 262.º e 263.º do CPP e os n.os 1, 2, 4 e 7 do artigo 2.º da LOIC. Quanto a este assunto, CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª Edição, 2010, p. 859-861.

[57] Cf. VALENTE, *Teoria Geral...*, *cit.,* 6.ª Edição, pp. 588-594 e 604-606. Neste mesmo sentido se pode ler NUNES, *O Problema da Admissibilidade de Métodos...*, cit., pp. 831-832.

[58] Cf. artigo 272.º, n.º 3 da CRP e VALENTE, *Teoria Geral...*, cit*.,* pp. 594-598.

[59] Sobre este princípio quanto à restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais (*in casu*, processuais penais), MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais* – IV, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 337-341.

(iii) princípio (ou juízo) de proporcionalidade no caso concreto [quanto à adequação do meio e aos fins almejados, necessidade (subsidiariedade) e exigibilidade (indispensabilidade), e razoabilidade do meio a empregar];

(iv) princípio da judiciarização da prévia autorização – Ministério Público e ratificação no prazo de 72 horas (que consideramos de elevada debilidade constitucional – inconstitucionalidade material – face ao n.º 4 do artigo 32.º da CRP) – exceto *se a finalidade for prevenção criminal*[60] – autorização prévia do JIC do Tribunal Central de Instrução Criminal sob proposta do MP do DCIAP;

(v) princípio da vinculação ao fim: recolha de indícios probatórios e de provas reais e pessoais e nunca com o fim de provocar o crime para efetuar a detenção, sob pena de se obnubilar e, em especial, obliterar as finalidades da descoberta da verdade processual, material, prática, judicial e válida e a realização da justiça;

(vi) princípio da limitatividade da irresponsabilidade penal do agente infiltrado, evitando-se que se possa legitimar o Estado a praticar crimes para investigar crimes sob pena de se lhe neutralizar o poder de punir que lhe fora confiado pelo povo [pelo Homem][61].

A não verificação de qualquer um destes quesitos gera uma violação do princípio democrático e gera uma proibição de prova por existir uma ingerência inaceitável na reserva da intimidade da vida privada e familiar do visado com a técnica ou meio de investigação criminal e, em consequência, uma lesividade da dignidade da pessoa humana. A reserva da intimidade da vida privada e familiar integra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, cuja violação da primeira gera uma lesão à segunda como se retira da interpretação conjunta do artigo 32.º, n.º 8 com o artigo 26.º, n.º 1 e artigo 1.º, todos da CRP, e artigo 126.º do CPP.

A par deste meio oculto de investigação criminal existem outros meios *ocultos* invasivos da reserva da intimidade e da vida privada e familiar dos cidadãos[62] – *v. g.*, intromissões nas comunicações, observação oculta, a videovigilância [cuja imagens se desejam transformar em provas em processo penal – posição de que discordamos, devendo tão só manter-se como fundamento do auto de notícia], «*buscas on-line*», a

[60] Há, neste ponto, a inversão do tempo da prevenção criminal, melhor, parece-nos que existe a fusão deste tempo com o tempo da ação penal.

[61] Cf. artigo 202.º, n.º 1 da CRP e BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, 4.ª edição, Tradução do italiano *Dei Delitti e delle Pene* de José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 64-66.

[62] Salienta-se a crítica profunda e exata à desordem e ao caos normativos destes meios ocultos de investigação criminal, que deviam integrar o sistema – Código de Processo Penal –, de COSTA ANDRADE, Manuel da, *"Bruscamente no Verão passado", a Reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 104-119. Já em 2007, no Seminário sobre a *Reforma Penal em Debate - Breves Reflexões*, realizado pela Universidade Autónoma de Lisboa, havíamos feito esta crítica. Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, "A Desorientada Sistemática e Desmesurada Ampliação dos Meios de Obtenção de Prova e das Medidas Cautelares e de Polícia", *cit.*, pp. 232-233.

gravação de voz (*off*) e imagem com microfones ou câmaras ocultas ("*gravações ambiente*"), a localização celular por telemóvel e por GPS – que exigem um juízo de democraticidade do meio a utilizar pelo Ministério Público quando requer a autorização para que a polícia criminal proceda à recolha de prova, detete, contacte e detenha os agentes dos *crimes em investigação*, tendo em conta que a pessoa visada procede a uma confissão não livre, não ciente dos seus atos, *i. e.*, a uma *autoincriminação* sem consciência[63] da sua conduta e das respetivas consequências[64].

Eis a razão porque defendemos que os operadores judiciários devem fundamentar não apenas as decisões de autorização ou de ordem de recurso aos meios ocultos de investigação e obtenção de prova, mas também quem requer – autoridades de polícia criminal e o Ministério Público devem fundamentar de facto e de direito, quanto aos pressupostos materiais e processuais, subsumidos à Constituição, a razão de ser desse recurso de modo a que a mesma seja sindicada, sindicável e fiscalizável pelo Juiz e pelos visados e demais sujeitos processuais, incluindo o povo. A fundamentação[65] dos requerimentos e das decisões[66], como manifestação de transparência da administração da justiça em nome do povo, é essência medular do princípio democrático, desde logo por se enraizar no "próprio conceito de *Estado de direito democrático*"[67], concretiza e efetiva a barreira de qualquer tentativa ou possibilidade de ferir o núcleo da dignidade da pessoa humana.

---

[63] Sufragando António Damásio, *sem consciência, nada se sabe, ou seja, sem conhecimento e cognição não existe o poder das representações explícitas dos seus atos, por apenas se estar no campo do ser e do sentir e não nos campos da consciência e do saber*. Cf. DAMÁSIO, António, *Sentir & Saber - A Caminho da Consciência*, Tradução do título original *Feeling & Knowing - Making Minds Conscious* de Luís santos e João Quina, Lisboa: Temas & Debates, 2020, (pp. 164 e 36).

[64] Quanto a este debate VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, "Meios ocultos de Investigação. Contribuição mínima para uma reflexão maior", *Boletim IBCCRIM – Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 23 – N.º 274 – setembro de 2015. São Paulo: IBCCRIM, pp. 2-4, e COSTA ANDRADE, *"Bruscamente no Verão passado", a Reforma...*, cit., pp. 104-119.

[65] Cf. artigo 205.º, n.º 1 da CRP. Na linha de António Hespanha, consideramos que a fundamentação de uma decisão não pode ser vista como "um requisito meramente formal", mas como o fornecimento a todos os cidadãos das "razões que fundamentam o processo de decisão naquele sentido, e estas razões têm que ser confrontadas com as intenções genéricas da norma aplicada" [HESPANHA, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias de Hoje*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 601]. A fundamentação, que exige a ponderação dos factos e das disposições legais que conduzem à convicção do tribunal (juiz) quanto à necessidade de se recorrer a um meio de obtenção de prova mais intrusivo nos direitos fundamentais pessoais, é fator indispensável de controlo da legalidade da decisão judicial, tendo o seu maior fulgor no processo de estrutura acusatória como o português. VALENTE, *Teoria Geral...,* cit., p. 313.

[66] É relevante convocar a ideia de Manuel Atienza para a sede da importância/necessidade da fundamentação das decisões e requerimentos que um órgão público promove, quando escreve, a partir de uma construção da argumentação essencial ao Direito, enquanto "mecanismo muito complexo de tomada de decisões (por parte dos legisladores, dos juízes, dos advogados, dos juristas ao serviço da administração, dos dogmáticos do Direito ou inclusive dos simples cidadãos que vivem integrados num sistema jurídico)) e dos raciocínios que acompanham essas decisões", que "não aceitamos que as decisões (particularmente quando provém de órgãos públicos) possam apresentar-se de maneira despida, desprovida de ***fundamentação***" [ATIENZA, Manuel, *O Direito como Argumentação*, Tradução do Espanhol *El Derecho como Argumentación* de Manuel Poirier Braz, Lisboa: Escolar Editora, 2013, p. 80 (negrito e itálico nossos)].

[67] CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição da República...* – Vol. II, cit., p. 527.

2) da lealdade como afirmação da dignidade da pessoa humana

Um Estado de direito democrático assente na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo (*soberania popular*), como propósito doutrinal, filosófico, ideológico, identitário e pragmático da construção de uma sociedade *mais livre, mais justa, mais solidária*[68] e *mais humana*, exige operadores judiciários que promovam uma prevenção criminal sob o primado da ordem jurídica material válida e no respeito e na efetiva garantia dos direitos e liberdades fundamentais pessoais de modo que a decisão judicial final seja materialmente justa (correta), seja o resultado de um processo subsumido à ordem jurídica material e processual penal legítima, válida, vigente e efetiva, no respeito pelos direitos de todos os cidadãos de modo a que se restabeleça a *paz jurídica*[69] *e social* comunitárias e se consubstancie, desta forma, a defesa da legalidade democrática.

A ação penal deve ter como fim, intrínseco a um pressuposto e limite de intervenção, restabelecer a paz jurídica e social comunitárias independentemente de o agente do crime ser ou não condenado, exige-se-lhe uma atitude *leal* para com o arguido e para com a comunidade que atribui a *lex* ao Tribunal para agir *em nome do povo*. Este *agir* é um *agir penal* legitimado pela ordem jurídica material válida e deslegitimado sempre que a viole. A *legalidade democrática* anula-se sempre que os operadores judiciários responsáveis pela sua defesa e garantia *agem* contra o seu núcleo material – a dignidade da pessoa humana – e, por essa razão, contra a formalidade processual que se afirma como limite do poder de persecução criminal[70]. A exigibilidade de lealdade – de um *fair trial* ou com a convocação de um *balance procesal* – impõe, desde logo, que não sobrevalorize um sujeito em detrimento de outro sujeito processual como tem acontecido nos últimos tempos[71], em que o arguido se vê coartado cada vez mais de garantias e direitos processuais (presumidamente) em favor das vítimas, sob pena de a *concordância prática* ser pura retórica no balancear dos interesses em confronto.

A *defesa da legalidade democrática* e a *garantia efetiva dos direitos dos cidadãos* alcançam-se se os operadores do Estado procederem em obediência à legalidade material válida, subordinados a critérios de isenção, objetividade, imparcialidade e independência de acordo com os preceitos constitucionais que enformam as suas intervenções e com os princípios deontológicos que, de alguma forma, "integram os princípios jurídicos, mais não seja para iluminar o intérprete na busca do espírito da lei, princípio reitor da interpretação jurídica"[72].

---

[68] Cfr. artigo 1º da CRP.

[69] Neste sentido FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, *cit*., pp. 23-24 e *Direito Processual...*, *cit*., (Clássicos Jurídicos), pp. 45-46 e 415; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 58-62.

[70] Neste mesmo sentido se podem ler ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 58-59, quando escrevem que o respeito efetivo da formalidade justa e correta do procedimento penal "serve diretamente a proteção da dignidade humana". Tradução do espanhol nossa.

[71] Neste mesmo sentido se pode ler ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, *cit*., pp. 147-150 e 172.

[72] SILVA, Germano Marques da, "Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em Processo Penal", in: AA.VV., *Apontamentos de Direito Processual Penal* – III Volume (Coord: Teresa Beleza), Lisboa: AAFDL, 1995, p. 65.

Acompanhamos GERMANO MARQUES DA SILVA ao afirmar que o *princípio da lealdade*, como princípio "de natureza essencialmente moral"[73], deve traduzir "uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça"[74], e, como tal, afirmar-se como um princípio integrante da persecução criminal – prevenção e repressão criminal – e, muito em especial, no tempo de toda a ação penal. O princípio da lealdade exige aos atores da administração da justiça penal a obrigatoriedade de *agirem* no estrito respeito pelos valores inerentes e intrínsecos à pessoa humana: *v. g.*, a sua *dignidade* (valor supremo que se sobrepõe aos próprios fins de justiça), a sua *integridade pessoal* (física ou moral)[75], cuja proteção é absoluta[76], a sua *autonomia* e *liberdade* de formação e manifestação da sua vontade perante a demais sociedade[77], a *solidariedade* e a *amizade* geradoras da confiança.

Os operadores da justiça criminal, muito em especial o Ministério Público, a Polícia criminal e o Juiz de Instrução Criminal[78], devem agir no respeito efetivo pela personalidade humana[79] e pela realização de justiça criminal, que, como valor fundamental do Estado de direito democrático, não se alcança quando *a priori* os operadores judiciários se socorrem de meios de obtenção de prova e meios ocultos de investigação que violam um dos pilares do Estado constitucional contemporâneo: a dignidade da pessoa humana[80]. Este pilar, que se assume como pêndulo na aferição da finalidade processual penal a maximizar sem neutralizar qualquer uma das outras[81], impende sobre os atores da justiça criminal a convocação de limites aos meios que a niilificam, porque os fins não são tudo na justiça criminal. Nada pior para deslegitimar o poder de punir de um Estado do que os atores de justiça se socorrerem de meios ou métodos contrários à constitucionalidade e legalidade da persecução criminal, contrários à dignidade da pessoa humana, por se considerar que uma das âncoras dessa legitimidade reside na *superioridade ética do Estado*[82].

---

[73] SILVA, "Bufos, Infiltrados, Provocadores...", *cit*., p. 65.

[74] SILVA, "Bufos, Infiltrados, Provocadores...", *cit*., p. 65 e SILVA, *Curso de Processo...* – I, cit., pp. 80-81.

[75] Cf. 1ª parte do n.º 8 do artigo 32.º e n.os 1 e 2 do artigo 26.º e artigo 25.º da CRP.

[76] Cf. CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição da República...* – Vol. I, cit., p. 454.

[77] Veja-se, neste sentido e segundo uma manifestação do pensamento liberal e de WOLTER, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal...*, cit., p. 13.

[78] É de convocar os três operadores judiciários que estão diretamente ligados à descoberta e obtenção da prova, como se retira de ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal...*, cit., p. 149.

[79] A tutela geral dos direitos da personalidade está prevista no artigo 70.º da Código Civil. CAPELO DE SOUSA entende que este preceito imprime o respeito que todos devem ao homem como um ser intelectivo capaz de "perceber e entender dados dos sentidos, de organizar e orientar os sentimentos (...), em suma, de pensar e conhecer" [CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 234]. A linha de pensamento de OTTO VON GIERKE, que sintetiza os direitos da personalidade como aqueles que "concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera da personalidade", *i. e.*, direitos subjetivos que devem ser observados por todos, pode ser lida em CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português* – I – *Parte Geral* – Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 201-215 (p. 203).

[80] Veja-se SILVA, *Curso de Processo...* – I, cit., 6.ª Edição, pp. 80-83 e III, 4.ª Edição, pp. 192-193.

[81] Neste mesmo sentido se podem ler ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal...*, *cit*., p. 59.

[82] Convoca-se a construção de Eberhard Schmidt e Gustav Radbruch, desenvolvida por Winfried Hassemer, de que nos fala COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., pp. 73 e 186, e desenvolvida por VALENTE, *Do Ministério Público e da Polícia...*, cit., pp. 393-433.

A ação persecutória criminal do Estado em obediência ao primado da lealdade ganha tal modo relevância no quadro jurídico-criminal nos tempos contemporâneos que Claus Roxin crismou-o como sendo "«o mais alto princípio de todo o processo penal: o de exigência de *fair trial*», de um *procedimento leal*"[83], ao qual toda a administração da justiça – muito em especial, o Ministério Público e a Polícia, assim como o Juiz de Instrução Criminal[84] – deve subordinar-se para que as normas essenciais à dignidade e à retidão da ação judiciária sejam respeitadas, para que não se confunda justiça e infratores, para que exista uma diferença de qualidade entre os que veem na *paz jurídica e social* um pilar fulcral da ordem pública[85] e os que a lesam ou colocam em perigo de lesão. O princípio da lealdade assume-se como um barómetro das medidas ou meios coercitivos de obtenção de prova cuja mínima condescendência gerará uma erosão do poder de punir do Estado por perda de legitimidade e de dignidade perante os seus membros[86].

O princípio da lealdade não tem consagração positiva constitucional nem infraconstitucional. Integra o núcleo dos princípios do Direito próprio de um *Estado constitucional democrático*[87]. O conteúdo deste princípio retira-se do n.º 8 do artigo 32.º da CRP conjugado com o princípio da inadmissibilidade de provas violadoras da dignidade da pessoa humana (artigo 125.º e 126.º do CPP), da doutrina[88] e da jurisprudência. Este princípio tem como vértice nuclear a assunção de que a pessoa é um *sujeito de direito*, um *sujeito de direitos* e um *sujeito do direito*[89]. É um princípio meta-jurídico da administração da justiça que dita, limita e orienta a atividade de toda administração da justiça criminal: os órgãos de polícia criminal quando atuam por iniciativa própria preventiva e repressiva ou quando atuam no patamar da coadjuvação[90] das Autoridades Judiciárias [Ministério Público, Juiz de Instrução Criminal ou Juiz]; Ministério Público na promoção de diligências processuais e de requerimento de autorização junto do Juiz

[83] Podemos ler esta teorização de Claus Roxin em FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade» do comportamento do Ministério Público no Processo Penal Anotação ao Ac. STJ n.º 5/94, Proc. n.º 46 444", *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), Ano 128, n.º 3860, pp. 344-345.

[84] ROXIN, *Derecho Procesal...*, cit., p. 101.

[85] Cfr. SILVA, *Curso de Processo...* – I, cit., pp. 80-83; SILVA, "Bufos, Infiltrados, Provocadores...", *cit*., pp. 65 e 66.

[86] Aproximamo-nos, pois, da teoria da perda de dignidade da persecução criminal quando o Estado previne e reprime o crime com meios que se confundem com o "próprio crime" de Hassemer, Winfried, "Unverfügbares im Strafprozess", in: *Festschrift Maihofer*, p. 204, citado por COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 73.

[87] Cf. KRIELE, *Introdução à Teoria do Estado*..., cit., pp. 277 e ss. (283-291).

[88] COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., pp. 89-90, 137, 153-156 (155), 241, 315-316, MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 177-185 (179-181), VALENTE, *Processo Penal* – I, cit., pp. 423-433 e 507-510, ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 147-150 e 278-303 (300-303).

[89] Cfr. CASTANHEIRA NEVES, A., *Filosofia do Direito. Coordenadas de uma Reflexão sobre o Sentido Actual do Direito*, Lições Policopiadas de Filosofia do Direito, Lisboa: Centro de Publicações da UCP, 2002/2003, p. 35.

[90] Cfr. artigos 55.º e 263.º do CPP.

de Instrução Criminal ou do Juiz de atos processuais contundentes com direitos e liberdades fundamentais pessoais; e Juiz de Instrução Criminal nas decisões fundamentadas de autorização ou ordem, de apreciação e de validação de atos processuais lesivos de direitos e liberdades fundamentais, assim como na fase de julgamento, respeitando, por exemplo, o silêncio do arguido como direito a não contribuir para a prova da sua culpabilidade[91]. O princípio da lealdade *percorre toda ação penal* e deve ser a pedra angular de orientação da ação policial na aplicação das medidas cautelares e de polícia e da ação das autoridades judiciárias na apreciação e validação da atividade da polícia criminal e na promoção ou decisão de meios de obtenção de prova ou de aplicação de medidas de coação: p. e., a avocação infundada e inexistente dos critérios do artigo 204.º do CPP para fundamentar a aplicação de uma medida de coação privativa da liberdade integra um procedimento não leal, *no limpio*, *no fair trial*. A lealdade assume-se como critério de realização da justiça para que os operadores judiciários ajam sob os princípios da legalidade, igualdade, imparcialidade, isenção e objetividade e da supremacia dos direitos, liberdades e garantis fundamentais.

O Ministério Público, titular da ação penal e dotado de autonomia interna e externa[92], para LOWE/ROSENBERG, é "um órgão público da administração da justiça (guardião da lei)". Mas nós consideramos que o Ministério Público português é mais do que o guardião da lei. É o guardião da *legalidade democrática*, por força do artigo 219.º, n.º 1, *in fine* da CRP, estando assim subjugado aos princípios da constitucionalidade e da legalidade material ampla, cabendo-lhe cumprir o Direito. Razão pela qual tem o dever de "velar para que as decisões obedeçam à lei, não ponham em causa a unidade da ordem jurídica e não inflijam qualquer sacrifício injustificado ao arguido"[93], melhor,

[91] Cfr. ROXIN, *Derecho Procesal...*, cit., p. 108. Quanto ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *direito ao silêncio* e a *liberdade de declarar* como manifestação da "liberdade geral de acção ou do direito ao livre desenvolvimento", que se pode manifestar de forma positiva – intervenções do arguido em "abono da sua defesa" – ou de forma negativa – não ser herói "de dizer a verdade auto-incriminadora", e de limitação e de negação de qualquer possibilidade do juiz interpretar – valorar ou retirar qualquer significado sob pena de agir sob o princípio de *presunção de culpa* – o silêncio do arguido, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., pp. 120-132 (120-121), CASTANHEIRA NEVES, A., *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, pp. 165-176 (176), e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, cit., (Clássicos Jurídicos), pp. 448-452. É de convocar para um estudo mais pormenorizado do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* a obra de SILVA DIAS, Augusto e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Almedina, 2009.

[92] Cfr. artigo 219.º, n.os 1 e 2 da CRP. Tendo em conta o debate que hoje se faz sobre a autonomia interna e externa do Ministério Público face à Diretiva da Procuradora-geral da República [Diretiva n.º 4/2020, de 12 de novembro, *exercício de poderes hierárquicos em processo penal – procedimentos*], é de todo importante ver as posições sobre a autonomia de que gozam (devem gozar) os Magistrados do Ministério Público em VALENTE, *Do Ministério Público e da Polícia...*, cit., pp. 289-298, MEDEIROS, Rui e MOUTINHO, José Lobo, *O Novo Mapa Judiciário Perante o Estatuto Constitucional do Ministério Público*, Lisboa: Edição do SMMP, 2009, e FÁBRICA, Luís Sousa da, *A Autonomia do Ministério Público no Novo Estatuto – Parecer*, Lisboa: Edição do SMMP, 2020.

[93] LEOWE/ROSENBERG *apud* FIGUEIREDO DIAS, "Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade»...", *cit*., p. 348. No sentido de caber ao Ministério Público, enquanto guardião da legalidade democrática, *descobrir as violações das disposições fundamentais do estado de Direito*, ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 290 (tradução do espanhol nossa).

velar para que a persecução criminal respeite a legalidade material válida, legítima, vigente e efetiva: o Direito. Como guardião da legalidade democrática, cabe-lhe o dever de impelir os órgãos de polícia criminal a atuar dentro as amarras dos princípios inerentes a um *processo leal*, *limpio*, *fair trial*, e nunca ofensivo da e à integridade pessoal e da e à dignidade da pessoa humana do 'presumível' agente da infração: *sujeito de direito*, *sujeito de direitos* e *sujeito do Direito*, e sujeito de deveres ético-juridicamente admissíveis, mas nunca *objecto* do processo-crime.

O *procedimento leal* por parte dos operadores da justiça criminal proíbe o uso de métodos proibidos, como a provocação[94] na recolha de provas ou a promessa de benesses penais se confessar o crime ou utilizar perguntas ardilosas e desleais e ofensivas da dignidade da pessoa humana (como a ameaça de pena mais grave ou ameaça de extensão da imputação criminal a familiares) ou pactuar com interrogatórios infindáveis, sem pausa e descanso, ou aplicar medidas de coação privativas da liberdade [prisão preventiva] sem que estejam preenchidos os pressupostos do artigo 204.º do CPP com o intuito de incutir reflexão colaborativa por parte do arguido perante a justiça criminal, porque o arguido/suspeito nunca pode ser tratado como um objecto – como um meio de prova utilizado contra si mesmo, característica do processo de estrutura inquisitória[95] –, mas tem de ser tratado como um sujeito processual – "que persiste e subsiste na plenitude do seu sentido e alcance mesmo quando figura (ao mesmo tempo) como um meio de prova"[96]. Aos operadores judiciários está vedado o recurso a meios enganosos, a métodos ardilosos que traduzam a obtenção de provas de forma ilícita, que induzem o arguido à prática de factos que não praticaria se não fosse ardilosamente interpelado, incentivado, incitado e provocado; está vedado o recurso a meios invasivos da intimidade privada e familiar para obter informações criminais fora dos casos previstos na Constituição e na lei prévia; e, ainda, está vedado o recurso ao método de tortura[97] como admite o *Patriot Act*[98], cuja ideologia de

[94] A provocação, que (en)forma o crime e não apenas o informa, funciona como um verdadeiro *atentado à liberdade de formação e atualização da vontade*, como escreve MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 206. Considerando o agente *provocador* como *comparticipante*, NUNES, *O Problema da Admissibilidade de Métodos...*, cit., pp. 833-834, mas este autor coloca em causa a possibilidade de alguém induzir outrem à prática de um crime, quando esse outrem integra uma organização criminosa, cuja atividade da mesma é a prática de crimes (pp. 842-844).

[95] Neste mesmo sentido se pode ler MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas...*, cit., p. 206. Ou como escreve Costa Andrade, o *nemo tenetur se ipsum accusare* é "critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório" [COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 122]. Princípio este convocado pelo nosso homenageado para o quadro das contraordenações, apresentando-se como limite probatório e proibição de provas, SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, cit., pp. 193-196.

[96] COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., pp. 212 e 213.

[97] É de leitura primacial o texto do homenageado sobre o tema da *tortura*, SILVA DIAS, "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?...", *cit*., pp. 207-254.

[98] O *Patriot Act* promove a despersonalização do ser humano para fins de perseguição criminal, o que não se coaduna com a ideia de *Estado de direitos humanos* como "processo em permanente movimento" [OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais* – Volume I, Coimbra: Almedina, 2007, p. 609] e enraíza uma ameaça, como ameaça totalitária da democracia, à afirmação do ser humano. Sobre a despersonalização da

emergência da prevenção e repressão do terrorismo e da criminalidade organizada transnacional começa a ganhar seguidores.

Os operadores da justiça criminal, em especial o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal, devem, em abstrato, assumir o processo penal sob a égide da legalidade e da objetividade e, em concreto, devem assumir o processo-crime com "um estrito dever de lealdade, de *fair play* do seu comportamento" que se "concretiza em exigências muito concretas" sob a forma de atuação[99]. Este dever de lealdade, de *fair trial*, de objetividade, de legalidade mantém-se vivo e empedernido sempre que apareça um novo meio técnico, tecnológico e científico de investigação criminal[100], a cujo recurso deve ser conforme à Constituição em toda a sua dimensão axiológico-normativa, sob pena de integrar o comando constitucional do n.º 8, do artigo 32.º da CRP e o previsto no artigo126.º do CPP – proibições de prova –, assim como à legalidade internacional [artigos 5.º e 12.º da DUDH, artigo 7.º do PIDCP e artigos 3.º e 8.º CEHD][101].

Conclusão

A dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamento, fim e limite da intervenção do Estado, é uma *barreira intransponível à persecução criminal*. Os princípios democrático e da lealdade processual penal, que integram a sua medula, oneram os operadores da justiça criminal, em especial os órgãos de polícia criminal, o Ministério Público e o Juiz, não só a respeitarem, a garantirem e a defenderem, mas também a promoverem a *dignidade da pessoa humana* por meio da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais pessoais que dão lustro e dignidade à realização da justiça: escopos de um *Estado constitucional democrático*[102] ou, melhor, de um *Estado de Direitos humanos*[103]. O perseguido criminalmente é uma pessoa e não uma coisa, é um sujeito do processo e não um objeto do processo, é um sujeito de direito, de direitos e do Direito e não um instrumento ou meio repleto de deveres, é um ser dotado de dignidade em igualdade e de igualdade em dignidade.

Os princípios democrático e da lealdade não são obstáculos à realização da justiça correta, justa, limpa, transparente. São obstáculo à realização da justiça a qualquer custo e por qualquer meio, em que a persecução criminal se confunde com o próprio crime. A democraticidade e lealdade processual, *fair trial*, pugnam por uma eficácia da justiça enquanto valor a alcançar dentro de uma sociedade livre, justa, solidária, humana e democrática, que evite a degradação e a delação dos valores-conteúdo da

pessoa humana pelo *Patriot Act* e o *Manual de Tortura* do estadunidense, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 237-239.

[99] FIGUEIREDO DIAS, "Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade»...", *cit*., p. 349.

[100] Neste sentido SILVA, *Curso de Processo...* – I, cit., pp. 80-81.

[101] Neste sentido se convocam os artigos 42.º e 43.º do RGCO.

[102] Cf. KRIELE, *Introdução à Teoria do Estado*..., cit., pp. 277 e ss. (283-291). Neste mesmo sentido FIGUEIREDO DIAS, "Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade»...", *cit*., p. 350.

[103] Feliz nomenclatura axiológica de OTERO, Paulo, *Direito Constitucional* – Volume I – *Identidade Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 31-34.

dignidade da pessoa humana e, por maioria de razão, da justiça que surge para negar a violência[104]. A eficácia na realização da justiça só é digna de louvor quando alcançada "pelo engenho e arte"[105] segundo o espírito constitucional democrático.

A admissibilidade de os operadores da justiça criminal poderem recorrer a formas *incontroláveis* (de facto) para a persecução criminal – prevenção e repressão criminal –, que se convertem em consequências incontroláveis e indesejáveis[106] para a sociedade democrática, é o abrir da *caixa de pandora* para a *coisificação* da pessoa humana, para neutralização da *hominização* do Direito penal, enquanto Direito de liberdade e do ser humano, ou seja, para a delação total da dignidade da pessoa humana. A lealdade e a democraticidade da persecução criminal são princípios e axiomas limite da atuação dos operadores de justiça criminal sempre que sejam convocados meios de obtenção de prova e medidas/técnicas/meios ocultos de investigação criminal de elevada danosidade social e de elevada intrusão na esfera nuclear do *ser* da pessoa humana. Só assim se pode falar em persecução criminal promotora e garante de um dos pilares sagrados do Estado de direitos humano.

O nosso homenageado escrevera que a dignidade da pessoa humana é "pólo irradiador e aglutinador dos direitos e liberdades fundamentais" e tem a "função originária de fundamento último do Estado de Direito"[107]. Cabe-nos, pois, defender um sistema persecutório criminal que densifique estas duas aceções axiológicas da dignidade da pessoa humana, sob pena de o Estado, melhor, os seus operadores se confundirem com o próprio agente do crime. Os tempos que se avizinham, que, caso nada se faça, podem ser de trevas, só podem ser iluminados com a *humildade* da certeza de um longo caminho que temos a percorrer e com a *sabedoria* da *tolerância*, do *reconhecimento* do grande oceano do nosso desconhecimento e da *falibilidade* de todo e qualquer sistema persecutório. A *sabedoria* de controlar os impulsos securitários, justicialistas, autoritários, totalitários e belicistas é a *pedra angular* para que a dignidade da pessoa humana se conserve com a *função de fundamento último do Estado de Direito*.

[104] Leia-se, neste sentido, TOCQUEVILLE, Alexis, *Da Democracia na América*, Tradução do francês *De la Démocratie en Amérique* de Carlos Correia Monteiro de Oliveira, Cascais: Principia, 2002, p. 180.

[105] SILVA, *Curso de Processo...* – I, cit., p. 82.

[106] Quanto a esta visão, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 233.

[107] SILVA DIAS, "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?", *cit.*, p. 225.

ATOS DA COMPETÊNCIA RESERVADA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ABERTURA DO INQUÉRITO E BUSCA NOS TERMOS DO ARTIGO 174.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Maria João Antunes*

SUMÁRIO: Introdução; I. Abertura do inquérito; II. Buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público; 1. O artigo 9.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 137/2019; 2. A falta de competência das autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária para ordenar buscas além das previstas no n.º 5 do artigo 174.º do CPP; 3. O artigo 9.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 137/2019 e o artigo 219.º, n.º 1, da Constituição; Conclusão.

Introdução

Por determinação da Constituição da República Portuguesa (CRP), o processo penal tem estrutura acusatória, devendo haver repartição das funções processuais de investigar, acusar e julgar entre a magistratura do Ministério Público e a magistratura judicial (artigos 32.º, n.º 5, 202.º, n.º 2, e 219.º, n.os 1 e 2).

No gozo de estatuto próprio e de autonomia, compete ao Ministério Público *exercer a ação penal* orientada pelo princípio da legalidade, cabendo-lhe, entre o mais, a *promoção do processo penal*, a *abertura,* a *direção* e o *encerramento* do inquérito, fase que tem em vista investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação, sem prejuízo de ser da competência reservada do juiz de instrução praticar, ordenar ou autorizar os atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais (artigos 32.º, n.º 4, e 219.º, n.os 1 e 2, da CRP e 17.º, 48.º, 53.º, 262.º, n.º 1, 241.º, 263.º, n.º 1, 268.º, 269.º e 276.º, n.º 1, do Código de Processo penal – CPP).

Na *direção* do inquérito, os órgãos de polícia criminal atuam sob a *direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional*, competindo-lhes coadjuvar esta autoridade judiciária com vista à realização das finalidades do processo (artigos 55.º, n.º 1, 56.º, 263.º, n.º 3, e 270.º do CPP e 2.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto). Atuam, por isso, como o estatuto de meros participantes processuais, não obstante lhes estar legalmente deferida a prática de certos atos, mesmo por iniciativa própria, ainda que dependam depois de validação da autoridade judiciária[1].

* Professora Associada com Agregação da Univ Coimbra, Faculdade de Direito.

[1] Sobre isto, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", in AA.VV., *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra:

Aos órgãos de polícia criminal ou às autoridades de polícia criminal, segundo a definição constante do artigo 1.º, alíneas *c)* e *d)*, do CPP, compete, em especial, colher notícia dos crimes e impedir tanto quanto possível as suas consequências; descobrir os seus agentes; levar a cabo os atos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova; proceder à constituição de arguido e sujeitá-lo a termo de identidade e residência (artigos 55.º, n.º 1, 58.º, n.º 2, 171.º, n.º 4, 173.º, 174.º, n.º 5, 177.º, n.º 3, 178.º, n.º 4, 196.º, n.º 1, 241.º, 243.º, 248.º a 253.º e 257.º, n.º 2, do CPP e 2.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2008).

Na *direção* do inquérito, assistido pelos órgãos de polícia criminal, que atuam sob a sua direta orientação e na sua dependência funcional, o Ministério Público pode conferir-lhes o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito, podendo até a delegação ser por despacho de natureza genérica que indique os tipos de crime ou os limites das penas aplicáveis aos crimes em investigação (artigos 270.º, n.os 1 e 4, do CPP e 2.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2008). Sempre com o limite, porém, de a delegação não poder abranger os atos que são da *competência reservada* do juiz de instrução, nos termos dos artigos 268.º e 269.º, e da *competência reservada* do Ministério Público, nos termos do n.º 2 do artigo 270.º do CPP.

A partir do enquadramento constitucional e legal descrito defenderemos de seguida que são atos da *competência reservada do Ministério Público* o de abrir o inquérito e o de ordenar, durante esta fase processual, busca em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, ao abrigo do artigo 174.º do CPP, ressalvado o disposto no n.º 5. Entendimento diverso leva a uma derrogação das regras de repartição de competências processuais entre o Ministério Público e os órgãos e autoridades de polícia criminal e à violação da norma constitucional que defere a esta magistratura competência para exercer a ação penal.

I. Abertura do inquérito

O ato processual de abertura do inquérito é da competência reservada do Ministério Público, não sendo configurável qualquer desvio a uma regra que é imposta pela norma constitucional que defere a esta magistratura competência para o exercício da ação penal orientada pelo princípio da legalidade e pelas normas vigentes de direito processual penal ordinário.

Deferir ao Ministério Público a competência para *exercer a ação penal* orientada pelo princípio da legalidade, tal como estatuído no artigo 219.º, n.º 1, da CRP, significa, necessariamente, deferir a esta magistratura a competência para dar início ao processo penal, abrindo a fase de investigação da notícia do crime entretanto adquirida. Deve afrimar-se que uma das exigências mínimas, sem as quais é posta em causa a competência

Almedina, 1988, pp. 12 e ss. Em geral, sobre o relacionamento entre o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal, DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Porto: Universidade Católica, 1993, pp. 105 e ss., FARIA COSTA, José Francisco de, "As Relações entre o Ministério Público e a Polícia: a Experiência Portuguesa", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXX, pp. 235 e ss., e ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 68 e ss., 128 e ss. e 149 e ss.

constitucional para o exercício da ação penal, é "a reserva ao Ministério Público da decisão inicial sobre a abertura do processo, sendo, por isso, constitucionalmente deficitárias as normas que, sem tal ser necessário por motivos de urgência (...), admitam aos órgãos de polícia criminal o início imediato das investigações"[2]. Trata-se de matéria que está constitucionalmente reservada ao Ministério Público e que o CPP reserva a esta autoridade judiciária, sem quaisquer desvios. *Qualquer processo começa com o Ministério Público*, o que vale por dizer que o inquérito se inicia "por um ato do Ministério Público a determinar a sua abertura; este despacho é o primeiro ato do procedimento e sem ele o processo é juridicamente inexistente". Por outras palavras: "o inquérito é enformado por uma perpectiva funcional que correlaciona três fatores: a notícia do crime, a investigação do crime e a decisão sobre a ação penal. Por esse motivo, o legislador tomou a opção de no CPP entregar a abertura e a direção do inquérito ao MP, contando este com a colaboração dos OPC que atua na sua dependência funcional"[3].

De acordo com o Código, o Ministério Público tem legitimidade para promover o processo penal, competindo-lhe em especial receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes, na qualidade de entidade competente para a aquisição da notícia do crime e de autoridade judiciária que tem o dever de abrir o inquérito sempre que adquira essa notícia (artigos 48.º, 53.º, n.º 2, alínea *a)*, 241.º e 262.º, n.º 2)[4]. Por seu turno, impende sobre os órgãos de polícia criminal que tiverem notícia de um crime, por conhecimento próprio ou mediante denúncia, o dever de a transmitirem ao Ministério Público (artigos 242.º, n.º 1, alínea *a)*, 248.º), uma vez que compete a esta autoridade judiciária adquirir a notícia do crime, apreciar o seguimento a dar-lhe e abrir o inquérito correspondente (artigos 53.º, n.º 2, alínea *a)*, 241.º e 262.º, n.º 2).

No plano da legislação extravagante, note-se que também a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económico financeira, determina que é instaurado o respetivo processo criminal, logo que no decurso das ações de prevenção surjam elementos que indiciem a prática de um crime. Para o efeito, a Polícia Judiciária está obrigada a comunicar e denunicar ao Ministério Público os elementos recolhidos que confirmem a suspeita de crime (artigo 3.º). Por seu turno, a Lei n.º 49/2008 estatui que, logo que tomem conhecimento de qualquer crime, os órgãos de polícia criminal, comunicam o facto ao Ministério Público no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias (artigo 2.º, n.º 3, primeira parte), o que em nada é contrariado pelos n.os 2, segunda parte, e 3 do artigo 2.º, quando

---

[2] Afirma-o LOBO MOUTINHO, José, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 219.º, ponto VIII, alínea *a)*.

[3] Assim, MIRANDA RODRIGUES, Anabela, "O inquérito no novo Código de Processo Penal", in AA.VV., *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 68 e s., MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Processual Penal Português. Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 59, e SILVA DIAS, Augusto/SOARES PEREIRA, Rui, *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Preliminares no Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 44.

[4] Sobre os princípios da promoção processual penal aqui implicados – princípios da oficialidade e da legalidade, ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 71 e ss.

determinam que os órgãos de polícia criminal devem iniciar de imediato a investigação, no âmbito do despacho de natureza genérica previsto no n.º 4 do artigo 270.º do CPP, e que impulsionam e desenvolvem, por si, as diligências legalmente admissíveis. As normas acabadas de mencionar enquadram-se ainda no âmbito dos atos que podem ser praticados por iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal e por delegação por despacho de natureza genérica, nos termos do disposto nos artigos 55.º, n.º 2, e 270.º, n.º 4, do CPP[5].

Tal como regulada a matéria no CPP, a abertura da fase de investigação da notícia do crime é da competência reservada do Ministério Público, por caber a esta esta magistratura *exercer a ação penal* e, consequentemente, *promover o processo penal*. Contrariamente ao que é o entendimento de alguns aplicadores do direito processual penal vigente, as autoridades e os órgãos de polícia criminal não têm competência para a abertura de inquérito, seguida de comunicação ao Ministério Público. O ato de abertura do inquérito não se inscreve no âmbito dos atos da competência própria dos órgãos de polícia criminal (artigos 55.º, 58.º, n.º 2, 171.º, n.º 4, 173.º, 174.º, n.º 5, 177.º, n.º 3, 178.º, n.º 4, 196.º, n.º 1, 241.º, 243.º, 248.º a 253.º e 257.º, n.º 2), nem tão pouco no âmbito dos que o Ministério Público pode delegar, uma vez que supõem que o inquérito já tenha sido aberto (artigo 270.º). Além de que viola o disposto no artigo 219.º, n.º 1, da CRP uma qualquer norma que atribua a autoridade ou órgão de polícia criminal competência abrir o inquérito na sequência de notícia de crime que tenha adquirido[6].

Quando o inquérito é aberto por autoridade ou órgão de polícia criminal, o processo penal é promovido por quem não tem legitimidade para o efeito, em violação do disposto no artigo 48.º que a confere à autoridade judiciária que dirige a fase de investigação da notícia do crime. O artigo 119.º, alínea *b)*, sanciona até essa violação, prescrevendo que constitui *nulidade insanável* a falta de promoção do processo pelo Ministério Público, nos termos do artigo 48.º[7].

II. Buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público

De acordo com o disposto na alínea *d)* do n.º 2 do artigo 270.º do CPP, entre os *atos de competência reservada do Ministério Público* incluem-se os de *ordenar ou autorizar buscas*, nos termos e limites dos n.os 3 e 5 do artigo 174.º Por um lado, o Ministério Público não pode conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de ordenarem ou autorizarem as buscas previstas no artigo 174.º, ao abrigo do n.º 1 do artigo 270.º, pois tal é expressamente vedado pelo n.º 2 deste artigo; por outro,

[5] Assim, SILVA DIAS, Augusto/SOARES PEREIRA, Rui, *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Preliminares no Processo Penal*, cit., pp. 23 e 27 e s.

[6] Cf., porém, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/2004, em www.tribunalconstitucional.pt, com declaração de voto de Maria Fernanda Palma, que subescrevemos.

[7] No sentido de que a "a falta de promoção do processo pelo MP não se reporta apenas à falta de dedução de acusação, incluindo todas as vertentes em que se desdobra o exercício da ação penal", CONDE CORREIA, João, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2019, comentário ao artigo 119.º, § 29.

a delegação por despacho de natureza genérica, permitida pelo n.º 4, não abrange a ordem e a autorização de buscas, ressalvadas as a efetuar nos casos previstos no n.º 5 do artigo 174.º, por força do que se dispõe nos n.os 2, alínea *d)*, e 4 do artigo 270.º[8].

Na fase de inquérito, as buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, previstas no artigo 174.º, nº 2, do CPP, são sempre *autorizadas ou ordenadas por despacho do Ministério Público*, na qualidade de autoridade judiciária competente nessa fase processual, segundos os artigos 263.º, n.º 1, e 174.º, n.º 3, do CPP. São, porém, ressalvadas as buscas *efetuadas por órgão de polícia criminal* nos casos previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 174.º do CPP – de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; em que os visados consintam; ou aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão – pelo que, nestes casos, poderão ser ordenadas ou autorizadas também por órgão ou autoridade de polícia criminal, ao abrigo de despacho de delegação genérica de competência.

1. O artigo 9.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 137/2019

O acabado de expor em nada é contrariado pelo disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de setembro – diploma que aprova a nova estrutura organizacional da Polícia Judiciária. O despacho do Ministério Público de delegação genérica de competência de investigação criminal abrange apenas as buscas a efetuar nos casos previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 174.º, ainda que a delegação seja em autoridade de polícia criminal da Polícia Judiciária.

De acordo com o artigo 9.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 137/2019, as autoridades de polícia criminal referidas no n.º 1 do artigo 8.º têm ainda especial competência para, *no âmbito de despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal*, *ordenar a realização de buscas*, com exceção das domiciliárias e das realizadas em escritório de advogado, em consultório médico ou em estabelecimento médico ou hospitalar. A norma não é inovadora, uma vez que reproduz o artigo 12.º, n.º 1, alínea *b)*, da Lei n.º 37/2008, de 6 de agosto, a qual foi revogada por aquele Decreto-Lei (alínea *a)* do n.º 1 do artigo 83.º).

São vários, porém, os argumentos que podem ser aduzidos no sentido de a competência para *ordenar a realização de buscas* não abranger todas as buscas previstas no n.º 2 do artigo 174.º do CPP, mas apenas as a efetuar nos casos contemplados no n.º 5 do artigo.

[8] No sentido de que a delegação genérica não abrange, *evidentemente*, os atos indicados no n.º 2 do artigo 270.º, por serem atos *reservados* ao Ministério Público, MAIA COSTA, Eduardo, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, comentário ao artigo 270.º, ponto 5.

2. A falta de competência das autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária para ordenar buscas além das previstas no n.º 5 do artigo 174.º do CPP

A disposição legal em causa insere-se em diploma que aprova a nova estrutura organizacional da Polícia Judiciária num capítulo especificamente dedicado às autoridades de polícia criminal, cujo artigo 8.º especifica a quem é reconhecida essa qualificação, nos termos e para os efeitos do CPP, atento o teor da alínea *d)* do artigo 1.º do CPP, e cujo artigo 9.º elenca as competências processuais de tais autoridades. Pela natureza do diploma e do capítulo onde se insere, é de concluir que o artigo 9.º não visa derrogar o regime geral contido no CPP. Visa tão só dizer quem são as autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária e quais as suas competências, por contraposição aos órgãos de polícia criminal da Polícia Judiciária.

Abona inequivocamente nesse sentido a *Exposição de motivos* da Proposta de Lei n.º 76/VIII, que esteve na origem do artigo 11.º-A, aditado ao Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de novembro, o qual constitui o antecedente remoto do artigo 9.º vigente e o imediato do artigo 12.º da Lei n.º 37/2008[9]. Nessa *Exposição* assume-se, expressamente, que as competências das autoridades de polícia criminal tinham sido objeto de *consideração geral* aquando da aprovação do CPP, nomeadamente as relativas às buscas previstas nos artigos 174.º, n.os 4 e 5 (atuais n.os 5 e 6) e 251.º, pelo que importou tratar das competências *específicas das autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária* no âmbito da respetiva lei orgânica.

Com efeito, o CPP emprega uma "técnica de duplo reenvio"[10]. Relativamente ao que devemos entender por "órgãos de polícia criminal" e por "autoridades de polícia criminal", o CPP reenvia-nos sempre, *internamente*, para a definição formal constante das alíneas *c)* e *d)* do artigo 1.º e destas, *externamente*, para as leis orgânicas e estatutárias das várias polícias. Daquelas alíneas avulta também, de imediato, que o CPP não atribui competências processuais especificamente a uma qualquer polícia, resultando antes que o estatuto de órgão e de autoridade de polícia criminal e as respetivas competências decorrem da lei, nomeadamente da *Lei de organização da investigação criminal* (Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto – artigos 3.º a 9.º) e das leis próprias daqueles órgãos e autoridades.

Daquela *Exposição de motivos* nada resulta no sentido de se ter pretendido alterar o regime geral do CPP. O artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 137/2019 não atribui às autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária competências processuais diferentes das que defere às outras autoridades de polícia criminal. Pelo contrário, o objetivo foi tão só dar cumprimento ao artigo 1.º, alínea *d)* do CPP, ou seja, ao entendimento de que "as competências específicas das autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária deveriam ser tratadas no âmbito da respetiva lei orgânica". Por outras palavras, o artigo 9.º não tem a natureza de *norma especial*

[9] Disponível em www.parlamento.pt.

[10] Cf. FARIA COSTA, José Francisco de, "As Relações entre o Ministério Público e a Polícia: a Experiência Portuguesa", cit., pp. 238 e s.

em face do *regime geral* contido no CPP, nem tão pouco tal foi pretendido pelas disposições legais antecedentes.

O artigo 9.º, n.º 1, enquadra a competência das autoridades de polícia criminal para ordenar buscas no *âmbito de despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal*, o que tem o sentido imediato de enquadrar tal competência no âmbito do despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal, nos termos e com os limites previstos no CPP. Ou seja, com o limite de serem abrangidas apenas as buscas a efetuar nos casos previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 174.º

Nem outro entendimento seria possível, uma vez que o pretendido pelo artigo 9.º é atribuir competências processuais às autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária e *não elencar os atos que podem ser delegados pelo Ministério Público* nessas autoridades. O artigo 9.º *não tem a natureza de norma especial* em face da *norma geral* do artigo 270.º do CPP. Não dispõe no sentido de o Ministério Público poder delegar nas autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária, no âmbito de despacho de natureza genérica, competência para ordenar quaisquer buscas, com ressalva das domiciliárias, em escritório de advogado, em consultório médico ou em estabelecimento hospitalar ou bancário. A melhor interpretação daquele artigo é a de que as autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária têm competência apenas para ordenar as buscas a efetuar nos casos previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)*, do n.º 5 do artigo 174.º, no âmbito do despacho de delegação genérica de competência previsto no artigo 270.º do CPP.

3. O artigo 9.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 137/2019 e o artigo 219.º, n.º 1, da Constituição

A interpretação que vem sendo feita do artigo 9.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 137/2019 é, de resto, a única que é conforme à Constituição. Esta disposição legal não atribui às autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária mais competências processuais nem poderia sequer fazê-lo.

O artigo 9.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 137/2019, na interpretação de que as autoridades de polícia criminal referidas no n.º 1 do artigo 9.º têm ainda especial competência para, no âmbito de despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal, ordenar todas as buscas previstas no artigo 174.º do Código de Processo Penal, é inconstitucional por violação do artigo 219.º, n.º 1, da CRP, na parte em que defere ao Ministério Público competência para exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade.

Assinalou-se na *Exposição de motivos* já mencionada que "com efeito, cabendo a direção do processo às autoridades judiciárias, as competências das autoridades de polícia no processo são sempre competências funcionalmente subordinadas, que são exercidas se e quando aquelas o permitirem. A consagração legal destas competências processuais na Lei Orgânica da Polícia Judiciária sublinha por isso esta relação, decorrente do modelo constitucional do processo penal". Isto é, de um modelo constitucional que atribui ao Ministério Público (e não às Polícias) o *exercício da ação*

penal (artigo 219.º, n.º 1) e que defere expressamente ao Ministério Público as tarefas processuais de *investigar* e acusar, ao prescrever que o processo penal tem estrutura acusatória (artigo 32.º, n.º 5, 1.ª parte). Com a consequência de meios de obtenção da prova como as revistas e as buscas serem ordenados ou autorizados por quem *dirige o inquérito*, nos termos do disposto nos artigos 263.º, n.º 1, e 174.º, n.º 3, do CPP, e de o serem de forma reservada em função da qualidade desses atos, tal como estabelecido no artigo 270.º, n.º 2, alínea *d)*, do CPP[11].

Cometer ao Ministério Público o exercício da ação penal significa, desde logo, que cabe a esta magistratura a tarefa de *investigar*, tendo em vista a decisão de acusar ou não (de submeter ou não a causa a julgamento), mas tem também um sentido e um alcance específicos na relação com os órgãos e autoridades de polícia criminal, na medida em que a competência para *exercer a ação penal*, procedendo à *investigação*, pressupõe a *direção efetiva* da fase respetiva (fase de inquérito)[12]. "O exercício da ação penal – atribuído ao Ministério Público pela própria Constituição (artigo 221.º, n.º 1) – pressupõe a direção do inquérito"[13] e pressupondo-a tem de ser *efetiva*.

Só há direção *efetiva* da investigação se os meios de obtenção da prova forem *autorizados* ou *ordenados* pelo Ministério Público, ressalvados os que integram a competência reservada do juiz e os casos *excecionais* em que as finalidades de descoberta da verdade material e de realização da justiça e de proteção de direitos fundamentais (também de terceiros) impõem a derrogação da regra da competência reservada das autoridades judiciárias[14]. Nesses casos *excecionais* é diferente o ponto de harmonização de interesses e direitos constitucionalmente protegidos.

Por outro lado, como a realização das revistas e buscas pode contender com direitos fundamentais como o direito à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP) ou o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º da CRP), ainda que não se prenda diretamente com eles, interferindo com a *pessoa* e com os *espaços* onde desenvolve a sua vida[15], só a competência reservada da magistratura do Ministério Público garante a legitimidade constitucional de tais meios de prova. Pode até questionar-se, isso sim, se as buscas não deveriam ser todas da competência reservada de um juiz. Se o artigo 174.º, n.º 3, do CPP é ou não inconstitucional, "na medida em que atribui competência ao Ministério Público para ordenar revistas e buscas não domiciliárias, que podem conflituar com o direito à reserva da intimidade da vida privada, desenvolvido nesses lugares reservados ou não livremente acessíveis ao público"[16].

---

[11] Assim, DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, cit., p. 122.

[12] Sobre isto, LOBO MOUTINHO, José, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anotação ao artigo 219.º, ponto VIII, alínea *a)*. E, ainda, ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 34 e s.

[13] Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 517/96 e, ainda, entre outros, Acórdão n.º 581/2000, disponíveis em www.tribualconstitucional.pt

[14] Cf. artigos 174.º, n.º 5, 177.º, n.º 3, e 178.º, n.º 3, do CPP.

[15] Assim, expressamente, Conde Correia, João, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2019, comentário ao artigo 174.º, §§ 2 e 18.

[16] Cf. Conde Correia, João, "Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações", *Revista do Ministério Público*, Ano 20, N.º 79, 1999.

A CRP defere ao Ministério Público a competência para *exercer a ação penal*, porque a ação penal é *orientada pelo princípio da legalidade*, porque o Ministério Público é uma *magistratura* que goza de *estatuto próprio e de autonomia* e porque lhe reconhece a qualidade de *autoridade judiciária* (cf. artigos 27.º, n.º 3, alínea *f)*, e 219.º, n.os 1 e 2 e, em geral, o Título V da Parte III – *Tribunais* – onde está inserido o Ministério Público). Quando a busca é ordenada ou autorizada por quem seja autoridade judiciária há a garantia de que a prova não é obtida mediante *intromissão abusiva na vida privada*. Sendo ordenada ou autorizada por autoridade que não tenha a natureza de autoridade judiciária, a prova obtida equivalerá a intromissão abusiva na vida privada, com a consequência de a prova assim obtida ser *nula*, segundo o artigo 32.º, n.º 8, da CRP. Por seu turno, o artigo 126.º, n.º 3, do CPP prescreve que, ressalvados os casos previstos na lei, são *nulas*, *não podendo ser utilizadas*, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada[17].

No Acórdão n.º 7/87, o Tribunal Constitucional não deixou de se salientar que, sendo as buscas não domiciliárias autorizadas ou ordenadas pelo Ministério Público, que é uma autoridade judiciária, fica arredada a possibilidade de considerar que a prova foi obtida mediante *abusiva* intromissão na vida privada[18]. Com efeito, a pronúncia de não inconstitucionalidade quanto às normas que, em matéria de buscas não domiciliárias, não deferem a competência exclusivamente ao juiz de instrução louvou-se no estatuto de *autoridade judiciária* do Ministério Público. Estatuto esse que falta às autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária.

Do exposto resulta que apenas casos excecionais como os previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 174.º podem justificar que as buscas sejam efetuadas por órgão de polícia criminal sem autorização prévia da autoridade judiciária competente e que tais casos possam ser abrangidos pelo despacho de delegação genérica previsto no n.º 4 do artigo 270.º No primeiro caso, porque está em causa uma medida preventiva para salvaguarda da vida ou da integridade de uma pessoa; no segundo, porque o valor afetado está na livre disponibilidade do visado com a busca; e no terceiro, em razão de perigo na demora do ponto de vista recolha da prova, da perda de bens ou da continuidade da atividade criminosa[19].

Atentas as competências que são constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público, a razão de ser da competência que lhe é reservada em matéria de buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público na fase de inquérito e o porquê da ressalva que é feita no n.º 5 do artigo 174.º do CPP, é de concluir, pois, que nem sequer são convocáveis razões para distinguir as autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária das demais autoridades de polícia criminal. A liberdade de normação do legislador esbarra aqui com limites de natureza jurídico-constitucional. Por um

[17] No sentido desta consequência, Pinto de Albuquerque, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2011, comentário ao artigo 174.º, Nm. 16, b., e Conde Correia, João, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, cit., comentário ao artigo 174.º, § 39.

[18] Disponível em www.tribunalconstitucional.pt

[19] Sobre isto, desenvolvidamente, Conde Correia, João, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, cit., comentário ao artigo 174.º, § 5 e ss.

lado, compete ao Ministério Público *exercer a ação penal*, dirigindo *efetivamente* a investigação; por outro, na medida em que contendem com *direitos fundamentais*, as buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público são da *competência reservada* da autoridade judiciária que dirige a fase de inquérito.

Conclusão

A atribuição ao Ministério Público de competência para exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade, prevista no artigo 219.º, n.º 1, da CRP, tem também o sentido de reservar exclusivamente a essa magistratura a prática de determinados atos processuais de que é exemplo paradigmático a decisão de encerrar o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação (artigo 276.º, n.º 1).

Entre outros, integra também o âmbito dos atos da exclusiva competência do Ministério Público o de abrir o inquérito e o de ordenar as buscas ao abrigo do artigo 174.º do CPP, fora dos casos contemplados no n.º 5. Assim sendo, as autoridades e órgãos de polícia criminal não têm legitimidade para promover o processo penal abrindo inquérito; as autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária não têm competência processual para ordenar buscas ao abrigo do artigo 174.º do CPP, fora dos casos contemplados no n.º 5.

Lamentamos que este não seja o entendimento de alguns aplicadores do direito processual penal. Lamentamos ainda mais nos casos em que tal acontece com a "cumplicidade" do Ministério Público.

"BURACOS NEGROS" NO PROCESSO PENAL? O EXEMPLO DA REGULAÇÃO PROCESSUAL DA PERDA DE BENS DE TERCEIRO E EM CASO DE NÃO CONDENAÇÃO PENAL

Mário Ferreira Monte*

Este texto foi preparado para homenagear o Sr. Professor Doutor Augusto Silva Dias. Por razões adversas, foi impossível fazer melhor do que o aqui ofereço. Entre não o fazer e homenagear Augusto Silva Dias, optei por esta segunda hipótese. Teria muitas razões para o justificar. Mas invocarei aqui duas. Uma, académica, para dizer que é um exemplo, dos melhores, entre nós. Como Professor, como Penalista e sobretudo como Pessoa. De elevado carácter, de virtudes humanas ímpares, dotado de notáveis qualidades científicas e pedagógicas, os seus escritos são um legado muito valioso para todos nós. Uma outra razão, de natureza pessoal (que partilho para evidenciar a singularidade do nosso homenageado). No início da minha modesta carreira, publiquei a tese de mestrado e, pouco tempo depois, deparei-me com as primeiras referências (de que tivesse conhecimento) de coisas minhas ali escritas, feitas por Augusto Silva Dias, num texto seu sobre Proteção jurídico-penal dos interesses dos consumidores. Não escondo que, naquele tempo, senti enorme satisfação. Não tanto por ser citado, se bem que, como jovem académico, isso nunca é pouco. Mas sobretudo porque aquele Autor conseguia ver nas minhas pobres palavras algo de útil. E se o digo assim, é porque o sinto de verdade, sem falsa modéstia. Mais tarde, quando o conheci pessoalmente – e com ele tive o privilégio de partilhar algumas tarefas, nomeadamente júris de provas académicas –, percebi que estava perante uma pessoa muito humana. Partiu cedo, muito cedo. Todos sabemos. Mas fica-nos a memória, exemplar, inspiradora, e a sua obra, que nunca acabará...

* Professor Catedrático na Escola de Direito da Universidade do Minho. Coordenador do Grupo JusCrim (Grupo de Investigação em Justiça Criminal e Criminologia) do JusGov.

SUMÁRIO: Introdução; I. A implicativa relação de mútua complementaridade e de recíproca conformação entre direito penal e direito processual penal; 1. Revisitação de ideias-força; 2. A existência de "buracos negros" no Código de Processo Penal. O exemplo da ausência de regulamentação processual em matéria de pessoas coletivas; II. A perda de bens de terceiro; 1. A previsão da perda de bens de terceiro no Código Penal e em legislação extravagante; 2. O estatuto processual de terceiro e as implicações processuais do artigo 374.º-A do CPP; 3. A ausência de regulação processual (adequada) para a perda de bens de terceiro; III. A perda de bens em casos de não condenação penal; 1. A previsão legal e a *ratio* da medida; 2. Implicações processuais da perda de bens em caso de não condenação; Conclusão.

Introdução

Como pode introduzir-se novos regimes jurídico-penais sobre determinadas matérias implicativas de normas processuais adequadas e, perante a inexistência dessas respostas no direito processual penal, aparentemente o sistema jurídico-penal manter-se intacto? Podem as normas processuais existentes, apesar de insuficientes e inadequadas, absorver todo o tipo de desafios que o direito material impõe, qual plasticidade que se molda às exigências da vida real e do ordenamento jurídico-penal?

Mas se é assim, se as respostas forem positivas, isso implica uma total maleabilidade e instrumentalidade do direito processual penal relativamente ao direito penal, o que contraria a ideia de que, apesar de existir uma unidade de sentido e soluções dos problemas jurídicos entre ambos, detêm uma certa autonomia teleológica. Ou será que esta autonomia é tão significativa que permite uma certa elasticidade das normas processuais independentemente do que for aprovado no direito penal?

Tudo isto é só o mote para compreendermos alguns casos de insuficiente regulamentação processual, face a alterações do direito penal, em matérias que nos parecem de grande relevo. Exemplos? Podíamos abordar o caso da persistente ausência de regulamentação processual de várias questões aplicáveis às pessoas coletivas, apesar da alteração do artigo 11.º do Código Penal (doravante CP). Mas o que vamos detalhar é o exemplo da perda de bens de terceiro e em casos de não condenação penal. Situações que exigem do aplicador da lei uma certa capacidade criativa, ou pelo melo menos hermenêutica, de resolução daquilo que parecem "buracos negros" do processo penal.

I. A implicativa relação de mútua complementaridade e de recíproca conformação entre direito penal e direito processual penal

1. Revisitação de ideias-força[1]

Tão consensual, quanto antiga; tão nova, quanto atual. A relação que se reconhece existir entre direito penal e direito processual penal é – deve ser – de mútua

[1] Em parte, algumas destas ideias, com mais detalhe, estão no *nosso Direito Processual Penal Aplicado*, Braga: AEDUM, 2017, p. 46 e ss., que aqui seguimos de perto.

complementaridade funcional e de recíproca conformação[2]. Uma relação assim que emerge da circunstância de se reconhecer uma unidade de sentido entre direito penal e processo penal. Quer isto dizer que o «direito processual penal constitui, em certo sentido (...), *uma parte do direito penal*»[3]: este exerce influência e impõe a existência de determinadas soluções naquele, mas o processo penal não deixa de ser espaço prático e normativo de conformação do próprio direito penal «no sentido e solução de alguns dos concretos problemas dogmáticos»[4/5].

Naturalmente que não está em causa, por esta unidade de sentido, a *autonomia dogmática e teleológica* do direito processual penal, traduzida na prossecução «da realização concreta da própria ordem jurídica»[6]. Se ao julgador, ao decisor, cabe um papel criador e integrador do Direito, ainda que sempre nos pressupostos termos da norma – isto é assim mesmo nos sistemas em que o *precedente* é a referência para a decisão, mas em que se não dispensa um momento de concreta *distinção* que só o juiz do caso pode realizar[7] –, é porque o próprio direito processual penal permite uma certa conformação casuística da solução jurídico-penal.

Certo que o direito processual penal é direito adjetivo, vocacionado a cumprir uma função instrumental de realização do direito substantivo que é o direito penal. Mas, na medida em que é acima de tudo direito constitucional aplicado, tem finalidades próprias que lhe conferem uma potencial autonomia dirigida à realização do Direito.

Os Autores são em geral consensuais quanto a este ponto. Como explica Fernanda Palma[8], «[n]o quadro do sistema jurídico de um Estado de Direito, o

---

[2] Nesse sentido, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988-89, p. 5 e ss.

[3] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (2004), p. 23 e s., citando, quanto à ideia de *unidade*, Cavaleiro de Ferreira.

[4] *Idem*, p. 30, e também FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal (Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra)*, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 5-9, com exemplos mais recentes e ilustrativos dessa mútua relação de complementaridade funcional.

[5] FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis). *Introdução. A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (facto) Punível; A Conduta Típica (O Tipo)*; *A Conduta Ilícita (O Ilícito); a Conduta Culposa (A Culpa)]*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 41, expressa a mesma ideia, mas com outras palavras que nos parecem igualmente sugestivas. O Autor fala de «estreita conexão», mas ao mesmo tempo assinala a existência de autonomia. E dá alguns exemplos dessa estreita conexão, em que o direito processual penal tem um papel de «determinação» (p. 42).

[6] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (1988-9), cit., p. 10.

[7] Como explica René DAVID, *O Direito Inglês*, Trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 13, no direito inglês, para além da obrigação de seguir o precedente, existe a possibilidade de «estabelecer distinções». O juiz, no sistema inglês, para além de seguir o precedente, poderá, «considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução "razoável" que ele requer». Por isso se diz que «[a] técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental».

[8] PALMA, Maria Fernanda, «O problema penal do processo penal», in Maria Fernanda Palma (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 41. Mais

Processo Penal é um instrumento de aplicação do Direito Penal que, no entanto, tem necessariamente de desempenhar finalidades autónomas do Direito Penal, relacionadas com as garantias de defesa e com a disciplina do Estado na prossecução punitiva». Não pode, portanto, ser visto como *meramente* instrumental, como um ente menor do direito penal substantivo[9] e sem qualquer potencialidade criadora e de realização do direito[10], ainda que o processo penal deva ser instrumento de realização da justiça penal.

Nas proverbiais palavras de Germano Marques da Silva[11], o facto de existir uma «relação de instrumentalidade necessária entre o direito penal e o processo penal», que justifica que exista uma «unidade entre o direito penal e o processo penal não afecta, porém, uma *específica autonomia* entre ambos, resultante da diversidade de objetos e intencionalidade específicas».

Num outro modo de ver as coisas, e em inteira concordância com Faria Costa, diríamos, por um lado, que «[a]s relações entre o direito penal e o direito processual penal são, assim, como de imediato de compreenderá, de estreita conexão»[12], mas, por outro, que «[q]uer o direito penal, quer o direito processual penal têm objectivos e finalidades próprios e desenvolvem, em perfeita autonomia, a prossecução desses fins através de conjuntos articulados e coerentes de regras, princípios e simples proposições normativas, absolutamente diferenciados»[13].

Porém, apesar da relativa autonomia que existe entre direito penal e direito processual penal, seria inconcebível que este se desligasse da sua função de realização das determinações jurídico-penais – que outro modo haveria de o fazer, senão através do processo penal, quando se trate de resolução de concretos casos jurídicos?

---

adiante (p. 42) a Autora chama a atenção para uma realidade muito importante: «De todo o modo, não se trata de negar que o Processo Penal cumpre uma função penal (preventiva ou reparadora) mas de encontrar os pressupostos legítimos dessa função».

[9] Mas não, também, o seu contrário. Fazem sentido, a este propósito, as reflexões de FARIA COSTA, *Noções Fundamentais*, cit, p. 49; ao explicar a importância do estudo do direito processual penal através do crivo do *law in action*, afirma: «Vive-se em um tempo onde o *facere* (logo, a acção) ganhou estatuto de cidadania, mas um estatuto tão radical que quer ser hegemónico, que quer apagar qualquer veleidade de atribuir méritos ao *estar* e ao *ser*. As coisas só têm valor se forem sendo. Aquilo que é, que está, que tem um mínimo de permanência, coisa menor é».

[10] É neste sentido que aceitamos o conceito de *instrumentalidade* proposto por COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *Direito Processual Penal. Curso Semestral*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 3. Nunca no sentido de uma instrumentalidade cega, exclusivamente vocacionada para a atribuição da responsabilidade penal nos termos propostos pelo direito substantivo.

[11] MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Processual Penal Português. Noções Gerais. Sujeitos Processuais e Objecto*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 16 e 17.

[12] FARIA COSTA, *Noções Fundamentais*, cit., p. 41. O Autor explica (p. 41) porquê: aquelas relações «não podem ser vistas através da lógica que assenta nos valores finais e instrumentais. Lógica essa que pressuporia que o direito penal tivesse um valor final e o direito processual penal um valor meramente instrumental».

[13] FARIA COSTA, *Noções Fundamentais*, cit., p. 41. O que leva o Autor a retirar uma conclusão muito importante (p. 42): «Digamo-lo ainda de maneira mais concisa: através de uma dogmática própria. Uma dogmática penal e uma dogmática processual penal».

Como explica Roxin[14], enfatizando a relação de mútua realização do direito processual penal e do direito penal, «uma ordem jurídica-penal será tão boa quanto o permita o processo para a sua realização e, inversamente, uma regulação processual satisfatória não é possível quando não está concebida para o direito material (...)».

É inegável que a Constituição se oferece como matriz referencial do direito processual penal[15]. Por um lado, são inúmeras as normas[16] que de modo expresso, direta ou indiretamente, prescrevem sobre matéria processual penal. Por outro, são diversos os princípios constitucionais que presidem a tais normas[17]. Mas esse referencial de base constitucional não implica nem pressupõe uma desafetação das normas processuais penais à viabilização do direito penal substantivo.

E, portanto, se estamos de acordo que o direito processual penal, qual direito constitucional aplicado, constitui espaço de conformação autónoma da decisão final, a verdade é que essa decisão não pode ser outra que não esteja prevista ou pelo menos projetada[18] no direito penal. Neste sentido, o processo penal é uma espécie de longa *manus* do direito penal teleologicamente fundada na Constituição.

Dito isto, é bom de ver que se as normas jurídico-penais não tiverem uma possibilidade de adequada concretização no processo, então duas consequências se devem apontar: por um lado, o processo penal acaba por condicionar negativamente o direito penal; e, por outro, o direito penal não cumpre cabalmente a sua função.

---

[14] Nesse sentido ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. da 25ª edição alemã, por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, revista por Julio Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 6 [mais recentemente, em edição alemã: Roxin / Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28.ª Auf., München: Beck, 2014, p. 5 e s.].

[15] E por isso, concorda-se quando se diz que «é o direito processual penal a ordem jurídica que mais sensível é às flutuações político-criminais e às modificações constitucionais» – cf. FARIA COSTA, *Noções Fundamentais*, cit., p. 45.

[16] No sentido de que o direito processual penal é direito constitucional aplicado e que isso se verifica, entre outras razões, pela «grande importância que assumem as normas diretamente atinentes ao processo penal que constam da Constituição e que à medida em que se vão aprofundando ou desenvolvendo os direitos, liberdades e garantias das pessoas também se vão aprofundando e desenvolvendo as normas da *constituição processual penal*», vão MARQUES DA SILVA, Germano e SALINAS, Henrique, «Artigo 32.º», in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (Orgs.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 709 (itálico dos autores).

[17] FARIA COSTA, «Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo penal», in: *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico. Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, em colaboração com Procuradoria-Geral da República, 1997, p. 188 e ss., faz uma abordagem a um conjunto de normas processuais que ocupam lugar na CRP. Entre elas, desde logo, o n.º 1 do artigo 32.º da CRP, como norma programática; mas também o n.º 2 do artigo 32.º (princípio da presunção de inocência); e artigo 32.º, nº 6, que contempla o princípio da dignidade da pessoa humana que impõe limites à produção de prova.

[18] Os espaços de consenso e oportunidade previstos no processo penal acabam por viabilizar soluções que não correspondem às sanções previstas nos tipos penais. Mas são soluções que estão de algum modo projetadas no direito penal. Não violam o princípio da legalidade criminal. No direito penal rege o princípio da preferência das sanções não privativas da liberdade e, nesse pressuposto, uma sanção acordada não pode ser vista como contrária ao direito penal, muito menos inconstitucional, mas simplesmente como um modo mais adequado de cumprir a função do direito penal, justamente através de espaços adequados e proporcionados pelo processo penal.

E perante isto, o que faz o aplicador da norma jurídico-penal? Interpreta, integra, e, se ainda assim não for possível, inventa?

2. A existência de "buracos negros" no Código de Processo Penal. Um brevíssimo olhar pela (ausência de) regulação processual em matéria de pessoas coletivas

Há normas do Código de Processo Penal que foram concebidas num determinado tempo e tendo como referência normas de natureza substantiva que, todavia, pela dinâmica fenomenológica da vida real, a impor sucessivas alterações no direito penal, acabaram por se tornar insuficientes para responder a tais alterações. Existem, mas não foram criadas para novas situações e, portanto, ou são lacunosas ou são pelo menos inadequadas.

Ousamos chamar a este tipo de situações "buracos negros" por alusão aos que nos são sugeridos pela astrofísica: "São os objectos mais misteriosos do universo. Toda a matéria que deles se aproxime é engolida por uma força gravitacional tão poderosa que nem a própria luz deles se escapa"[19]. O facto de serem buracos, serem misteriosos e terem uma tal força gravitacional tal que tudo atrai e "engole" dão-nos iconograficamente a inspiração para os casos deste jaez que identificamos no direito processual penal. Os exemplos que temos em mente não são apenas de clássicas lacunas legais. São normas inadequadas, lacunosas, sim, mas que acabam por sorver todo o tipo de situações mesmo que não estejam devidamente talhadas no Código de Processo Penal para acolher tais situações.

A indispensável evolução da vida e suas implicações no ordenamento jurídico impôs a necessidade de novas normas jurídico-penais que, contudo, não foram devidamente acompanhadas de normas processuais adequadas a incorporar tais novidades. Entre outros exemplos, há um que salta logo à vista. O da aplicação das normas processuais às pessoas coletivas, decorrente das alterações do Código Penal nesta matéria.

Problemas vários podiam ser aqui levantados[20]. À guisa de exemplo, perguntar-se-ia como se deve proceder à *constituição de uma pessoa coletiva como arguida e sua representação*, tendo em conta a norma do artigo 58.º do CPP? Trata-se de um problema aflorado mas não totalmente resolvido em vários acórdãos do Tribunal Constitucional, nomeadamente nos acórdãos nºs. 212/95, 213/95 e 302/95, publicados no *Diário da*

[19] CRATO, Nuno, «Buracos negros», in: https://www.uc.pt/iii/romuloccv/recursos_multimedia/artigos_apresentacoes_cientificas/artigos_divulgacao_cientifica_nuno_crato/buracos_negros, consultado em 27 de janeiro de 2021.

[20] Sobre grande parte destes problemas e algumas soluções, veja-se MONTE, Mário Ferreira, *Direito Processual Penal Aplicado*, Braga: AEDUM, 2017, p. 179 e ss. que aqui seguimos de perto. E também MARQUES DA SILVA, Germano, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», in *Que Futuro para o Direito Processo Penal, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, *passim*, e *Idem*, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações introduzidas ao Código Penal pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro», in *Revista do CEJ*, 8 (especial), 1.º sem. 2008, *passim*.

República, II Série, n.º 144, de 24 de Junho de 1995, n.º 145, de 26 do mesmo mês e ano e n.º 174, de 29 de Julho de 1995, respectivamente. Ligado a este problema está o do respetivo *exercício de direitos e deveres pelas pessoas coletivas*, de que também nos dá conta o citado acórdão do TC n.º 657/97, face à redação do artigo 61.º do CPP. Outro problema tem que ver com a aplicação de *medidas de coação e de garantia patrimonial* às pessoas coletivas. Estas medidas estão previstas nos artigos 196.º e seguintes e 227.º e seguintes do CPP, assentes numa matriz assumidamente antropocêntrica que carateriza o Código de Processo Penal, e todavia, hoje, longe de atenderem às especificidades das pessoas coletivas. Os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 10 de novembro de 2010 e de 4 de junho de 2014 dão-nos conta das dificuldades. Não menos importantes são as questões que se relacionam com a *prova e os seus meios de obtenção*. Por exemplo, se pensarmos em *buscas na sede e domicílio profissional da pessoa coletiva*, seria de lhes conceder o mesmo grau de proteção que a lei consagra à pessoa singular e ao seu domicílio, por imposição, aliás, da própria Constituição, como está previsto no artigo 174.º do CPP? Sobre este ponto pronunciou-se já o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 593/2008, de 10 de dezembro, e, todavia, não está devidamente resolvido em termos normativos. De grande relevância podem ser as questões que se levantam em matéria de *escutas telefónicas*. Podem as pessoas coletivas ser escutadas? Claro que o artigo 187.º, n.º 4, al. a), do CPP, parece nada obstar a tal hipótese. Até podemos dizer que a absorve. Mas, do ponto de vista prático, como pode operacionalizar-se essa possibilidade? Quem pode ser escutado no seio de uma pessoa coletiva? Os telefones registados em nome da pessoa coletiva? Os de todos os seus colaboradores? Apenas alguns? Quais? A lei nada nos diz sobre isto. Igualmente, quando tentamos aplicar certos institutos processuais penais às pessoas coletivas (pense-se, por exemplo, no flagrante delito), experimentamos dificuldades. A norma do artigo 256.º do CPP nada obsta a que se aplique a uma pessoa coletiva. Mas não deixa de ser estranha a sua possibilidade tendo em conta o modo como a norma está formulada (claramente virada para comportamentos realizados por pessoas físicas, seguindo uma vez mais a matriz antropocêntrica que presidiu, e bem, ao CPP). E mesmo que o flagrante delito seja aplicado às pessoas coletivas, tendo por referência a conduta da pessoa física – de que outro modo poderia ser? –, seguramente que, não podendo deter-se uma pessoa coletiva nos termos do artigo 255.º do CPP, uma vez que o processo sumário se aplica aos "detidos em flagrante delito", como determina o artigo 381.º do CPP, poderia julgar-se nesta forma de processo uma pessoa coletiva "apanhada" em flagrante delito? Sem pretensão de esgotar os exemplos, não deixará de ser um desafio a aplicação do *instituto da contumácia às pessoas coletivas,* para logo percebermos que muito provavelmente isso será impossível, embora a situação, por muito absurda que possa parecer, não esteja totalmente excluída da norma dos artigos 335.º e seguintes do CPP.

E todavia, em matéria de responsabilidade penal das pessoas coletivas, o Código Penal passou de uma previsão subsidiária e inconsequente – excetuando para a legislação extravagante, nomeadamente o DL 28/84, de 20 de janeiro – para uma previsão concreta e implicativa, ao contemplar no artigo 11.º, n.º 2 e seguintes do CP, tal responsabilidade em determinadas e relevantes situações.

Isto significa que desde a alteração ocorrida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, não tendo sido efetuadas as necessárias adaptações nas normas processuais, estas como que absorveram aquelas novas situações impostas pelo Código Penal. Naturalmente que a jurisprudência tem dado conta de que uma tal absorção tem sido tudo menos pacífica e fácil. E o problema no plano normativo continua por resolver.

Mas o problema que vamos aqui tratar com um pouco mais de detalhe é outro e não menos importante: o da ausência de normas processuais adequadas para acolher as novidades jurídico-penais relacionadas com a perda de bens de terceiro e nos casos de não condenação penal.

II. A perda de bens de terceiro

1. A previsão da perda de bens de terceiro no Código Penal e em legislação extravagante

O artigo 111.º do Código Penal, sob a epígrafe "Instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro", prevê, como regra (n.º 1), que «a perda não tem lugar se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada».

Significa isto que o terceiro, detentor dos instrumentos, produtos ou vantagens, não pode ter sido comparticipante no facto ilícito e típico pelo qual o arguido tenha sido condenado – por referência aos artigos 109.º, n.º 1 e 110.º, n.º 1, do CP –, seja em qualquer uma das modalidades da autoria, seja mesmo em caso de cumplicidade. E, mesmo que não tenha participado na prática do facto típico e ilícito, também não pode ter sido "beneficiário" desses bens. Estarão na situação de beneficiário os herdeiros[21] do arguido – uma vez que, não tendo cometido o facto típico e ilícito, sucedem ao arguido no seu património –, os adquirentes de negócio simulado[22] – uma vez que, sendo nulo o negócio, os bens deixam de ser de terceiro –, os adquirentes fiduciários de má-fé[23] – a uma vez que se o negócio fiduciário for ilegítimo, o terceiro deixa de o ser por perda de título – e as pessoas coletivas[24] quando lhes sejam aplicadas algumas das condições negativas previstas no artigo 111.º do CP.

Acresce que, além dos agentes do facto típico e ilícito e dos beneficiários dos bens, independentemente do título que possa invocar, será protegido enquanto terceiro aquele que, relativamente aos instrumentos, produtos ou vantagens do facto típico e ilícito, «tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou

[21] Nesse sentido, MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro relacionados com o crime», in: Maria Raquel Ferreira *et. al.* (Coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, 1ª edição, Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018, p. 143 e s. Mas já não estarão naquela situação, como explica o Autor, os legatários.

[22] MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 144.

[23] *Idem*, *ibidem*.

[24] *Idem*, p. 146.

do facto tiver retirado benefícios» (art. 111.º, n.º 2, al. a)), ou quando aqueles bens «forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência» (art. 11.º, n.º 2, al. b)), e ainda quando «[o]s instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida». Trata-se aqui de uma distinção relevante entre terceiros de boa e de má-fé.

Aquele que não está ligado à prática do facto ilícito e típico ou que não é beneficiário dos bens, também não pode ter realizado uma daquelas três condutas previstas no n.º 2 do artigo 111.º do CP, sob pena de não poder ser considerado terceiro de boa fé e, consequentemente, não estar protegido pelo n.º 1 do artigo 111.º

Posto isto, o terceiro, legítimo proprietário dos bens – embora possa ser detentor de outro direito real ou direito contratual que pode ser compatibilizado com a perda de bens[25] –, uma vez colocada a hipótese de ver confiscados os bens, deve poder demonstrar que o é, para afastar esse confisco[26]. É aqui que entram as normas processuais. Antes de lá irmos, vejamos apenas que outras situações existem onde a perda de bens de terceiro pode estar prevista.

A lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no art. 7.º, n.º 2, al. b), também prevê a chamada perda alargada de bens de terceiro. Trata-se de uma perda por existência de um património incongruente.

Em termos assumidamente breves, esta perda alargada distingue-se da perda "clássica" do Código Penal essencialmente por dois aspetos: a) na perda prevista no CP exige-se uma relação direta entre o facto típico e ilícito e os instrumentos, produtos ou vantagens, ao passo que na perda alargada não se exige qualquer relação entre o património incongruente e um determinado facto típico e ilícito, mas exige-se que o arguido tenha sido condenado por um facto previsto no catálogo do art. 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro; b) na perda "clássica" o que pode ser confiscado são os instrumentos, produtos e vantagens (ou o valor correspondente) ligados ao facto típico e ilícito, enquanto que na perda alargada será o património incongruente, ou seja, «a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito» que se presume ilicitamente obtida.

Como explica Maria do Carmo Silva Dias, na perda dos artigos 109.º a 111.º do CP está em causa a «privação definitiva de bens relacionados (ligados/associados) com o facto ilícito típico que está a ser objeto do processo em apreciação (sejam

[25] Nesse sentido, RODRIGUES, Hélio, «O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em material de confisco», in Maria Raquel Ferreira *et. al.* (Coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, 1ª edição, Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018, p. 69 e s. Em idêntico sentido, MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 142 e s.

[26] Sobre o respeito pelo direito à propriedade, nos casos de confisco, veja-se CORDERO, Isidoro Blanco, «Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», in Eduardo Fabián Caparrós et. al (Edt.s), *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, Azcapotzalco: Ubijus Editorial, 2012, p. 340 e s.

instrumentos, produtos ou vantagens para usar a linguagem do legislador português»[27], ao passo que na perda alargada está em jogo «a privação definitiva de bens, que possam ocasionar benefício económico, desde que se conclua que provém de comportamento criminoso, caso o arguido seja condenado por crime que faz parte de determinado catálogo (artigo 5.º da Diretiva 2014/42/UE)»[28].

Também aqui existe a necessidade de o terceiro estar de boa fé, nomeadamente de os bens não lhe terem sido «[t]ransferidos (...) a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido», como preceitua a al. b) do n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Donde, uma vez mais, vem a ser fundamental que o terceiro possa demonstrar que os bens são legitimamente seus para afastar o confisco. É que, embora se concorde com Augusto Silva Dias quando afirma que «a medida [de confisco] não deve afetar terceiros de boa fé, que tenham adquirido legalmente os bens, sejam familiares do condenado, sejam pessoas colectivas, em nome da pessoalidade da pena e dos seus efeitos»[29], a verdade é que isso não pode confundir-se com a hipótese de o terceiro ter adquirido os bens em situação prevista al. b) do n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, caso em que o terceiro tem de demonstrar a sua boa fé. O que, naturalmente, convocará uma determinada regulamentação processual. Já lá vamos.

Antes, há que acrescentar que ainda em legislação extravagante existem outros afloramentos da possibilidade de perda de bens de terceiro. Isso sucede nos artigos 35.º e 36.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, no art. 201.º da Lei 16/2008, de 1 de abril (Código de Autor e dos Direitos Conexos), no art. 380.º-A do DL n.º 486 de 13 de novembro (Código dos Valores Imobiliários), no artigo 18.º, n.º 1, do DL n.º 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias). Também aqui o terceiro tem sempre a possibilidade de demonstrar que é legítimo detentor dos bens e que está de boa fé. Para isso, é necessário recorrer ao processo penal – porque em todos os casos estamos perante situações de prática de factos típicos e ilícitos. Posto é que existam normas no processo penal que concretizem essa possibilidade.

---

[27] DIAS, Maria do Carmo Silva, «"Perda alargada" prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º) e "perda do valor de vantagem de atividade criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º a 12.º)», in Maria Raquel Ferreira *et. al.* (Coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, 1ª edição, Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018, p. 91.

[28] *Idem*, *ibidem*. Note-se que na perda alargada o que o legítimo detentor dos bens tem de provar é a congruência do património, mas não que o património não tem ou deixa de ter relação com um determinado facto típico e ilícito. SILVA DIAS, Augusto, «Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito», in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 38, estabelece aqui uma relação interessante com a hipótese já tentada, de balde, da incriminação de enriquecimento ilícito: «Enquanto neste [enriquecimento ilícito] a não infirmação pelo arguido da suspeita de proveniência ilícita do património constitui a confirmação da culpa e portanto o fundamento da punição, no confisco essa não confirmação é apenas pressuposto de um efeito da pena, nenhuma relação mantendo com a culpa».

[29] SILVA DIAS, «Criminalidade organizada...», cit., p. 45 e s.

2. O estatuto processual de terceiro e as implicações processuais do artigo 374.º-A do CPP

Uma primeira questão relevante, de natureza processual, que tem sido discutida pela doutrina é a de saber qual é o estatuto do terceiro no processo de confisco de bens. Para isso, há que aludir à única norma do Código de Processo Penal que expressamente se refere a este problema. Trata-se do artigo 374.º-A do CPP.

Esta norma, no n.º 1, determina: «[a]o terceiro ao qual pertençam instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado, é garantido o exercício do direito de contraditório e a prestação de declarações, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis».

Note-se que o terceiro não é um sujeito processual (não se confunde com o arguido nem com o assistente). Também nada tem que ver com as testemunhas ou com as partes civis. Então, o que vem a ser este terceiro?

De algum modo ele é um "quase-arguido". Ele pretende demonstrar que os bens são seus e não padecem de um dos problemas enunciados no n.º 2 do artigo 111.º do CP ou no n.º 2, al. b), do art. 7.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro. Ao tentar demonstrar que não terá concorrido, de forma censurável, para a utilização ou produção dos bens, ou do facto tiver retirado benefícios, ou que tais bens não terão sido, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência, ou ainda que tais bens ou o seu valor não terão sido, por qualquer título, transferidos para si para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida, claramente entra num terreno cujas fronteiras entre o facto ilícito e típico e a sua condição de terceiro são muito lassas[30]. Provar que não concorreu para a utilização ou produção dos instrumentos, produtos ou vantagens ou que não tenha obtido qualquer benefício do facto típico e ilícito é quase provar que nada teve que ver com o facto. Numa palavra, é quase provar que não é arguido. Ora, uma intervenção processual desta natureza é muito semelhante à de um arguido. É um "quase-arguido".

Porém, uma vez que o n.º 2 do art. 347.º-A manda aplicar o art. 145.º, n.º 3, do CPP, o terceiro não tem direito ao silêncio e tem o dever de dizer a verdade, sob pena de ser criminalmente responsabilizado. E aqui temos logo um problema de deficiente conformação recíproca entre o direito penal e o processo penal. É que tal responsabilização penal teria de ocorrer por força do art. 359.º, n.º 2, do CP, e todavia esta norma expressamente inclui o «assistente e as partes civis relativamente a declarações que prestarem em processo penal, bem como o arguido relativamente a declarações sobre a sua identidade», mas não este terceiro.

[30] No mesmo sentido, CRUZ BUCHO, «A transposição da diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais)», in Maria Raquel Ferreira *et. al.* (Coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, 1.ª edição, Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018, p. 237 («a fronteira entre a atuação por parte do terceiro e a sua responsabilidade criminal pode ser muito ténue»).

Mas mais relevante é que, não estar protegido pelo direito ao silêncio e ser obrigado a dizer a verdade, nada tem que ver com a condição de arguido. Por isso, a hipótese de se tratar de um "quase-arguido" perde força.

E há quem diga que melhor será uma aproximação às partes civis em jeito de um demandado civil[31]. À uma, pela inserção sistemática da norma – a seguir ao artigo 247.º que trata das partes civis[32]; à outra, pela aplicação «do disposto nos n.os 2 e 4 do art. 145.º e no n.º 3 do art. 345º», que se aplica às partes civis[33].

Equiparar a um demandado civil para fazer a demonstração de que é legítimo detentor implica necessariamente a constituição de advogado[34].

No entanto, é importante dizer que tais conclusões são alcançadas a partir do art. 347.º-A do CPP, sem que alguma outra norma se refira ao estatuto deste terceiro. O que nos remete para uma questão mais delicada: a da ausência de regulação processual desta intervenção. E nem mesmo o modo como este terceiro pode intervir em juízo é pacífico.

3. A ausência de regulação processual (adequada) para a perda de bens de terceiro

Basicamente o que consagra o art. 347.ºA do CPP é a garantia do exercício do direito de contraditório e a prestação de declarações. E, em termos processuais, acrescenta que isto pode ser feito «mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis».

Mas se o art. 111.º do CP determina que «a perda não tem lugar se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada», o terceiro deve esperar que o convoquem para prestar declarações ou pode e/ou deve tomar a iniciativa de requerer essa prestação? E em qualquer das hipóteses, quando? Deve a proposta de confisco ser feita na acusação, para o arguido e/ou o terceiro poderem contestar? Ou em qualquer outro momento, até que limite? E quem pode provocar a sua intervenção: o juiz, ou também o Ministério Público? E o assistente ou as partes civis, também podem? E o próprio terceiro, também pode? Se sim, a partir de quando e até quando?

Para além destas questões, há outras de não menor relevo que se devem colocar: tais declarações, com garantia do contraditório, devem ser feitas na audiência de julgamento, no processo penal em que se apura o facto típico e ilícito, ou num processo separado? A questão é relevante porque também pode haver perda de bens em caso de não condenação penal e tal perda pode incidir sobre bens de terceiro (art. 111.º, conjugado com os art.s 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5 do CP).

[31] Nesse sentido, MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 176. Na mesma direção, CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 235.

[32] CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 235.

[33] *Idem*, *ibidem*.

[34] No sentido de que o terceiro deveria fazer-se representar por advogado, veja-se CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 235 e s.

É certo que o próprio art. 347.º-A do CPP, no n.º 2, manda aplicar os artigos 145.º, n.os 2 e 3 (dever de verdade e responsabilidade penal pela violação deste dever e sujeição da prestação de declarações de terceiro ao regime de prestação da prova testemunhal) e 345.º, n.º 3, do CPP (possibilidade de mostrar ao terceiro documentos ou objetos relacionados com o tema da prova, bem como peças anteriores do processo, sem prejuízo do disposto nos artigos 356.º e 357.º, como se prevê para o arguido) ao terceiro. Normas que tanto o empurram para um regime próximo do que têm o assistente e as partes civis como o atiram para uma solução mais próxima do regime do arguido. Como também é verdade que no regime de perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, se prevê a aplicação do artigo 228.º do CPP em caso de necessidade de arresto dos bens e, por via deste, do artigo 372.º do Código de Processo Civil, para dedução de oposição (art. 10.º, n.º 4, da Lei 5/2002). Neste caso, não estará excluída a aplicação dos artigos 342.º e seguintes do Código de Processo Civil para dedução de embargos de terceiro, caso este não tenha sido notificado do arresto. E se é certo que estas normas respondem a algumas das questões que há pouco colocámos, estão muito longe de responder à maioria.

Para grande parte daquelas questões há um vazio legal. A norma do artigo 347.º-A do CPP não dá respostas adequadas. Claro que o art. 20.º da CRP determina o acesso ao direito e aos tribunais para defesa de direitos e interesses legalmente protegidos – como é o caso da demonstração da detenção legítima de bens; igualmente determina o direito à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade –, como em princípio deve ser assegurado a quem pode, pelas suas declarações, passar de "demandado civil" a arguido; como também prevê que todos têm direito a que uma causa em intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo – parecendo não ser suficiente que ao processo de perda de bens o terceiro vá apenas como um mero declarante, porque na verdade, além de poder passar a ser arguido, corre sério risco de perder o seu património. Em rigor e em concordância com Cura Mariano[35], «[u]ma vez que a perda de bens de terceiro vai afetar direitos patrimoniais do seu titular, o processo penal, em cumprimento do direito constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da Constituição, está obrigado a assegurar um efetivo direito de defesa do terceiro que possa ser atingido por aquela medida».

Ora, do que se trata é de uma lacuna legal, face ao art. 20.º da CRP, que teria de ser resolvida, como manda o art. 4.º do CPP, pelas disposições do Código de Processo Penal que sejam aplicáveis ou pelas de processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta, pelos princípios gerais do processo penal.

Por isso se aceita que, à míngua de soluções claras e previamente determinadas, se recorra aos artigos 76.º, n.º 2, do CPP (obrigatoriedade de se fazer representar por advogado), 78.º, n.os 1 e 2, do CPP (prazo para contestar e efeito não-cominatório da falta de contestação) e 79.º do CPP (formalidades e limitações quantitativas da prova)[36]. Estas normas que estão previstas para o arguido, não podem deixar de ser aplicadas

[35] MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 172.

[36] Como propõe MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 176 e s.

por via do art. 4.º do CPP ao terceiro que pretenda demonstrar em tribunal que é legítimo detentor de bens sujeitos a confisco.

Mesmo assim, continua a não haver resposta para questões fundamentais como, por exemplo, a de saber se o Ministério Público deve requerer o confisco na acusação e, nesse caso, o terceiro ser notificado para contestar ou se pode fazê-lo mais tarde, e até quando. Não nos choca que possam ocorrer ambas as situações. Se o Ministério Público já sabe da existência dos bens e entende que pode haver lugar à perda, naturalmente que o pode formular na acusação, devendo o terceiro ser notificado da mesma para contestar[37]. Mas também pode suceder que esses bens só venham a ser revelados na audiência de julgamento. E neste caso, nada impede – porque não se trata de questão penal, que pudesse constituir uma alteração dos factos – que o requeira nesse momento, devendo o terceiro ser notificado dessa situação para exercer o direito previsto no artigo 347.º-A do CPP.

Como também nos parece aceitável que, independentemente de o Ministério Público ter tomado posição na acusação, o juiz sempre pode notificar o terceiro para ser ouvido, para constituir mandatário, para apresentar contestação[38], para apresentar e produzir prova, para exercer o contraditório, para ser ouvido e participar no julgamento quanto à matéria relacionada com os bens e até para apresentar alegações através de advogado[39]. Isto, apesar de o art. 347.º-A do CPP, com a expressão «a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis», parecer limitar a iniciativa processual a estes sujeitos e ao terceiro. Mas uma coisa é saber quem pode solicitar a intervenção do terceiro, outra coia é saber o que pode o juiz fazer, uma vez provada essa intervenção. E tudo isto parece aceitável, embora nada disto esteja expressamente previsto para o terceiro em caso de perda de bens[40].

III. A perda de bens em casos de não condenação penal

1. A previsão legal e a *ratio* da medida

Os artigos 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5, do CP preveem a perda de bens em situações de não condenação penal[41], «incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha ido declarado contumaz».

[37] Hipótese defendida por CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 232. Igualmente proposta por MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 175, para quem essa obrigação deveria estar prevista («o ideal seria a obrigatoriedade de dedução dessa pretensão pelo Ministério Público na acusação»).

[38] Nesse sentido, CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 232.

[39] Em idêntico sentido, MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 175.

[40] Como explica MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro...», cit., p. 175, «[p]roblema é que o exercício destes direitos, com exceção do direito de audição, não se encontra especificamente regulado, o que exige uma intervenção urgente do legislador nesse sentido e, até lá, um exercício hábil de integração e adaptação das regras processuais existentes por parte do julgador».

[41] Sobre a perda de bens em caso de não condenação, veja-se, entre outros, CONDE CORREIA, João, «Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia», in Maria Raquel Ferreira *et. al.* (Coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, 1.ª edição, Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018, p. 341 e ss., sobretudo no que se refere ao futuro desta hipótese. Um texto reflexivo muito oportuno e interessante.

Note-se que o artigo 7.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, por se não tratar de uma perda relacionada com um determinado facto típico e ilícito, mas pressupor uma condenação do catálogo do art. 1.º daquela Lei, sem que o património incongruente deva ter alguma relação com essa condenação, ou seja, o património incongruente não tem de ter relação direta com um determinado facto típico e ilícito, acaba por ser de algum modo, em *sentido amplo*, um caso de perda sem condenação penal (perda alargada). Só que, nos casos da Lei 5/2002, o confisco pressupõe uma *condenação* (por crime do catálogo); ao passo que nos casos do Código Penal, pode haver perda de bens mesmo que não tenha havido condenação penal[42]. É esta diferença que importa agora ter em conta. Por isso, vamos tomar como referência os casos em que, havendo um processo penal, se venha a decretar a perda de bens sem que chegue a ocorrer a condenação penal pelo facto típico e ilícito que deu causa ao processo, como está previsto no Código Penal (artigos 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5, do CP). Naturalmente que também podemos encontrar este tipo de perda de bens em outra legislação extravagante, como é o caso do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de junho (legislação de combate à droga), que no art. 35.º prevê uma situação de perda de bens em caso de não condenação. E o que aqui vamos dizer para os casos do Código Penal, vale *mutatis mutandis* para esta situação prevista em lei avulsa.

Para além dos motivos previstos nos artigos 109.º e 110.º do CP – morte e contumácia do agente –, é possível conceber outras hipóteses que justifiquem o confisco de bens em caso de não condenação. Por exemplo, pode suceder devido a amnistia, prescrição do procedimento criminal, aplicação de imunidades e até de causas de exclusão da culpa (uma vez que a exigência prevista na lei é a da ocorrência de um facto típico e ilícito; o que significa que podemos ter esse facto típico e ilícito, mas não ter condenação penal, se tiver operado uma causa de exclusão da culpa). Mas já não, por exemplo, quando ocorre uma descriminalização, uma vez que, neste caso, o facto deixa de ser típico e ilícito.

Faz sentido a previsão de confisco sem condenação penal[43], se considerarmos que a perda de bens não é uma condenação penal[44], não é uma sanção acessória –

[42] Reconhecemos, contudo, que há certas diferenças que são de assinalar. Uma, para além das que já apontámos no ponto II. 1., tem que ver com a necessidade de uma condenação num caso (de perda alargada), sem o que o confisco de bens não pode ser decretado – como explica DAMIÃO DA CUNHA, «Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º sa Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)», in CEJ (Org.) *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 157, «para aplicar a sanção aqui descrita [o confisco de bens], é pressuposta uma condenação, é necessário que o tribunal logre uma convicção da culpabilidade do arguido», quanto ao crime do catálogo do art. 1.º –, ao passo que nas situações do Código Penal a perda de bens é possível em casos de não condenação penal. Logo, mesmo que não haja audiência para a questão penal, isso não impede que se prossiga com a audiência para efeitos de perda de bens.

[43] Para uma visão histórica e dos modelos existentes sobre o confisco em caso de não condenação penal, veja-se BLANCO CORDERO, «Recuperación de activos...», cit., p. 346 e ss.

[44] Mas também não parece que seja «uma medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime». No fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal», como propõe DAMIÃO DA CUNHA, «Perda de bens...», cit., p. 134. Mesmo que o Autor se refira, neste caso, ao confisco previsto na Lei 5/2002, e admitindo que de facto a perda de bens ali não tem qualquer relação direta com o crime pelo qual o arguido tenha sido condenado, a verdade é que, tomando de

embora o art. 8.º do DL n.º 28/84 de 20 de janeiro a preveja como sanção acessória – não é um efeito da condenação[45], não é uma medida de segurança[46]. Será uma medida (providência) sancionatória análoga à medida de segurança[47], por em causa estarem bens perigosos e por se pretender prevenir a prática de futuros factos, desmotivando idênticas condutas[48], mas estará claramente vocacionada à restituição de bens ou à recuperação de ativos[49]. Portanto, não será exagerado dizer que se trata de uma consequência jurídica do facto mas de natureza civil[50]. Ora, se assim é, pode ocorrer mesmo que não haja condenação penal pelo facto.

2. Implicações processuais da perda de bens em caso de não condenação

Aqui também a previsão jurídico-penal não foi acompanhada de uma adequada regulamentação processual. Como foi concluído no Colóquio do Ministério Público

empréstimo as palavras de SILVA DIAS, «Criminalidade organizada», cit., p. 39, o confisco de bens «cumpre finalidades político-criminais idênticas à da perda de bens e vantagens relacionados com a prática do crime: reforçar na consciência colectiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o património obtido de forma criminosa organizada seja utilizado para cometer novos crimes ou para ser "investido" na economia legal». Perante isto, não atribuir carácter penal a esta medida é, pelo menos, desconsiderar os propósitos que lhe subjazem, que são claramente penais.

[45] SILVA DIAS, «Criminalidade organizada...», cit., p. 39 e s., relativamente ao confisco previsto na Lei 5/2002, considera que se trata de um efeito da pena e não de uma reação análoga à da medida de segurança, sendo por isso inaplicável em caso de absolvição do arguido, por exemplo. Igualmente considera que não se trata de uma medida não penal, de natureza administrativa, contrariamente ao que sustenta Damião da Cunha.

[46] Sobre várias posições em relação à definição e à caracterização da perda de bens, veja-se RODRIGUES, «O confisco das vantagens...», cit., p. 46 e s.

[47] Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 628, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 452.

[48] Neste duplo sentido, da perigosidade, para os casos de perda de instrumentos e, no caso da perda de vantagens, a ideia de que "o crime não compensa", vai DIAS, Maria do Carmo Silva, «"Perda alargada"...», cit., p. 91. Interessante é a ligação que BLANCO CORDERO, «Recuperación de activos...», cit., p. 340 e s., estabelece entre a necessidade de se «remediar um estado patrimonial ilícito» e a finalidade preventiva geral, uma vez que se visa «reduzir a comissão de crimes que suponha a obtenção de ganhos». Neste sentido, complementa a função da pena.

[49] No sentido de que a declaração de perda de vantagens visa repor o *status quo* anterior à prática do facto ilícito ou de uma mera restituição ou ainda de uma recuperação de ativos, vai RODRIGUES, Hélio, «O confisco das vantagens...», cit., p. 51.

[50] Como o faz RODRIGUES, Hélio, «O confisco das vantagens...», cit., p. 54. É muito interessante a este respeito o texto de VOGEL, Joachim «The legal construction that property can do harm. Reflection on the rationality and legitimacy of "civil" forfeiture», in Jon Petter Rui, Ulrich Sieber (eds.), *Non-Conviction-based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*, 1ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 225 e ss., que nos dá conta de que, por exemplo, nas «non-conviction-based forfeiture on the notion that forfeitable property can do (or can be used to do) (criminal) harm, so that the harm principle – and not the principle of culpability – might legitimize such forfeitures», o que claramente atira este tipo de confisco para uma consequência jurídica do facto de natureza civil, onde o que vem a prevalecer é o dano provocado pelo facto ilícito e típico e não a culpa por este facto.

de 8 de novembro de 2017, «a transposição da Diretiva 2014/42/UE não foi acompanhada das normas processuais adequadas ao bom funcionamento prático do mecanismo de confisco não baseado em condenação».

Questões várias podem ser colocadas: por exemplo, de quem deve ser o impulso processual para prosseguir o processo de perda de bens, uma vez verificado que não há condenação penal? Tem de haver audiência para a declaração de perda? Se o processo penal se encontrar em fase de julgamento, qual o tribunal competente: o do processo principal, em que não há condenação penal, ou outro? E quando há separação de processos, em casos de contumácia, a perda tem de ser decretada num processo separado ou pode ser no processo principal (penal) que continua a correr?

Para estas questões não existem respostas na legislação processual penal. Isso não obsta a que se não reconheça como certeiras algumas hipóteses de resposta. Por exemplo, que o impulso processual pode ser do Ministério Público (e até do assistente ou das partes civis) e que o juiz não está impedido de decretar a perda oficiosamente, depois de ouvidos os sujeitos processuais, garantindo-se assim o princípio do contraditório)[51] é algo que, embora não esteja previsto na lei, pode aceitar-se com realismo. Se assim não fosse, como poderia ser? E por que razão?

Também parece aceitável que se considere discutível ter de haver audiência, embora tenha de haver sempre audição dos interessados (do ex-arguido ou de terceiro)[52]; mas já será igualmente de seguir a ideia segundo a qual, havendo audiência de julgamento da questão penal, onde se declara a não condenação, se aproveite essa audiência para decretar a perda (isso, de resto, tem paralelo com a indeminização civil quando o procedimento criminal se extingue ou quando há prescrição ou amnistia)[53]. Também parece aceitável que o tribunal competente deva ser o que realizaria o julgamento da questão penal se esta tivesse lugar[54]. Como não oferece dúvidas que,

[51] Quanto à possibilidade de o juiz a decretar, ouvidos os sujeitos processuais, vai CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 251, considerando todavia (p. 250) que «a melhor solução seria, naturalmente, sujeitar o prosseguimento do processo a requerimento do Ministério Público, que logo selecionaria os meios de prova».

[52] Evidentemente que se o processo já se encontra em fase de julgamento, quando se verifica que não há lugar à condenação penal, como explica CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 250, «o prosseguimento do processo para efeitos da declaração de perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado, implica necessariamente a realização de uma audiência de julgamento». Mas teria de ser assim se ainda não se tivesse atingido a fase de julgamento? Relativamente a terceiros, pelo menos, isso pode não ser assim, como explica CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 233, com exemplos de situações em que a audição possa ter decorrido antes ainda da audiência de julgamento.

[53] Estando em fase de julgamento, não faz sentido que a declaração de perda ocorra por mero despacho. Concordamos pois com CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 250. E, por isso, realizar a audiência de julgamento no processo em curso (penal), ainda que não haja lugar a condenação penal, é a solução mais acertada. Aliás, mesmo nos casos de condenação penal, como explica SILVA DIAS, «Criminalidade organizada...», cit., p. 41, referindo-se ao confisco alargado da Lei 5/2002, mas que vale neste particular para os casos do Código Penal, «é preferível que o confisco seja objeto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretado na sentença condenatória». Naturalmente que se a condenação penal não ocorrer, isso não impede que se prossiga com a audiência para decretar a perda de bens.

[54] Nesse sentido, uma vez mais, CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 251.

em caso de separação de processos por contumácia de um dos arguidos, isso não obste a que a perda seja decretada no processo principal, evitando-se assim uma audiência apenas para esse fim[55]. Como será igualmente de aceitar que, havendo cessação da contumácia, se a perda não tiver sido decretada, pode ser no processo retomado, sem que isso signifique que, em caso contrário – de perda já decretada –, se tenha de repetir o processo por perda[56]. A perda, uma vez decretada, está consumada e é legal. O problema que se poderá colocar é o de contradição entre o que terá sido provado no processo de perda e no processo que analisa a questão penal. Não estando excluída a hipótese de recurso ordinário se ainda não tiver havido trânsito em julgado, já nos parece mais discutível a hipótese de revisão de sentença se atendermos aos pressupostos do artigo 449, n.º 1, al. c), do CPP[57].

Seja como for, há claramente aqui várias questões de natureza processual que podem obter resposta doutrinal e jurisprudencial, mas que não encontram suporte inequívoco na lei. Há um vazio legal. E, por isso, não existem garantias de que uma decisão fundada numa daquelas hipóteses antes avançadas, sendo sujeita a recurso, não venha a obter vencimento.

Tudo porque o legislador ainda não tratou convenientemente a matéria processual. Há uma certa desarticulação entre as normas jurídico-penais e as normas processuais penais. Estas não estão previstas ou estão de modo insuficiente, dando origem a um vazio legal que na prática limitará a concretização daquelas.

Faltou aqui fazer jus à relação de mútua complementaridade funcional e de recíproca conformação na conceção normativa que deve existir entre o direito penal e o direito processual penal; embora isso não impeça de todo que tal relação se manifeste em sede de resolução casuística (com os riscos inerentes, naturalmente).

Conclusão

Que o processo penal seja instrumento de viabilização do direito penal, com vista à concreta realização da justiça penal, é algo que não oferece dúvidas. Que essa condição não retira ao direito processual penal uma certa autonomia de sentido, afirmada tanto pelos propósitos constitucionais que deve realizar e que se manifestam nas suas finalidades típicas, como nos espaços próprios de conformação das decisões dos problemas penais, é outra ideia que nos parece amplamente reconhecida. Que entre o direito penal e o direito processual penal existe uma relação de mútua complementaridade e de recíproca conformação normativa, é igualmente e em geral pacífico. Que tudo isto deve convergir para que não se regule matérias no direito penal sem um adequado tratamento processual, sob pena de se criar uma situação de disrupção

[55] Como explica CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 252, «[q]uando o legislador refere que a declaração de contumácia não impede o prosseguimento do processo, limita-se a possibilitar que haja lugar ao prosseguimento do processo, mas não exclui que o juiz entenda preferível que a questão do confisco seja apreciada conjuntamente com a questão principal».

[56] Nesse sentido, e sem riscos de violação do princípio "ne bi in idem", vai CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 237.

[57] Sobre este assunto, com mais detalhe, CRUZ BUCHO, «A transposição...», cit., p. 258 e s.

entre as normas substantivas e as normas adjetivas, é por sobre tudo uma exigência de natureza constitucional.

Tudo visto, há situações que carecem de uma intervenção urgente do legislador para não se deixar à jurisprudência a tarefa de integrar à saciedade, sob pena de as suas soluções serem postas em crise em sede de recurso ou, o que seria pior, nem sequer poderem ser questionadas em recurso, apesar de manifestamente injustas e contraditórias.

Um exemplo deste risco – entre outros, como seria o da regulamentação das normas processuais em matéria de pessoas coletivas – é o da regulação processual das situações de perda de bens de terceiros e em casos de não condenação penal. À uma, as normas processuais criadas para o efeito são manifestamente insuficientes – como é o caso do artigo 347.º-A do CPP; à outra, algumas questões que as normas penais podem suscitar nem sequer encontram regulamentação processual.

O Código de Processo Penal, por força das alterações introduzidas no direito penal, acaba assim por conter uma espécie de "buracos negros" que acabam por tudo absorver com todos os riscos que isso pode implicar em termos de certeza jurídica e, sobretudo, de justiça material.

A ESTRUTURA ACUSATÓRIA COMO GARANTIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

Mauro Fonseca Andrade[*]
Rodrigo da Silva Brandalise[**/***]

SUMÁRIO: Introdução; I. Um intento de concreção sistêmica para o processo penal brasileiro; II. A estrutura acusatória na Constituição portuguesa; III. A estrutura acusatória infraconstitucional: o Código Processual Penal lusitano; 1. A estrutura acusatória legislada; a) O Ministério Público no processo penal português; b) O juiz de instrução, o controle do exercício da acusação e os papeis do arguido e do assistente como legitimados ativos do controle externo; c) O papel do juiz na questão probatória: o princípio da investigação na estrutura acusatória portuguesa; 2. O Código de Processo Penal sob o olhar da doutrina; Conclusão.

Introdução

O impacto promovido pela Lei nº 13.964, de 2019, junto aos meios acadêmico e jornalístico, pode ser definido como sem precedentes na história atual do direito processual penal brasileiro. Muito se deve, como se sabe, às fortes discussões em torno da correção ou erro na implantação da figura conhecida como *juiz das garantias*.

Um dos pontos daquela lei, no entanto, que não tem recebido tanta atenção por parte da imprensa e doutrina, é a inserção legislativa de uma expressão, até então, pouco tratada pela academia brasileira. Referimo-nos à *estrutura acusatória*, agora presente em nosso Código de Processo Penal, por força da redação dada ao novel artigo 3º-A.

A sua origem remonta ao direito português, tendo essa expressão aportado no Brasil pelas mãos da comissão de juristas autora do Anteprojeto de novo Código de Processo Penal, logo convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Ainda assim, o meio acadêmico carece de um estudo sobre o que significa *estrutura acusatória*, tendo em vista que, ao que tudo indica, fortes e de longo período serão os debates e embates jurídicos voltados a delimitar seu conteúdo em solo brasileiro.

[*] Pós-Doutor em Direito Processual (Unisinos). Doutor em Direito Processual Penal (Universitat de Barcelona/Espanha). Professor Ajunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça/RS.

[**] Doutorando em Direito Processual Penal (Universidade de Lisboa/Portugal). Mestre em Direito Processual Penal (Universidade de Lisboa/Portugal). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Promotor de Justiça/RS.

[***] O presente texto não utilizará o Novo Acordo Ortográfico por opção dos autores.

É por essa razão que a presente pesquisa voltar-se-á a identificar os motivos pelos quais o legislador entendeu conveniente ou necessária a definição do molde estrutural do processo penal brasileiro, bem como ver se é possível encontrar um ponto de partida para o entendimento do que seja essa *estrutura acusatória* no país em que tal expressão foi utilizada por vez primeira. Esse *ponto de partida* focar-se-á na exposição e análise da Constituição da República Portuguesa e do seu Código de Processo Penal, de modo a nos permitir conhecer, sob o olhar lusitano, o seu entendimento sobre a – já polêmica – *estrutura acusatória*.

I. Um intento de concreção sistêmica para o processo penal brasileiro

Embora a discussão em torno do conceito de sistema acusatório, até hoje ferrenha, movimente fortemente a doutrina, vê-se que o artigo 3º-A (recentemente inserido no Código de Processo Penal [CPP] brasileiro, por força da Lei nº 13.964/2019) não se propôs a defini-lo. O que se fez foi deixar patente que a *estrutura* de um sistema acusatório seria adotada pelo direito processual penal brasileiro. Ou seja, o legislador não fez coro a outros tantos autores que apresentaram suas versões sobre o que seria a essência acusatória, em razão de eles não haverem chegado, por óbvio, a um consenso[1].

Se não houve uma proposta de definição, está claro que houve um intento de adesão, embora o legislador não tenha se valido da palavra *sistema*, mas sim da palavra *estrutura*.

Quanto à expressão *estrutura acusatória*, ela não é novidade no meio legislativo brasileiro. Em 2009, ela foi apresentada no Anteprojeto de novo CPP, logo convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, mais conhecido como *projeto de novo Código de Processo Penal*[2], e permanecido presente na Câmara dos Deputados, tendo aquela proposta legislativa recebido a designação de Projeto de Lei nº 8.045, de 2010[3], onde segue com uma tramitação que ainda está em andamento.

Entendendo ser oportuno o momento para antecipar alguns institutos presentes no projeto de novo CPP, o Poder Legislativo brasileiro fez vir à luz a Lei nº 13.964, de 2019, na qual a *estrutura acusatória* – com um texto similar ao proposto no artigo 4º do Projeto de Lei nº 156, de 2009 – aparece no artigo 3º-A do código de base na

[1] Nesse sentido, recomendamos a leitura da pesquisa realizada por Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Atividade Probatória Complementar do Juiz como Ampliação da Efetividade do Contraditório e da Ampla Defesa no Novo Processo Penal Brasileiro*. Tese doutoral defendida em 17 de agosto de 2015 junto à Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/41025>. Acesso em 28 dez. 2020), quando aponta a dificuldade em se definir o que seria o sistema acusatório, e a multiplicidade de tentativas de sua definição, não só no Brasil, mas também em países de maior tradição jurídica, como é o caso da Itália. Em relação ao Brasil, o autor aponta quase duas dezenas de propostas de definição daquele sistema.

[2] BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em 27 dez. 2020.

[3] BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 27 dez. 2020.

esfera processual penal[4]. Portanto, a questão que se busca conhecer é: qual motivo levou o legislador a estar tão convicto de que a *estrutura acusatória* deveria não só estar presente – de modo expresso – na principal legislação processual penal brasileira, mas também ter sua inserção antecipada no cenário nacional, a ponto de não aguardar a finalização de um projeto de novo CPP que já completou seus 10 anos de tramitação no Congresso Nacional?

Para responder a essa pergunta, será necessário remontarmos ao período anterior a 2008, e trocarmos a palavra *estrutura* – até então não utilizada pela doutrina e jurisprudência – pela palavra *sistema*, de trânsito mais frequente, seja no Brasil, seja no direito estrangeiro. A partir disso, o cenário ficará bem mais límpido.

No âmbito doutrinário, é possível encontrar quem sustentasse – antes mesmo da notícia de criação de uma comissão para a redação do anteprojeto de CPP – a necessidade de o legislador definir, no texto constitucional, qual o sistema processual penal adotado no Brasil, a exemplo do caminho trilhado em Portugal. Como argumento, invocou-se a diversidade de posições doutrinárias sobre qual sistema estaria em vigor em nosso país, e o fato de o Supremo Tribunal Federal apresentar contradições em seus julgados sobre este mesmo tema. Isso porque, ao passo que a mais alta Corte brasileira houvesse manifestado, várias vezes, que o sistema processual seria o acusatório, teria ela aposto a chancela de constitucionalidade às investigações criminais presididas pelo próprio Poder Judiciário, mesmo dita investigação estando claramente desvinculada daquele sistema[5]-[6]. Em suma, a proposta de definição sistêmica teve, por intenção, dar fim à discordância doutrinária e contradição jurisprudencial quanto ao tipo de sistema processual penal em vigor no Brasil.

Por sua vez, quando dos debates realizados pela comissão de juristas encarregada de apresentar o anteprojeto de novo CPP, coube ao, então, Senador Renato Casagrande

[4] Artigo 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

[5] ANDRADE, Mauro Fonseca, *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 461-463.

[6] Posteriormente à notícia de criação de uma comissão de juristas para a redação de anteprojeto de Código de Processo Penal, este mesmo autor voltou a sustentar a necessidade de definição sistêmica do processo penal brasileiro, ainda que no seio daquela codificação. Nesse sentido, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca, "Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal", *Revista do Ministério Púbico do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 61, (2008) (p. 113-131), p. 116-119. Recentemente, ninguém menos que o próprio Supremo Tribunal Federal deu razão a essa linha doutrinária, com a instauração, de ofício por parte da presidência daquela Corte, do Inquérito nº 4.781, cuja condução ficou a cargo do Ministro Alexandre de Moraes. Assim se diz, porque as investigações criminais judiciais não encontram guarida no sistema acusatório, mas sim junto aos sistemas inquisitivo e misto. No caso em apreço, tem-se o mais claro exemplo de juizado de instrução, por ser uma investigação criminal conduzida por magistrado, sendo ele responsável não só pela investigação em si, mas também pelas decisões a serem tomadas na fase de apuração, mediante provocação ou, até mesmo, de ofício. Bem representando essa realidade, os jornalistas Felipe Recondo e Luiz Weber narraram a visão do Ministro Dias Toffoli sobre aquele inquérito. Disseram eles: "O tribunal ignorava as objeções da imprensa. Toffoli dava mais atenção às críticas daqueles que o circundavam e, sempre que tinha oportunidade, defendia sua decisão. 'Tem que dar porrada. Nós só estamos apanhando, justificou a um amigo na festa de aniversário do ministro Barroso. E acrescentou, irônico: 'E o delegado que eu arranjei?', numa referência ao 'delegado Alexandre de Moraes'" (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz, *Os Onze. O STF, seus bastidores e suas crises*, São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 25).

fazer menção, por vez primeira, à necessidade de uma "estrutura típica do modelo acusatório"[7], designação que se tornou, dali em diante, unanimidade entre todos os seus membros. E, mais uma vez, a experiência portuguesa foi mencionada diversas vezes durante os debates realizados pela comissão de juristas encarregada de apresentar um anteprojeto de nova codificação processual penal brasileira[8].

Sendo esse o caminho percorrido para a inserção da expressão *estrutura acusatória* em sua codificação processual penal de base, e antes de o meio acadêmico discutir o que ela representaria para os padrões brasileiros, parece-nos necessário compreender o seu significado para a realidade portuguesa, pois de lá foi buscada junto ao direito constitucional e direito processual penal lusitanos.

II. A estrutura acusatória na Constituição portuguesa

Quando se quer analisar o processo penal português, é preciso ter presente que a atual Constituição da República Portuguesa (1976) foi consequência da Revolução de 25 de abril de 1974, conhecida mundialmente como *Revolução dos Cravos*[9]. Ela é, portanto, uma viragem política de grande relevância em Portugal, que vinha de um regime totalitário, e passou a estabelecer-se como um Estado Democrático de Direito, também velando pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos[10].

Com essa base estabelecida, calha dizer que o constituinte lusitano trouxe, no artigo 32º da Constituição – mais especificamente em sua Parte I, que trata dos *Direitos e Deveres Fundamentais* –, as garantias do processo *criminal*. Naquele artigo, ficou estabelecido, em seu apartado nº 5, a linha mestra do processo criminal português, ao exigir sua submissão a uma *estrutura acusatória*. Em sua literalidade, ele assim está redigido: "O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório".

A exemplo do que ocorreu no direito brasileiro com a reforma processual penal de 2019, o legislador português não se ocupou em definir ou apresentar um critério

[7] BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal – Suplemento*. Brasília, Junho de 2009. Quinta-feira, 18. p. 1-1104. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/2301?sequencia=1>. Acesso em 27 dez. 2020**.**

[8] BRASIL, Senado Federal, *Diário do Senado Federal – Suplemento*, cit..

[9] Sobre a Revolução dos Cravos, sugere-se: MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes, "A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa". *Estudos Históricos*, nº 61, vol. 30 (2017) (p. 465-478).

[10] O próprio Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa marca a ruptura política havida naquele momento histórico, consoante segue: "A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático (...)".

de interpretação que auxiliasse o operador do Direito a saber em que consistiria a *estrutura acusatória*[11]. Essa omissão legislativa apresentou reflexos negativos muito palpáveis no meio doutrinário, a ponto de ela ser considerada como fazendo parte um grupo de "conceitos relativamente indeterminados" presentes na Constituição lusitana[12].

Cabe-nos agora, portanto, ver como a doutrina portuguesa compreende o significado dessa expressão – estrutura acusatória –, a partir da realidade constitucional que lá se encontra materializada.

Dito isso, o histórico referente à inserção daquela expressão na Constituição portuguesa de 1976 passa, sem sombra de dúvidas, pela figura de Jorge de Figueiredo Dias. Já em 1974, na mais clássica de suas obras, ele abre um capítulo próprio para se dedicar aos *sujeitos processuais*, e, lá, abordar o que, de modo inovador, chamou de *estrutura fundamental* ou *íntima* de um processo penal.

Ao longo de sua exposição, fica claro que o autor equivale a palavra *estrutura* ao instituto *sistema processual penal*. E, em dado momento, veio à luz a expressão da qual nos ocupamos: falou ele em *estrutura autenticamente acusatória*[13]. Assim, sem grandes dificuldades, vemos que a *estrutura acusatória*, inserida na Constituição de 1976, nasceu sob o significado de *sistema acusatório*, propondo, em razão disso, uma redefinição dos papeis a serem atribuídos aos sujeitos processuais *acusador*, *juiz* e *acusado*. Entretanto, a fidelidade à genealogia da expressão não se fez presente em boa parte dos autores que se dedicaram à sua interpretação, após ela ser incorporada ao texto constitucional.

Um primeiro desvio daquela rota originária pode ser encontrado na doutrina eminentemente constitucionalista de Canotilho e Moreira, que equivalem a *estrutura acusatória* ao *princípio acusatório*. Segundo esses autores, o princípio acusatório "significa que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento"[14]. E, no que consideram ser a "densificação semântica da estrutura acusatória", os autores apregoam haver uma *dimensão material* (correspondente às fases do processo, mais especificamente, entre as fases de instrução[15], acusação e julgamento) e uma *dimensão orgânico-subjetiva* (que exigiria uma diferenciação entre o juiz de instrução, o juiz encarregado do julgamento e o acusador) (ob. cit., p. 522)[16]. Assim, o princípio acusatório representaria não só a efetiva separação de funções entre os sujeitos do processo, senão também a materialização dessa separação ao logo das fases deste mesmo processo.

[11] BARREIROS, José António, "A Nova Constituição Processual Penal", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, vol. 2, (1998) (p. 425-448), p. 429.

[12] BARREIROS, "A Nova Constituição Processual Penal", cit., p. 432.

[13] FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal*, 1. ed., (1974), Coimbra: Coimbra, 2007, p. 269.

[14] CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2007, p. 522.

[15] Importante referir que, como se verá mais adiante, a fase de instrução, para o direito processual penal português, destina-se à avaliação judicial quanto ao recebimento da acusação ou à negativa do Ministério Público em acusar, desde que haja provocação do magistrado (juiz instrutor).

[16] CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 522.

Já, sob o ponto de vista da doutrina processualista penal – embora incidente sobre a redação constitucional –, a variação de entendimentos é muito mais significativa.

Em texto clássico, publicado logo após a entrada em vigor da Constituição portuguesa, Rui Pinheiro e Arthur Maurício afirmaram que a estrutura acusatória do processo penal estaria ligada, em verdade, ao melhor exercício do direito de defesa do sujeito passivo da persecução penal[17]. A partir dessa concepção, haveria a necessidade de observância aos princípios da oralidade, publicidade e contraditório durante toda a fase de julgamento, ao passo que a acusação (ação penal condenatória) equivaler-se-ia à ação civil, e daria início, assim, ao processo penal de cunho condenatório (ob. cit., p. 51)[18]. Por fim, também vinculam aquela expressão à necessidade de separação entre as figuras do juiz instrutor, acusador público e juiz julgador, agregando que essa separação somente se tornou efetiva com o reconhecimento constitucional da autonomia do Ministério Público, em razão de haver acabado "a possibilidade de razões políticas determinarem a perseguição criminal"[19].

Em igual momento histórico, José António Barreiros equivaleu a *estrutura acusatória* ao *sistema acusatório*. Mesmo assim, como consequência de haver reconhecido que estaríamos diante de um conceito relativamente indeterminado, esse autor[20] também admitiu a dificuldade em definir o que seria esse *sistema acusatório*, podendo haver, nas suas palavras, "variadas estruturas processuais penais, desde que todas mereçam o qualificativo de acusatórias"[21]. Por isso, ele remeteu a caracterização da estrutura ou sistema acusatório à regulamentação que o processo penal de um país merecer por parte do legislador infraconstitucional, ou seja, à sua codificação nessa matéria[22].

Atendo-se ao orgânico-subjetivo – tal como exposto por Canotilho e Moreira –, o entendimento de Maria João Antunes é mais restritivo que os autores constitucionalistas, a ponto de se satisfazer com uma imparcialidade judicial formada a partir da só separação entre o sujeito encarregado de investigar e acusar (Ministério Público) do sujeito encarregado de julgar. No entanto, para que haja uma melhor qualificação da decisão final do processo, essa autora também trabalha com a necessidade de a estrutura acusatória exigir a presença do sujeito passivo da persecução penal (o arguido)[23], e representar a incidência dos princípios do contraditório, imediação e oralidade[24].

---

[17] PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur, *A Constituição e o Processo Penal*, 1. ed. (1976), Coimbra: Coimbra, 2007, p. 25.

[18] PINHEIRO/MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, cit., p. 51.

[19] PINHEIRO/MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, cit., p. 68-70.

[20] BARREIROS, "A Nova Constituição Processual Penal", cit., p. 432.

[21] BARREIROS, "A Nova Constituição Processual Penal", cit., p. 434.

[22] E arremata o autor: "Não há, assim, um conceito aprioristicamente fundado de estrutura acusatória – a que os concretos ordenamentos processuais penais se tenham de sujeitar – mas uma filosofia de máxima acusatoriedade possível que só após a análise especificada de cada ordenamento processual penal se poderá delinear concretamente no que à sua caracterização fundamental respeita" (cit., p. 435).

[23] ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal,* Coimbra: Almedina, 2016, p. 21.

[24] ANTUNES, Maria João, "Direito ao Silêncio e Leitura em Audiência de Declarações do Arguido", *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 4, (1992) (p. 25-26), p. 25.

Ao que se observa, pois, do retrato acima apresentado pela doutrina lusitana que se debruçou sobre o texto constitucional, não há, sequer, um indicativo de unanimidade quanto ao conceito, efeitos ou delimitação do que vem a compor a expressão *estrutura acusatória*. Abre-se espaço, com isso, à análise da codificação processual penal e da opinião doutrinária que se ateve à forma como restou regulamentada essa expressão.

III. A estrutura acusatória infraconstitucional: o Código Processual Penal lusitano

Passada uma década da nova Constituição da República, o legislador português finalmente se deparou com o momento adequado e maduro para a revisão integral de seu CPP, que deveria obedecer à diretriz da *estrutura acusatória*, ou, como prefeririam alguns autores, do "princípio da estrutura acusatória do processo penal"[25] ou do "princípio da máxima acusatoriedade possível"[26].

Em atenção ao comando constitucional, a Assembleia da República aprovou a Lei nº 43/86 (em 5 de setembro daquele ano), que, após sua promulgação pelo Presidente da República (à época, Mário Soares) e referendada pelo Primeiro Ministro (à época, Eurico Silva Teixeira de Melo), foi publicada em 26 de setembro de 1986, autorizando o Governo a construir e aprovar um novo CPP, revogando aquele em vigor desde 1929 (Decreto-Lei nº 16.489, de 15.02.1929)[27]. No entanto, diferentemente do que ocorreu no Brasil[28], essa autorização não representou um *cheque em branco* ao legislador reformista, pois a Lei nº 43/86 elencou um rol com 81 comandos que deveriam estar presentes na nova legislação processual penal lusitana.

Já em seu início, o comando nº 4 indicou a necessidade de "Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial")[29/30]. E, referindo-se à legitimidade acusatória, diretamente ligada à definição

[25] ONETO, Isabel, "As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, nº 2, vol. 2 (2013) (p. 165-180), p. 171.

[26] JACINTO, F. Teodósio, "O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito", *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 118, (2009) (p. 5-44), p. 14.

[27] PORTUGAL. Lei nº 43/86. Diário da República, I Série, número 222, Sexta-feira 26 de Setembro de 1986, p. 2731-2737.

[28] Referimo-nos, pois, ao fato de o Senado Federal haver nomeado uma comissão de juristas para a redação do Anteprojeto de novo CPP, sem que houvesse emitido qualquer diretriz orientadora sobre os temas centrais que deveriam nele se fazer presentes.

[29] PORTUGAL. Lei nº 43/86. Diário da República, cit., p. 2732.

[30] A opção portuguesa, em traçar as diretrizes básicas a serem observadas pelo legislador, foi adotada, de modo idêntico, pelo legislador italiano. Referimo-nos, pois, à Lei nº 81, de 16 de fevereiro de 1987. Sendo mais explícito que o legislador lusitano, a orientação dada por seu equivalente italiano foi de adoção do sistema acusatório, além de haver elencado 105 critérios que delineariam tal sistema. No artigo 2º, apartado 1, daquela lei, lê-se: "1. Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: (...)". (ITÁLIA. Legge 16 Febbraio 1987, nº

sistêmica do processo penal, seu comando nº 7 foi taxativo: "Fixação da competência exclusiva do Ministério Público para promover o processo penal, ressalvado o regime dos crimes semipúblicos e particulares"[31].

Finalizados os trabalhos de redação do novo CPP, revogou-se o anterior, e aprovou-se o novo texto por meio do Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de novembro. A sua entrada em vigor ocorreu em 01.01.1988, em atenção aos termos da Lei nº 17/1987, de 01 de junho.

Se levarmos em conta a redação da dada à sua Exposição de Motivos, nota-se que o legislador lusitano equivaleu a diretriz constitucional da *estrutura acusatória* à adoção do *sistema acusatório*[32], equivalência acolhida, inclusive, pela análise feita, à época, pela doutrina internacional[33]. No entanto, essa equivalência não foi reconhecida por vários setores da doutrina, afirmando que o sistema processual penal português equivaleria ao misto[34].

É preciso fazer, portanto, um repasse no teor das principais disposições do CPP português, de modo a entender qual o entendimento lusitano para a diretriz da *máxima acusatoriedade*.

1. A estrutura acusatória legislada

Embora não seja possível, por razões óbvias, realizar uma análise pormenorizada das disposições do CPP lusitano, passaremos, em continuidade, a fazer uma exposição sobre a atuação dos principais atores de todo processo penal, quais sejam, o Ministério Público, o juiz e a defesa.

---

81. Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale. *Gazzetta Ufficiale, dela Repubblica Italiana*. GU Serie Generale n.62 del 16-03-1987 – Suppl. Ordinario. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1987/03/16/087U0081/sg>. Acesso em 27 dez. 2020).

[31] PORTUGAL. Lei nº 43/86. Diário da República, cit., p. 2732.

[32] A referência expressa à adoção do sistema acusatório, pelo legislador português, manifestou-se no Título II, nº 6, quando diz que, "Da mesma postura revelam, em geral, todas as disposições que, como implicações do sistema acusatório, visam realizar, na medida do possível, a reclamada «igualdade de armas» entre a acusação e a defesa".

[33] GIMENO SENDRA, Vicente, "El Nuevo Código Procesal Penal Portugués y la Anunciada Reforma Global de la Justicia Española". *Revista Justicia*, nº 2 (1990) (p. 483-494), p. 487.

[34] Segundo Paulo de Souza Mendes, a adoção ao sistema misto seria resultado de o direito processual penal português haver admitido a figura do juiz de instrução, que está encarregado de analisar o recebimento da acusação e a negativa de o Ministério Público acusar, a partir da provocação do assistente (SOUSA MENDES, Paulo de. *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 32). Por sua vez, Gonçalves *et alli* entendem que o sistema misto se justificaria pelo fato de existir um inquérito que está sob a presidência do Ministério Público (o que equivaleria ao princípio inquisitivo) e a fase judicial pós acusação (o que equivaleria à representação do sistema acusatório) (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 52 e 58).

a) O Ministério Público no processo penal português

Com o fito de efetivar a *estrutura acusatória* constitucionalmente estabelecida, o CPP português prevê situações, no seu artigo 53º, de forte interesse nesta análise.

Isso vem estampado com a consideração de que compete à magistratura do Ministério Público[35], no processo penal, colaborar com o Tribunal[36] na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo, em todas as suas intervenções processuais, a critérios de estrita objetividade. Mais ainda, determina que será ele quem dirigirá o inquérito (nome do instrumento de investigação criminal português), bem como quem receberá as denúncias, as queixas e as participações[37], e apreciará o seguimento a dar-lhes. Depois, terá ele o poder-dever de propor ao Tribunal a pretensão acusatória estatal[38].

Não por outro motivo, o artigo 241º do CPP português prevê que o Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia. A regra geral é que a notícia de um crime sempre dará origem a um inquérito, respeitadas certas exceções (artigo 262º, 2). Ou seja, é do Ministério Público o monopólio para a abertura de daquela investigação criminal[39].

---

[35] Importante considerar que, para fins do CPP português, são autoridades judiciárias o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, conforme as competências definidas em lei (artigo 1º, b). O primeiro preside o julgamento; o segundo, a instrução; o terceiro dirige o inquérito (MOURA, José Souto de, "Inquérito e instrução", in: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1991 (p. 83-145), p. 98). A compreensão de que se trata de uma magistratura decorre da própria Constituição da República portuguesa, ao afirmar que os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados (artigo 219º, 4).

[36] Para o direito processual penal português, o *Tribunal* representa o órgão jurisdicional de 1º grau. Diz o artigo 8º do CPP português: "Os tribunais judiciais são os órgãos competentes para decidir as causas penais e aplicar penas e medidas de segurança criminais".

[37] Para o direito processual penal português os institutos da *denúncia*, *queixa* e *participação* possuem um significado distinto daquele presente no direito processual penal brasileiro. Assim, *denúncia* é uma forma de aquisição da notícia de um crime pelo Ministério Público, conforme o artigo 241º do CPP português; *queixa* tem similitude com a representação nos crimes de ação penal pública condicionada previstos no Brasil. Diz o artigo 49º do CPP português que, quando o procedimento criminal depender de queixa, do ofendido ou de outras pessoas, será necessário que essas pessoas dêem conhecimento do fato ao Ministério Público, para que este promova o processo, sendo que, em Portugal, elas são recebidas pelo Ministério Público, que dará o seguimento que lhe for aplicável (artigo 53º, nº 2, a), do CPP português). Conclui-se isto a partir da leitura do artigo 50º do mesmo CPP, que trata, expressamente, da acusação particular; e *participação* guarda similitude com a requisição do Ministro da Justiça, conforme nosso Código Penal. Por exemplo, nos casos de crimes contra Estados estrangeiros e organizações internacionais (artigos. 322º e 323º do CP português), o procedimento criminal dependerá, salvo tratado ou convenção internacional em contrário, de participação do Governo Português. Tratando-se de crime contra a honra, será também necessário que seja feita participação pelo Governo estrangeiro ou pelo representante da organização internacional.

[38] FIGUEIREDO DIAS, Jorge, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", in: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1991 (p. 3-34), p. 9.

[39] MOURA,"Inquérito e instrução", cit., p. 101.

Com efeito, no inquérito (pouco importando se o crime for público, semipúblico ou particular), o Ministério Público será assistido pelos órgãos de polícia criminal, diretamente orientados por ele, em dependência funcional (CPP português, artigo 263º, nº 1 e 2).

Esse monopólio implica na responsabilização do Ministério Público quanto aos resultados e estratégias na sua condução, sendo que as diligências podem ser realizadas por ele próprio, pelos órgãos de polícia criminal[40] e pelo juiz de instrução (quando dependerem de autorização judicial, mas sempre a requerimento). Como apontado acima, em razão da direção do inquérito, é ali que o Ministério Público toma sua decisão quanto a acusar ou não[41]. A depender da natureza do crime, sua decisão será vista de maneira diferenciada.

Assim, começa-se pela decisão quanto aos crimes públicos e semipúblicos.

Por força da legalidade com a qual deve atuar o Ministério Público, a acusação surgirá quando houver indícios suficientes da prática do crime e de sua autoria, não lhe cabendo juízos de conveniência e de oportunidade[42]. É o que se depreende do artigo 283º, 2, do CPP português, com prazo de 10 dias para a dedução da acusação. Em síntese, nos crimes públicos e semipúblicos, é o Ministério Público quem formula a acusação.

A seu turno, o assistente[43] poderá, até 10 dias após a notificação da acusação do Ministério Público, também deduzir acusação pelos fatos acusados, por parte deles ou por outros que não importem alteração substancial daqueles (artigo 284º, 1). Ainda assim, ele poderá, simplesmente, limitar-se à mera adesão à acusação (artigo 284º, 2).

Já, nos casos de crimes particulares (artigo 285º, 1, 2 e 4), o Ministério Público notificará o assistente para que, querendo, ele deduza a acusação particular em 10 dias. Com a notificação, o Ministério Público indicará se foram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes. Nos 5 dias posteriores à apresentação da acusação particular, poderá o Ministério Público acusar pelos mesmos fatos, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles[44].

Assim sendo, fica evidente que a acusação particular é facultativa, pelo que não se controla a vontade de acusar, ou não, do assistente. Por oportuno, não se conhece uma hipótese, como a brasileira, de ação penal privada subsidiária da pública[45], o que

[40] Nos termos do artigo 1º, c), do CPP português, são órgãos de polícia criminal "todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código".

[41] Diz a Constituição da República Portuguesa, artigo 219º, 1: "Ao Ministério Público compete representar (...) participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática".

[42] ANTUNES, *Direito Processual Penal*, cit., p. 65.

[43] A legitimidade para se atuar como *assistente* é definida pelo CPP português, artigo 68, 1.

[44] PORTUGAL, Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo nº 43/13.4TASBG-B.C1*. Rel. Des. Luís Teixeira. Coimbra, 22 abr. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/c5304712607119588025 7e37004aea8a?OpenDocument>. Acesso em 27 dez. 2020.

[45] Neste sentido: "1. O assistente apenas pode deduzir acusação particular, desacompanhado do Ministério Público, quando o procedimento depender de acusação particular, como é o caso do crime de injúria – cfr.

não quer dizer que não exista um controle da decisão ministerial em não acusar em crimes públicos e semipúblicos.

Esse controle ocorre nas hipóteses em que o Ministério Público procede, por despacho, ao arquivamento do inquérito, quando houver prova bastante de não se ter verificado crime, de o arguido (designação dada à pessoa investigada) não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento (artigo 277º, 1). O inquérito é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes (artigo 277º, 2).

Uma vez determinado o arquivamento, o despacho do Ministério Público é comunicado ao arguido, ao assistente, ao denunciante com faculdade de se constituir assistente e a quem tenha manifestado o propósito de deduzir pedido de indenização civil, bem como ao respectivo defensor ou advogado (artigo 277º, 3). Tal como ocorre no Brasil, o inquérito pode ser reaberto (artigo 279º, 1), acaso surjam novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados, em verdadeira cláusula *rebus sic stantibus* (o despacho de arquivamento não está dotado da força de coisa julgada)[46].

Adotadas as providências referidas, terão início as formas de controle do arquivamento, sendo que, uma delas, ocorre no âmbito interno do Ministério Público, nos termos do artigo 278º do CPP português.

Conforme o artigo citado, no prazo de 20 dias, a contar da data em que a abertura de instrução já não puder ser requerida (abaixo, trataremos dela), o superior hierárquico imediato do magistrado do Ministério Público poderá – por sua iniciativa ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente[47] – determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efetuar e o prazo para o seu cumprimento (artigo 278º, 1).

A previsão de controle interno caracteriza-se por ser um modelo alternativo ao controle judicial do arquivamento, e ela se aplica a toda e qualquer hipótese de arquivamento, na medida em que a atuação pode ser feita de ofício[48]. Cabe, na sequência, ver as hipóteses que justificam o controle da decisão ministerial de (não) acusar, no direito português chamada de *fase de instrução*.

---

artigo 285.º do CPP. 2. Enferma de nulidade insanável a acusação deduzida pelo assistente por um crime de ameaça, p. e p. pelo artigo 153.º do CP, relativamente ao qual o Ministério Público se absteve de acusar" (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. *Processo nº 143/09.5T3GDL-A.E1*. Rel. Des. António João Latas. Évora, 26 fev. 2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/76e3150ddc62b28480257de10056faf4?OpenDocument>. Acesso em 27 dez. 2020).

[46] RODRIGUES, Anabela Miranda, "O inquérito no novo Código de Processo Penal", in: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1991 (p. 65-79), p. 76.

[47] Como consta nos termos do artigo 32º, 7, da Constituição da República Portuguesa, o ofendido tem direito a intervir no processo, nos termos da lei.

[48] ANTUNES, *Direito Processual Penal*, cit., p. 93.

b) O juiz de instrução, o controle do exercício da acusação e os papeis do arguido e do assistente como legitimados ativos do controle externo

Retomando o texto constitucional vigente, volta-se ao artigo 32º, § 4º, da Constituição da República Portuguesa. Segundo ele, "toda instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais".

De forma sucinta, a instrução se presta ao controle da decisão de acusar ou não acusar do Ministério Público, sendo ela facultativa (artigo 286º, 1 e 2), em razão da abolição do anterior juizado de instrução, que ocorreu com a concessão da presidência da investigação ao Ministério Público pelo CPP de 1987. Ou seja, ao juiz de instrução não lhe cabe mais a coleta de provas ou a realização de atos de investigação[49]. Sendo assim, percebe-se, de plano, que o juiz de instrução tem competência para jurisdicionar os atos que se prendem diretamente com os direitos fundamentais, que não podem por ele ser delegados[50], ainda que não haja a abertura da instrução em si.

No que nos importa, a abertura da instrução poderá ser requerida, no prazo de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento, em duas situações bem definidas (artigo 287º, 1). A primeira (notificação da acusação) é requerida pelo arguido, relativamente aos fatos pelos quais o Ministério Público ou o assistente (em caso de procedimento dependente de acusação particular) tiverem deduzido acusação, oportunidade em que a instrução se prestará para eventual demonstração de excesso acusatório (total ou parcial). A segunda é requerida pelo assistente, se o procedimento não depender de acusação particular, relativamente a fatos pelos quais o Ministério Público não houver deduzido acusação.

Dado o seu caráter facultativo, é possível dizer que o inquérito será sempre a fase preliminar, ao passo que a instrução ocorrerá somente se houver provocação para tanto, nas hipóteses cabíveis antes elencadas[51]. Somente são obrigatórias as etapas do inquérito e do julgamento, o que faz com que a etapa de instrução apenas ocorra mediante requerimento[52], visto não poder ser iniciada de ofício.

Relativamente à abertura requerida pelo arguido, ela é feita após ter sido deduzida a acusação. Cabe ser dito que ele não pode fundamentá-la para discutir a qualificação jurídica dos fatos ou para requerer a suspensão condicional do processo. Trata-se, pois, de uma discussão sobre o fato descrito na acusação[53]. Neste caso, o limite da decisão judicial de instrução está definido pelo conteúdo da acusação já

[49] RODRIGUES,"O inquérito no novo Código de Processo Penal", cit., p. 213.

[50] Diz o CPP português, artigo 17º: "compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código".

[51] MOURA, "Inquérito e instrução", cit., p. 97.

[52] ANTUNES, *Direito Processual Penal*, cit., p. 59.

[53] MAIA COSTA, Eduardo, "Requerimento para abertura da instrução (artigo 287º)", in: AA.VV, *Código de Processo Penal Comentado* (António da Silva Henriques Gaspar *et al*), Coimbra: Almedina, 2014, (p. 1001-1003), p. 1002.

apresentada pelo Ministério Público ou pelo assistente, nas hipóteses de crimes particulares[54]. Contudo, não se esgota aqui a positividade da instrução, pois há a previsão de pedido de abertura pelo assistente, dado que, nessa condição, ele também é um sujeito processual[55].

O pedido de abertura de instrução pelo assistente conterá uma acusação de forma substancial, servindo, porém, de uma possibilidade por parte dele, devendo manifestar as razões de fato e de direito, bem como as razões de discordância em relação à decisão do Ministério Público pelo arquivamento do inquérito[56]. Assim, o juiz de instrução somente poderá exercer a autonomia investigativa dentro dos traços delimitados quando do pedido de abertura feito pelo assistente (artigo 290º), não podendo ele ampliar a acusação em momento algum[57].

Cumpre-se, assim, a compreensão formal e material de acusatoriedade, na medida em que não poderá haver inovação e/ou sua ampliação por determinação judicial de ofício[58]. De qualquer sorte, a instrução *não é um suplemento autônomo da investigação*[59].

Nos termos do código (artigo 288º, 1), a direção da instrução compete a um juiz de instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal. Ela é formada pelo conjunto de atos que o juiz entender que devam ser executados e, obrigatoriamente, de um debate instrutório, oral e contraditório (artigo 289º). No debate, podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado, mas não as partes civis (artigo 289º,2)[60].

Uma vez encerrado o debate instrutório (artigo 307º,1), o juiz profere despacho de *pronúncia* (que determina a remessa do processo a julgamento) ou de *não pronúncia* (que confirma o arquivamento). Ao pronunciar, o juiz não está a dizer que o agente praticou o crime, mas que houve um juízo negativo de determinar-se o arquivamento[61].

Fica, portanto, evidenciado que não pode o juiz de instrução realizar pronúncia por aquilo que não lhe foi pedido[62]. Afinal, a decisão instrutória é nula na parte em que pronunciar o arguido por fatos que constituam alteração substancial daqueles já descritos na acusação do Ministério Público ou do assistente ou no requerimento para abertura da instrução (artigo 309º).

A propósito, o próprio CPP define o que é *alteração substancial dos fatos*, que consiste na imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites

[54] MAIA COSTA, "Requerimento para abertura da instrução (artigo 287º)", cit., p. 1003.

[55] FIGUEIREDO DIAS, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", cit., p. 10.

[56] MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 2. ed. Lisboa: Verbo, 2000, p. 139.

[57] MAIA COSTA, "Requerimento para abertura da instrução (artigo 287º)", cit., p. 1002-1003.

[58] MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., p. 140.

[59] MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit.,, p. 99.

[60] A figura da parte civil é definida pelo CPP português, em seu artigo 74º,1, quando diz: "O pedido de indemnização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente".

[61] RODRIGUES,"O inquérito no novo Código de Processo Penal", cit., p. 79.

[62] RODRIGUES,"O inquérito no novo Código de Processo Penal", cit., p. 77.

máximos das sanções aplicáveis (artigo 1º, f). Portanto, não lhe cabe conformar o objeto do processo, que já está definido conforme a acusação apresentada pelo Ministério Público ou pelo assistente que requer a instrução[63].

c) O papel do juiz na questão probatória: o princípio da investigação na estrutura acusatória portuguesa

A questão que agora se põe está ligada aos limites – se os há – para a atividade probatória judicial *ex officio*, quando instaurada a instrução ou já iniciada a fase de julgamento. Aqui, surge uma situação de especial relevo em Portugal: ao mesmo tempo em que vige a estrutura acusatória, há a presença de um *princípio investigatório* (artigo 340º), tendo essa compatibilidade derivado das diretrizes contidas na Lei nº 43/86.

Pelo *princípio investigatório*, o Tribunal ordena, *de ofício* ou *a requerimento*, a produção de todos os meios de prova, cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes na acusação, na pronúncia ou na contestação, dará disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais (artigo 340º, 1 e 2). Ele ganha reforço quando se lê o trato legal sobre a confissão.

No caso de o arguido declarar que pretende confessar os fatos que lhe foram imputados, o juiz que presidir aquele ato judicial (já em fase de julgamento), sob pena de nulidade, perguntar-lhe-á se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se se propõe a fazer uma confissão integral e sem reservas. Um dos efeitos de tal forma de confissão é a renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e a consequente consideração destes como provas. Porém, ainda que haja a confissão integral e sem reservas, o Tribunal decidirá, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos fatos confessados, a produção da prova (artigo 344, 1, 2 a, 4º).

Disto, evidencia-se que, mesmo no quadro de um processo penal orientado pela estrutura acusatória, o Tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar o fato por si mesmo. Cabe-lhe, portanto, realizar sua própria aferição sobre o fato, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar, em absoluto, vinculado aos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material[64].

O CPP português não apresenta, ordinariamente, qualquer impeditivo ao juiz ordenar ou autorizar a produção de prova tida como necessária à devida análise do feito. O que se exige é a conjugação do princípio da investigação com o contraditório e as demais garantias defensivas. Na medida em que os Tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, e assegurar

[63] RODRIGUES,"O inquérito no novo Código de Processo Penal", cit., p. 77.

[64] PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Processo nº 363/01*. Acórdão nº 137/02. Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Lisboa, 3 abr. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>. Acesso em 27 dez. 2020.

a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (Constituição Portuguesa, artigo 202, 1 e 2), tem-se que a justiça material, baseada na verdade dos fatos, é indisponível[65]. Portanto, na fase de julgamento, o Tribunal tem liberdade para apurar os fatos com as provas que entender pertinentes – ainda que não produzidas pelas partes –, com o que se pode afirmar, assim, a compatibilidade da estrutura acusatória com a atividade de prova *ex officio* pelo órgão julgador.

A mesma realidade se aplica ao juiz de instrução, a quem cabe, como antes apontado, praticar todos os atos necessários à comprovação da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Assim, a instrução é formada pelo conjunto de atos que o juiz entender levar a cabo para que haja, ou não, acusação (artigo 289, 1).

Na medida em que o Tribunal está atrelado ao princípio da investigação, e não à provocação das partes, é suposto concluir que suas decisões independem do pedido de condenação ou de absolvição. O que deve ser observado é se, no curso da fase probatória, há, ou não, alteração substancial dos fatos acusados.

Se a alteração for substancial[66], será o Ministério Público comunicado em relação a ela, para que agregue fatos novos, sem, contudo, haver a extinção do processo já existente (artigo 359º, 1 e 2)[67]. Se houver alteração não substancial com relevo para a decisão da causa, o juiz presidente, de ofício ou a requerimento, comunicará a alteração ao arguido e conceder-lhe-á, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa, salvo se a alteração, neste caso, houver derivado de fatos alegados pela própria defesa (artigo 358º, 1 e 2)[68].

2. O Código de Processo Penal sob o olhar da doutrina

Sendo essa a concretização normativa da *estrutura acusatória* prevista constitucionalmente e da *máxima acusatoriedade* mencionada na Lei nº 43/86, é imperioso que se veja qual foi a posição da doutrina portuguesa em relação ao texto infraconstitucional posto.

O nível de dificuldade no seu trato doutrinário já se viu no primeiro e mais importante evento ocorrido em Portugal, logo após a entrada em vigor do CPP

[65] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, *Processo nº 363/01*. Acórdão nº 137/02, cit..

[66] Na linha da jurisprudência: "XI – «Alteração substancial dos factos» significa uma modificação estrutural dos factos descritos na acusação, de modo a que a matéria de facto provada seja diversa, com elementos essenciais de divergência que agravem a posição processual do arguido, ou a tornem não sustentável, fazendo integrar consequências que se não continham na descrição da acusação, constituindo uma surpresa com a qual o arguido não poderia contar, e relativamente às quais não pode preparar a sua defesa (...)" (PORTUGAL, 2007).

[67] Ressalte-se que o Ministério Público, o arguido e o assistente podem concordar com a continuação do julgamento pelos novos fatos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal (Código de Processo Penal português, artigo 359º, 3).

[68] De ser dito que Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade do artigo 358º, 1 e 2 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, *Processo nº 994/04*. Acórdão nº 72/05. Relator: Conselheiro Gil Galvão. Lisboa, 11 fev. 2005. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050072.html >. Acesso em 27 dez. 2020).

de 1987. Nas *Jornadas de Direito Processual Penal*, intituladas *O Novo Código de Processo Penal* e ocorridas em fevereiro de 1988, sob a coordenação do *Centro de Estudos Judiciários*, absolutamente nenhuma exposição foi endereçada, de modo exclusivo, para esclarecer o que representariam aquelas expressões. Quando muito, ambas foram abordadas de modo incidental, ao longo da manifestação de cada expositor, no contexto dos temas que foram objeto de análise naquele momento[69].

Dentre elas, a que mais chamou atenção foi justamente a posição manifestada por Jorge de Figueiredo Dias, que, antes mesmo da Constituição de 1976, já pregava a necessidade de o processo penal português abandonar a estrutura inquisitiva presente no CPP de 1929, e adotar uma estrutura acusatória, equiparando-a a um processo vinculado ao sistema acusatório[70]. Entretanto, após a inserção da estrutura acusatória no texto constitucional, e sua implementação no CPP de 1987, ninguém menos que ele próprio passou a defini-la de forma muito mais ampla, considerando-a como representada: a) na impossibilidade de o juiz alterar a acusação que é proposta; b) na subsidiariedade da investigação judicial; c) na impossibilidade de valoração de provas que não tenham sido produzidas em julgamento para fins de condenação; d) na liberdade do arguido em manifestar-se; e e) na presença do contraditório, do direito de defesa e do respeito às manifestações dos sujeitos processuais[71].

Posteriormente, para Germano Marques da Silva, a delimitação das funções julgadora e acusadora se constitui no "cerne da estrutura acusatória do processo penal".[72] Mesmo assim, ele faz um importante alerta quanto à colocação em prática do princípio da investigação judicial, que, segundo a diretriz nº 4 da Lei nº 43/86, deveria ser conjugado com a "máxima acusatoriedade do processo penal"[73].

Para esse autor, em razão da existência – nas suas palavras – de "deficiências da defesa técnica", a colocação em prática do princípio da investigação judicial levaria a uma atividade probatória judicial de ofício voltada somente a suprir tais deficiências, o que provocaria, portanto, uma aproximação viciosa do juiz aos interesses defensivos. Por consequência, diz ele que a atuação judicial pró-réu faria com que "nem o procedimento seja verdadeiramente acusatório e contraditório, nem o juiz verdadeiramente isento"[74]. Ou seja, a execução do princípio da investigação judicial macularia a estrutura acusatória, em razão de os juízes atuarem não na busca da satisfação de suas dúvidas, mas para suprir falhas defensivas verificadas ao longo dos processos. Em razão disso, esse autor faz a distinção entre uma *estrutura*

[69] AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1991.

[70] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit,, p. 269.

[71] FIGUEIREDO DIAS, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", cit., p. 33.

[72] MARQUES DA SILVA, Germano, "O processo penal português e a convenção européia dos direitos do homem", *Revista CEJ*, vol. 3, nº 7, (1999) (documento não paginado). Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/182>. Acesso em 27 dez. 2020.

[73] PORTUGAL. Lei nº 43/86. Diário da República, cit., p. 2732.

[74] MARQUES DA SILVA, "O processo penal português e a convenção européia dos direitos do homem", cit. (documento não paginado).

acusatória pura (onde haveria a inércia probatória judicial) e aquela adotada pelo direito processual penal português[75].

Em caminho diverso vai José Luís Lopes da Mota, que faz uma importante retrospectiva histórica para se posicionar sobre o CPP português de 1987. Segundo ele, a codificação de 1929 possuía uma *estrutura inquisitória*, em razão de haver conferido ao Ministério Público uma posição passiva no processo penal, estando subordinado às ordens emanadas do juiz, até mesmo, para que ele oferecesse a acusação. Com isso, o verdadeiro acusador era o juiz, ao passo que o Ministério Público seria um mero acusador formal[76].

Tendo esse dado histórico como ponto de partida, referido autor entende que a observância às diretrizes constitucionais e legais se viram atendidas em razão da autonomia conferida ao acusador público pelo CPP de 1987 e pelo próprio Estatuto do Ministério Público[77]. A estrutura acusatória estaria ligada, dessa forma, ao fato de o Ministério Público haver sido erigido à condição de magistratura autônoma, na qual o Poder Judiciário já não poderia exercer qualquer ingerência sobre a existência ou conteúdo da acusação[78]. Logo, a almejada separação passou a ser efetiva ou material (entre as *funções* de quem acusa e quem julga), em lugar de ser como antes, ou seja, uma separação formal (meramente envolvendo as *profissões* de quem acusa e quem julga).

Em sentido similar vai a posição de Teodósio F. Jacinto, ao ressaltar que, ao tempo do CPP de 1929, era mais que questionável a imparcialidade judicial, e o Ministério Público tinha sua atividade reduzida a um simples formalismo, que era a de ajuizar sua acusação de acordo com os ditames provenientes do Poder Judiciário[79]. Com a entrada em vigor da Constituição de 1976 e do Estatuto do Ministério Público de 1986, a estrutura acusatória teria passado a significar "para cada uma daquelas fases – inquérito, instrução e julgamento – um distinto e diverso órgão com competência para lhe presidir", sendo que essa separação de funções representaria, na sua concepção, a caraterização do princípio acusatório[80]. Ele equivale, pois, a estrutura acusatória ao *princípio acusatório*, igual entendimento adotado por José António Mouraz Lopes[81].

---

[75] MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5. ed., Lisboa: Verbo, 2011, p. 158.

[76] MOTA, José Luís Lopes da, "A Fase Preparatória do Processo Penal Português", *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Ano 10, vol. 19, (2002) (p. 219-257), p. 222.

[77] O Estatuto do Ministério Público, a que o autor se referiu, era a Lei nº 47/86, de 15 de outubro. Em razão de sua recente reforma integral, essa lei foi revogada, e o Estatuto do Ministério Público passou a ser objeto da Lei nº 68/2019, de 27 de agosto.

[78] MOTA,"A Fase Preparatória do Processo Penal Português", cit., p. 228-230.

[79] JACINTO, "O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito", cit., p. 9.

[80] JACINTO, "O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito", cit., p. 13-14.

[81] MOURAZ LOPES, José António, *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português,* Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*, nº 83, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 42.

Em um passo a mais, Teodósio F. Jacinto adere à posição de Canotilho e Moreira, para também fazer referência às dimensões material e orgânico-subjetiva do que os constitucionalistas chamaram de *densificação semântica da estrutura acusatória*. Isso lhe permite concluir que a obediência àquelas diretrizes, por parte do CPP de 1987, está presente na impossibilidade de o Poder Judiciário revisar as decisões do Ministério Público, relativas ao arquivamento de investigações criminais. Ou seja, à impossibilidade de o Poder Judiciário determinar a existência e/ou conteúdo de uma acusação ao Ministério Público[82].

Encontramos, ainda, autores que procuram definir a estrutura acusatória sob o viés da defensa.

Para José de Faria Costa, a aderência do CPP de 1987 às diretrizes mencionadas acima estaria materializada no fato de ele haver se ocupado com a busca de fortalecimento da atuação defensiva, dando voz aos direitos, liberdades e garantias pessoais mencionadas na Constituição de 1976[83]. Além disso, igual materialização haveria ocorrido com a separação de sujeitos encarregados pela investigação criminal (Ministério Público), instrução (juiz instrutor) e discussão e julgamento (juiz decisor)[84].

Por sua vez, Isabel Oneto e José Damião da Cunha entendem que a estrutura acusatória estaria formada pelos princípios da oralidade, imediação e contraditório, pois são eles os responsáveis pela construção da convicção judicial à hora do julgamento de mérito. Afastada, assim, estaria a possibilidade de aquela convicção se formar com base em material informativo produzido na fase de investigação, sem a participação do juiz sentenciante[85].

Quanto a Paulo Dá Mesquita, suas lições vão no sentido de que aquela expressão representaria o direito de o acusado conhecer a acusação apresentada contra ele, por entender que a autonomia da ação proposta pelo Ministério Público e a contrariedade que pode ser exercida pelo arguido seriam essenciais para a descoberta da verdade no referido processo[86]. Já, para Patrícia Naré Agostinho, a estrutura acusatória portuguesa teria evidenciado que o arguido deixou de ser o objeto do processo, e passou a ser um verdadeiro sujeito processual, ao qual foram concedidos direitos e deveres[87].

Enfim, o olhar da doutrina portuguesa, sobre o seu próprio CPP, igualmente não chegou nem perto de um esboço de confluência para a definição ou identificação do que seria a *estrutura acusatória* ou a *máxima acusatoriedade*, estando tal definição em aberto ainda nos dias de hoje.

---

[82] JACINTO, "O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito", cit., p. 35-37.

[83] FARIA COSTA, José, "Um Olhar Cruzado entre a Contituição e o Processo Penal", in: *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América* (org.: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento), Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998 (p. 187-197), p. 188.

[84] FARIA COSTA, "Um Olhar Cruzado entre a Contituição e o Processo Penal", cit., p. 189.

[85] ONETO, "As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português", cit., p. 405-406.

[86] DÁ MESQUITA, Paulo. *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra: Coimbra, 2010, p. 435-436.

[87] AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra: Coimbra, 2014, p. 70-71.

Conclusão

A reforma do CPP brasileiro, ocorrida em 2019, trouxe, entre outras tantas novidades, a definição de que o seu processo penal – ou, como mínimo, aquele regulamentado por sua codificação central – adotaria uma *estrutura acusatória*. A inspiração para essa adoção foi buscada no direito português, mais especificamente, junto aos *Direitos e Deveres Fundamentais* da Constituição lusitana de 1976, com posterior regulamentação pelo seu CPP de 1987.

O legislador não se encarregou de definir em que consistiria aquela *estrutura acusatória*, expressão que deverá pautar uma reinterpretação geral do atual CPP, até mesmo pela região topográfica em que ela ali foi posicionada. Por essa razão, buscou-se obter o seu significado junto àquela fonte estrangeira inspiradora, de modo a ver se, também no Brasil, tal conceituação poderia ser utilizada como base.

Ao longo dessa pesquisa, verificou-se que o referencial normativo estrangeiro também não se encarregou de, expressamente, dar uma conceituação para a estrutura acusatória. Essa omissão legislativa, tal como verificada no Brasil, motivou-nos a seguir buscando o significado daquela mesma expressão, mas agora sob o ponto de vista doutrinário.

O resultado dessa procura por um sentido para a expressão *estrutura acusatória* nos fez ver que a doutrina portuguesa não chegou a um consenso sobre a que caracterizaria. Ao contrário, há uma multiplicidade conceitual em relação a ela, equivalendo-a a sistema acusatório, ao princípio acusatório compatível com a produção de prova de ofício pelo juiz (princípio da investigação oficial), à forma de iniciar o processo, à delimitação do conteúdo da acusação, aos princípios referentes à formação de convencimento do juiz e ao reforço da atividade defensiva, só para recordarmos as opiniões mais frequentes.

Este cenário nos faz antever uma possível dificuldade, junto à doutrina brasileira, em também identificar o significado da expressão *estrutura acusatória*. No entanto, se nos ativermos, exclusivamente, aos motivos que levaram à sua inserção no nosso CPP (intento de definição sistêmica), é provável que a discussão seja, em muito, reduzida no Brasil, ficando limitada à busca do real significado ou definição do que seria um *sistema acusatório*, sobretudo, adequado às inércias judiciais previstas no próprio artigo 3º-A do CPP.

Resta-nos, portanto, esperar que a doutrina processualista penal se desincumba a contento dessa árdua tarefa. Só assim, poder-se-á afirmar que o entendimento, sobre o que significa a expressão *estrutura acusatória*, possuirá elevado grau de cientificidade (o que equivale a credibilidade), de modo dar a segurança necessária para uma reinterpretação global do direito processual penal brasileiro.

UM PUNHADO DE PÓ: O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 387/2019 E A INTERVENÇÃO DO JUIZ NA APREENSÃO DE BENS DURANTE O INQUÉRITO

Nuno Igreja Matos*

SUMÁRIO: Introdução; I. Antecedentes processuais; II. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019; 1. Síntese do Acórdão; 2. O voto de vencido do Juiz Conselheiro Manuel da Costa Andrade; III. Comentário; 1. A natureza híbrida da apreensão; 2. A compressão do direito de propriedade; 3. A competência do juiz de instrução na fase de inquérito; 4. E ainda a *law in action* ou a situação dos terceiros apreendidos. Conclusão.

Introdução

No passado dia 26 de junho de 2019, o Tribunal Constitucional proferiu Acórdão nos termos do qual decidiu "não julgar inconstitucional a norma que defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, constante do artigo 178.º, n.os 1 e 3, do CPP". A questão de constitucionalidade reportava-se a uma competência do Ministério Público na fase de inquérito que à data já suscitava controvérsia – controvérsia que este Acórdão n.º 387/2019 não deixou de refletir, especialmente no teor do voto de vencido do Juiz Conselheiro Manuel da Costa Andrade. A firmeza argumentativa que atravessa o voto de vencido sinaliza que esta competência do Ministério Público, não obstante a julgada não inconstitucionalidade, subsiste e subsistirá polémica. E isto por várias razões, algumas nem sequer afrontadas no Acórdão. Sejam razões mais tradicionais relacionadas com a prudência que deve nortear a regulação legal de meios processuais implicativos de lesão a direitos fundamentais. Sejam razões conexas com a natureza híbrida (probatória e de garantia) da apreensão em processo penal, sobretudo quando se apresenta com a veste de garantia processual de perda de bens, o que torna (ainda) mais delicada a interação com as posições jurídicas dotadas de ressonância constitucional. Nestes casos, é uma vez mais a intensificação do recurso ao processo penal para fins não imediatamente repressivos e que vão além da descoberta da verdade – aqui, para garantia de eventuais consequências patrimoniais – que provoca tensões

* Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador no Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

dificilmente solucionáveis sem aceitar um enfraquecimento de noções estabilizadas, mas que não podem, ou não devem, ainda assim, conduzir a uma desfiguração dos princípios estruturantes do processo penal num Estado de direito democrático[1].

A constatação de que a apreensão desempenha hoje funções e atinge bens e sujeitos cada vez mais díspares e distantes do seu original e mais circunscrito propósito legal, leva a indagar se a *metamorfose* nos usos foi acompanhada de correspondentes morfoses nas regras adjetivas, em particular nas regras que disciplinam a competência em inquérito. Aí chegados, as perguntas tendem a suceder-se: deverá ser indiferenciado o regime aplicável à apreensão probatória do regime aplicável à apreensão enquanto meio de garantia processual de perda, incluindo quanto a bens só indiretamente ligados ao crime? Poderá a redação atual do artigo 178.º do Código de Processo Penal suportar duas finalidades distintas considerando as ainda mais distintas implicações constitucionais e legais? Fará sentido admitir que a apreensão possa servir de meio de garantia e prescindir da intervenção prévia de um Tribunal quando essa validação judicial é exigida no âmbito de regimes aparentemente semelhantes de garantia patrimonial?

O caso que está na origem do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019 retrata de forma particularmente desafiante a confluência de todas estas dificuldades. Ao ponto de se poder afirmar que constitui até à data o *teste de stress* constitucional mais intenso com que se confrontou o regime processual penal das apreensões. E ainda que o aresto constitucional gravite em torno da discussão sobre a competência do Ministério Público para apreender durante a fase de inquérito sob o foco exclusivamente normativo – geral e abstrato –, a síncrona análise do Acórdão com este complexo caso real ajuda a perceber as implicações práticas – específicas e concretas – da decisão do Tribunal Constitucional. Ou não fossem as circunstâncias a dar a todos as soluções normativas as cores que as distinguem e os efeitos que as discriminam, apresentando-se, destarte, como o mais fiel sismógrafo das turbulências constitucionais.

É este o propósito do presente texto, fazendo-se suceder a um primeiro momento descritivo do processo e do Acórdão (Capítulos I. e II.) uma análise crítica da decisão que culmina com um retorno ao caso concreto (Capítulo III.). O que se fará procurando incorporar no texto o rigor calculado e deduzido que o Senhor Professor Augusto Silva Dias, nos seminários de Direito Processual Penal do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Penais, sempre procurou ensinar ao autor destas linhas, mostrando-lhe que só num passo seguro e articulado o jurista encontrará o caminho para chegar à raiz dos seus problemas.

I. Antecedentes processuais

Em julho de 2017, o Ministério Público proferiu despacho de "apreensão de bens produto do crime", nos termos do qual apreendeu bens imóveis titulados pelas sociedades

[1] Sobre esta instrumentalização do processo penal e sua consequente bifurcação, SILVA DIAS, Augusto / SOARES PEREIRA, Rui, *Sobre a validade de procedimentos administrativos prévios ao inquérito e de fases administrativas preliminares no processo penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 49.

A, *B*, *C*, *D*, *E*, *F* e *G*, sociedades que, nunca antes, nem depois, haviam sido arguidas, suspeitas ou sequer inquiridas no correspondente procedimento criminal. De acordo com o despacho de apreensão do Ministério Público, "vieram a ser identificados no presente inquérito diversos bens imóveis que se encontram relacionados com os fluxos financeiros que foram escrutados e que são considerados na acusação", pelo que "considerando que estes bens foram o produto – as vantagens / lucro – dos crimes investigados no âmbito dos presentes autos, de acordo com o disposto pelos n.os 1 e 3 do art. 178.º do CPP, determina-se a apreensão [...]". Ao longo do despacho é explanado que a maior parte daquelas sociedades – ainda que não todas – teriam como beneficiários um conjunto de diferentes cidadãos estrangeiros que estavam por sua vez ligados a sociedade estrangeira suspeita de ter praticado atos ilícitos com as pessoas singulares e cidadãos portugueses que efetivamente vieram a ser acusados.

Nunca antes ouvidas, nem depois notificadas das apreensões, as sociedades *A*, *B*, *C*, *D*, *E*, *F* e *G*, após tomar conhecimento do registo predial das apreensões, acionaram o mecanismo impugnatório inscrito no n.º 7 do artigo 178.º do Código de Processo Penal e apresentaram ao juiz de instrução requerimentos nos quais suscitaram, por um lado, a inconstitucionalidade e invalidade das apreensões e, por outro lado, a ilegalidade da medida por ausência de verificação dos pressupostos legais materiais.

Em abril de 2018, o Tribunal Central de Instrução Criminal veio decidir "[a]o abrigo do disposto no artigo 62.º, 202.º, 280.º n.º 1, al. a), da CRP, julgar verificada a inconstitucionalidade do artigo 178.º, n.º 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão"[2]. De acordo com esta decisão judicial, constatada a restrição ao direito de propriedade, "a questão que se coloca é a de saber se ao atribuir-se ao Ministério Público a competência para a prática dos actos constantes do artigo 178º do CPP, em particular os actos relacionados com a apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens, viola-se o princípio de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, e a reserva de jurisdição dos tribunais [...]. Ora, constituindo a apreensão de objectos, na dimensão em causa (objectos que constituam o lucro, o preço ou recompensa de crime), uma verdadeira restrição de um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias, essa restrição terá de observar os princípios da proporcionalidade., da adequação e da necessidade consagrados no artigo 18º da CRP [...]. [C]omo é dito por Costa Andrade e Maria João Antunes: «Daquele enquadramento jurídico-constitucional decorre, por outro lado, a exigência de que a apreensão de bens que visa garantir a perda de vantagens do crime a favor do Estado seja um acto da competência reservada do juiz, por se tratar de acto que se prende directamente com um direito fundamental

[2] A decisão do Tribunal Central de Instrução Criminal veio também "[d]eclarar a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 178.º, n.º 9 e 10, do CPP, na interpretação de que não é obrigatória a audição de uma pessoa coletiva [...]. Julgar que a falta de audição do interessado, no inquérito, de pessoa não arguida no processo contra quem é requerida a apreensão de bens com vista à sua perda a favor do Estado, suposta a não inviabilidade da sua notificação para o respetivo ato, constitui a nulidade relativa prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP e declarar, em consequência, a nulidade do despacho [...]". E, ainda, "[j]ulgar verificada a irregularidade, por falta de fundamentação, do despacho do MºPº que decretou a apreensão dos imóveis das requerentes".

(artigo 32º nº 4 da CRP)» [...]. É certo que o legislador possibilita a intervenção do juiz a pedido do interessado, nos termos do nº 7 do artigo 178º do CPP; para que seja apreciada a bondade da decisão do Mº Pº, mas esta possibilidade em nada contraria a conclusão quanto à inconstitucionalidade da norma, dado que essa intervenção apenas tem lugar após a restrição do direito, enquanto que o princípio da reserva de juiz, consagrado no nº 4 do artigo 32º da CRP, tem uma função preventiva dos direitos fundamentais [...]»".

II. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019

Após a decisão do Tribunal Central de Instrução Criminal que recusou a aplicação da norma resultante do artigo 178.º, n.os 1 e 3, do Código de Processo Penal, foi interposto pelo Ministério Público recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional, nos termos dos artigos 70.º, n.º 1, alínea *a*), e 72.º, n.º 3, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro.

1. Síntese do Acórdão

O Tribunal Constitucional começa por enquadrar a norma do artigo 178.º do Código de Processo Penal na sua vocação de "meio de obtenção de prova" e na conexão com o regime legal da perda do capítulo IX do Código Penal, qualificando-a historicamente como uma "espécie de antecâmara do confisco", guiada por finalidades preventivas de desencorajamento do crime e de "reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas". Salienta, igualmente, a influência da Diretiva n.º 2014/42/UE, que veio alargar estas finalidades também aos designados "ganhos indiretos" e que esteve na origem da última alteração legislativa ao artigo 178.º, ocorrida com a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio[3]. Ainda com um propósito delimitador, escreve o Tribunal que a figura da apreensão "não se confunde com o arresto preventivo (artigo 228.º do CPP) ou com o arresto dos bens do arguido para confisco alargado (artigo 10.º da Lei n.º/2002, de 11 de janeiro), nem nos seus requisitos, nem nos seus objetivos, nem sequer no seu âmbito". Conclui pela natureza dual da apreensão, enquanto meio de obtenção da prova e enquanto "garantia processual da perda (do confisco) de bens", anotando ter sido esta segunda manifestação que levou o Tribunal *a quo* à recusa de aplicação da norma sob escrutínio.

Findo este excurso, o Acórdão debruça-se primeiramente sobre a putativa violação do direito de propriedade. Após afirmar que a Constituição não impõe o direito de propriedade em termos absolutos, desata a estrutura complexa deste direito, individualizando as diferentes faculdades que o mesmo abrange – o que o guia à conclusão de que a "liberdade de transmissão" da propriedade é a única dimensão afetada e que essa faculdade não integra o "núcleo essencial" do direito em causa, não se submetendo,

[3] Entretanto, o artigo voltou a ser alterado pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, ainda que sem impacto na questão em análise.

por isso, ao regime dos direitos, liberdades e garantias. Seguidamente, pese embora conceder que "[a] apreensão enquanto meio de prova prossegue a descoberta da verdade, enquanto a apreensão para a perda de vantagem acautela a eficácia da decisão" e que tal diferenciação pode colocar a questão "sobre se esse facto implica um diferente enquadramento", o Tribunal Constitucional afasta potenciais ramificações desta dissemelhança no quadro da análise ao direito de propriedade. Isto porque, nas palavras do Acórdão, "enquanto vigorar a apreensão, o grau e a dimensão da afetação do seu direito de propriedade sobre o bem são potencialmente os mesmos na apreensão para prova e na apreensão preordenada à perda". Aglutinando deste modo as diferentes funções e finalidades da apreensão, conclui que mesmo uma conceção ampliativa do direito de propriedade não "consegue evitar a imediata identificação de uma justificação suficiente", considerando que se trata de uma "restrição temporária (só vale enquanto a apreensão não for levantada ou convertida em confisco), limitada (tende a abranger apenas uma parcela do património) e parcial (ao contrário do confisco a apreensão não implica uma transferência definitiva da propriedade da coisa para o Estado)" e, portanto, de uma restrição "não muito intensa". Para reforçar esta sua conclusão, nota ainda o Acórdão que a apreensão visa garantir a real eficácia da decisão jurisdicional ulterior, sendo-lhe por isso instrumental, um "ato preordenado à perda", que não se confunde, no seu impacto, com a efetiva declaração de perda, tanto que "não depende de qualquer apreciação de mérito relativa à sua adequação ou necessidade", antes "impõe-se pela afirmação inequívoca da indiciação do ato criminoso".

Arrumada a análise sobre o direito de propriedade, o Acórdão detém-se, num segundo momento, na putativa violação da reserva de juiz e da garantia jurisdicional. Nesse contexto, destaca que a possibilidade de intervenção do juiz está já assegurada, *a posteriori*, nos termos do artigo 178.º, n.º 7, do Código de Processo Penal. No entanto, não deixa de cogitar se o artigo 32.º, n.º 4, da Constituição impõe solução diferente, mormente a antecipação dessa intervenção do juiz para momento anterior à apreensão, com vista ao exercício da função preventiva da proteção de direitos que dá forma à reserva de juiz[4]. A esse propósito, estabelece como critério orientador que "quanto mais grave se afigurar a ingerência, ou mesmo quanto maior se afigurar poder vir a ser a dificuldade de reparação do dano ou reposição do direito, mais prematura deve ser a intervenção do juiz" – critério que, em sede processual penal, e por interposição da estrutura acusatória também constitucionalmente amparada no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição, entende que carece ainda de ser conciliado com a separação entre investigador e julgador. A este respeito, o Acórdão salienta que a participação do juiz *a priori* na fase de inquérito comprime a reserva do Ministério Público na direção do inquérito, ou seja, restringe exigências emanadas da estrutura acusatória. Assim, sopesando o conflito entre a restrição do direito fundamental, a garantia de intervenção judicial para proteção desse direito e as exigências da estrutura acusatória, conclui o

[4] Como salienta o Acórdão, "enquanto a garantia jurisdicional é assegurada, por via de regra, num momento subsequente ao ato de ingerência no direito, a reserva de juiz é exercida em momento anterior". Para uma diferenciação entre reserva de juiz e jurisdição, por todos, MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 38 e seguintes.

Tribunal Constitucional que a solução adotada pelo Código de Processo Penal, de admitir o controlo do juiz *a posteriori*, é constitucionalmente suportável porquanto vai ao encontro "da configuração constitucional dos papéis conferidos ao Juiz e ao Ministério Público".

2. O voto de vencido do Juiz Conselheiro Manuel da Costa Andrade

O Acórdão culmina com uma declaração de voto do Juiz Conselheiro Manuel da Costa Andrade, que logo assinala que as dúvidas que havia já exprimido, noutra sede[5], sobre a solvabilidade constitucional da norma subiram de tom no contexto dos autos. Nessa senda, começa por notar, em sentido divergente com a maioria decisória, que o regime da apreensão é mais gravoso que o regime do arresto preventivo, na medida em que a apreensão nem exige "um juízo de fundado receio de perda de garantia patrimonial ou de forte indiciação dos ilícitos", o que, aliado à dispensa de juiz, conduz a "uma maior desconsideração das garantias e direito de defesa", aliás já com manifestação empírica porquanto "abundam os casos de eternização de apreensões decididas sem a formulação de um juízo sólido de indiciação da responsabilidade criminal e/ou de receio de dissipação dos bens".

Num segundo passo, a declaração de voto centra-se na questão da competência para praticar o ato de apreensão, identificando aí "os mais profundos e dificilmente ultrapassáveis problemas de conformidade constitucional" do problema. Começa por indicar que a reserva de juiz só excecionalmente poderá admitir uma intervenção *a posteriori* na proteção de direitos, visto que subjaz ao artigo 32.º, n.º 4, da Constituição um propósito preventivo. E avança para a contestação do Acórdão na parte em que recusa uma intervenção *a priori* sob o argumento da necessidade de compatibilização com os mandamentos da estrutura acusatória na fase de inquérito. A este respeito, a declaração de voto estriba-se no que designa como uma distinta "compreensão da atuação do juiz de instrução na fase pré-acusatória". Na ótica do Juiz Conselheiro vencido, socorrendo-se de Figueiredo Dias, o juiz apresenta-se neste momento processual "como entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos atos processuais singulares que, na sua pura objetividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdade e garantias [...]" – pelo que o exercício dessa competência legal não colide com a direção do inquérito pelo Ministério Público, sob pena de também outros atos como a "compressão preventiva do direito à liberdade, a concretização de escutas telefónicas ou a materialização de buscas" incorrerem igualmente numa similar incompatibilidade face à atuação preventiva do juiz que os mesmos exigem. Numa palavra, reitera que o critério para aferir o momento da intervenção do juiz não poderá assentar numa lógica de distribuição de poderes de direção de inquérito que dê causa a uma minimização do juiz, mas antes na existência de uma lesão a um direito fundamental, neste caso, ao direito de propriedade.

[5] COSTA ANDRADE, Manuel da / ANTUNES, Maria João, "Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens de crime", *RLJ* 4005 (2017) (pp. 360-370).

Finalmente, enfrenta também o tema do grau de afetação do direito de propriedade, asseverando que "contrariamente ao propugnado no entendimento que fez maioria, estamos perante uma ingerência claramente gravosa no direito de propriedade. Que, sem limite temporal definido, priva o proprietário, não só do direito de disposição, antes inviabilizando, identicamente, o uso e fruição do bem". Pelo que, também pela identificação de uma mais intensa lesão ao direito de propriedade, conclui novamente o Juiz Conselheiro pela improcedência do juízo de não inconstitucionalidade.

III. Comentário

1. A natureza híbrida da apreensão

Não obstante a sistemática do Código de Processo Penal sugerir diversamente ao regular as apreensões no Capítulo III do Título III sob título "[d]os meios de obtenção de prova", a apreensão é de forma praticamente unânime tratada como uma figura orientada a uma dupla função[6] – o que é também reconhecido no Acórdão n.º 387/2019 –, ou seja, não limitada apenas a propósitos probatórios, mas também dirigida a garantir a indisponibilidade de bens com vista à sua futura perda a favor do Estado.

No que respeita à mais visível função de servir de meio de obtenção de prova, a apreensão propõe-se a guardar os vestígios da prática do crime, abrangendo os bens utilizados ou produzidos no contexto do facto típico ilícito. No entanto, a apreensão de bens não conduz o mais das vezes à obtenção de prova, visto que o bem em causa, quando possa ser cogitada a sua apreensão, é já conhecido e encontra-se, por isso, já identificado por referência ao crime sob investigação. Nessa medida, com a apreensão do bem "não se obtém, normalmente, nada de novo"[7], logrando-se com ela, ao invés,

[6] TOLDA PINTO, António Augusto, *A tramitação processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 358; DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, "Perda de bens a favor do Estado – arts. 7.º – 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)", in: AA. VV., *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 139; GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, *Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 375; RIBEIRO, Vinício, *Código de Processo Penal – Notas e comentários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 366; MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Volume II, Lisboa: Verbo, 2011, p. 289; CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: INCM, 2012, p. 154; *idem*, "Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime", *RPCC* 25 (2015) (pp. 505-543), p. 507; *ibidem*, *Comentário Judiciário do Código do Processo Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 620-630; COSTA ANDRADE, Manuel da / ANTUNES, Maria João, "Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens de crime", *cit*., pp. 360-362; ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, p. 116. Aparentemente desconsiderando, secundarizando, ou pelo menos omitindo, esta funcionalidade dual, SIMAS SANTOS, Manuel / LEAL-HENRIQUES, Manuel / SIMAS SANTOS, João, *Noções de processo penal*, Lisboa: Reis dos Livros, 2011, p. 230; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição, Lisboa: UCP, 4.ª edição, 2011, p. 504; CONCEIÇÃO, Ana Raquel, "O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado: descontinuidades e aplicação prática", *ROA* 80 (2020) (pp. 13-39), p. 22. Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de julho de 2016, processo n.º 244/11.0TELSB-G.L1-9.

[7] CONDE CORREIA, *Comentário Judiciário do Código do Processo Penal*, cit., p. 622.

prevenir que um objeto perigoso subsista na disponibilidade do seu titular e/ou garantir a sua conservação[8]. Consequentemente, o traço que empiricamente adquire contornos distintivos na apreensão enquanto meio de obtenção de prova, não obstante um lastro mínimo que se mantém entre o bem e a prova da ocorrência do facto criminoso, é na verdade a sua utilidade enquanto meio de conservação da prova.

A apreensão funcionaliza-se também a desígnios de garantia processual da perda, aí sem qualquer ressonância probatória, assentes na prossecução de finalidades relacionadas com uma opção de política criminal de reconstituição da situação patrimonial anterior ao facto típico ilícito, a pedagogia de que o "crime não compensa"[9]. Este imperativo carece de concretização independentemente de qualquer valia na obtenção de prova. Surge assim uma segunda função da apreensão enquanto "meio de segurança dos bens que tenham servido ou estivessem destinados a servir a prática do crime, ou que constituam o seu produto, lucro, preço ou recompensa, como forma de garantir a execução da sentença penal"[10].

O paradigma conservatório domina, pois, o regime processual da apreensão, sempre em vista a uma futura perda dos bens – tanto mais que o corpo do artigo 178.º do Código de Processo Penal está sobrecarregado "com formalidades exclusivamente dirigidas à conservação de ativos, para efeitos de seu posterior confisco"[11] e que o regime de restituição de objetos apreendidos do artigo 186.º do Código de Processo Penal se encontra construído em diálogo direto com o regime da declaração de perda a favor do Estado do Código Penal[12]. Este paradigma de indisponibilização temporária do bem apreendido aproxima a apreensão de outras figuras processuais penais, mormente o arresto preventivo do artigo 228.º do Código de Processo Penal e o arresto

[8] Assim, MARCOLINO DE JESUS, Francisco, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 202-203, que distingue uma natureza preventiva, que "visa evitar que os objectos que serviram ou estavam destinados para a prática de um crime venham a ser utilizados no cometimento de novos ilícitos" e uma natureza conservatória de assegurar a eficácia de uma decisão de perda do bem apreendido.

[9] Sobre o tema FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*, 4.ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 613 e seguintes; CONDE CORREIA, "Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime", cit., pp. 513 e seguintes; CAEIRO, Pedro, "Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco "in rem" e a criminalização do enriquecimento ilícito", *RBCC* 21 (2011) (pp. 453-501), pp. 273 e seguintes; RIGOR RODRIGUES, Hélio / CONDE CORREIA, João, "O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.11.2016, proferido no processo n.º 905/15.4IDPRT.P1)", *Julgar Online*, 2017, p. 9, disponível em http://julgar.pt/o-confisco-das-vantagens-e-a-pretensao-patrimonial-da-autoridade-tributaria-e-aduaneira-nos-crimes-tributarios/. Realçando a (ainda) maior relevância deste propósito no contexto da criminalidade organizada, porquanto nesse âmbito o lucro surge como "finalidade objectiva e motivação do agir", SILVA DIAS, Augusto, "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito", in: AA. VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2011 p.30.

[10] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 294/2008, de 1 de julho de 2008.

[11] CONDE CORREIA, João, *Comentário Judiciário do Código do Processo Penal*, *cit.*, p. 625.

[12] COSTA ANDRADE / ANTUNES, "Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens de crime", cit., p. 362.

dos bens de arguido do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. No entanto, os regimes de arresto distanciam-se da apreensão na medida em que apontam a um escopo material mais amplo, não visando apenas o património incongruente e dispensando, portanto, uma conexão ilícita. Não existe, pois, uma "ligação reprovável, ainda que atenuada (sucedâneo, vantagem indireta) entre uma coisa e um crime qualquer [...]. Quando estão em causa os proventos, direta ou indiretamente, resultantes da prática do crime ou o seu sucedâneo, o legislador utiliza a apreensão; quando apenas está em causa o valor daqueles proventos ou do património incongruente o legislador utiliza o arresto"[13]. Sem prejuízo destas diferenças, não deixa ainda assim de se identificar uma teleologia comum ao arresto e à apreensão, pois que a figura do arresto, tal como a apreensão para efeitos de garantia, e nas palavras do Juiz Conselheiro Manuel da Costa Andrade, "continua vinculada ao desígnio de captura das importâncias necessárias a garantir um valor equivalente [às] vantagens do crime", não podendo, por isso, perder de vista a sua correspondência quantitativa com o montante da incongruência[14]. Sem adiantar demasiado o que de seguida nos ocupará, é esta proximidade entre apreensão e arresto que, a final, vai tornar difícil deslindar um racional válido para a vigência de regimes adjetivos diferenciados, designadamente no que concerne à exigência de validação prévia pelo juiz de instrução.

Em suma, apesar de o Código de Processo Penal não distinguir adjetivamente a apreensão para prova da apreensão enquanto garantia de perda, as diferenças materiais subjacentes, ainda que casuisticamente possam confluir, não deixam de ser assinaláveis e alastram-se à sua natureza (probatória, por um lado, de garantia, por outro), aos requisitos legais (para efeitos de prova, bastará o seu achamento no local do crime ou qualquer tipo de utilidade probatória, enquanto que para efeitos de garantia se exige uma conexão com a prática do facto ilícito típico), às finalidades (descoberta da verdade por contraposição à eventual futura perda a favor do Estado) e à sua duração (visto que a apreensão probatória cessará assim que se tornar desnecessária a esses fins, nos termos do artigo 186.º, n.º 1, do Código de Processo Penal; no entanto, a apreensão dirigida à garantia processual poderá subsistir até ao trânsito em julgado, conforme dispõe o n.º 2 daquele artigo 186.º)[15].

Por caminhos distintos e prosseguindo, portanto, necessidades também desiguais, apreensão probatória e apreensão enquanto garantia processual convergem, porém,

[13] CONDE CORREIA, "Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime", cit., pp. 528-529.

[14] Sob pena de se converter o arresto numa medida processual penal do inimigo, destituído de qualquer necessidade articulada a partir da factualidade apurada e passível de operar previamente à formação do juízo de culpa, como refere CONCEIÇÃO, "O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado: descontinuidades e aplicação prática", cit., p. 32. Diferente será a ponderação de interesses no âmbito do regime da perda alargada do artigo 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, na medida em que aí já não está em causa uma medida passível de acionamento na fase de inquérito, mas tão-só após uma decisão condenatória, o que reforça a sua legitimação e permite afastar a sua vocação processual penal, antes aproximando-a de um efeito penal. Assim, SILVA DIAS, "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito", cit., p. 39.

[15] Acompanhamos ROSA PAIS, Ana Isabel, "A decisão de apreensão de bens: reflexões à luz do novo Regulamento da União Europeia de 14 de novembro de 2014", *RPCC* 29 (2019) (pp. 195-208), p. 205.

no efeito de gerar uma "indisponibilidade sobre uma coisa, com caráter provisório"[16]. O Acórdão do Tribunal Constitucional que serve de mote a este texto considerou que esta convergência, ainda que pouco profunda, era ainda assim suficiente para legitimar a sujeição da apreensão a um só regime adjetivo. É esse juízo que de seguida será problematizado.

2. A compressão do direito de propriedade

A imposição processual de um vínculo de indisponibilidade sobre o bem apreendido dá azo, naturalmente, a uma perturbação ao direito de propriedade. Como se sintetizou já (*cfr*. *supra* II., 1.), o Tribunal Constitucional entendeu que, independentemente da finalidade probatória ou de garantia que subjaz à apreensão, os efeitos que produz na compressão da propriedade são idênticos e apenas restritivos do direito à livre transmissão do bem – e, como tal, insuscetíveis de atingir o núcleo essencial do direito do artigo 62.º da Constituição. Estas considerações suscitam, porém, perplexidades, a maior das quais incidente na indiferenciação analítica dos diferentes tipos de apreensões.

Neste sentido, afigura-se, no mínimo, precipitada a forma como o Acórdão desconsidera a relevância da concreta finalidade da apreensão no quadro da conciliação com o direito de propriedade, limitando-se a indicar que "enquanto vigorar a apreensão, o grau e a dimensão da afetação do seu direito de propriedade sobre o bem são potencialmente os mesmos na apreensão para prova e na apreensão preordenada à perda". Com efeito, as distintas finalidades subjacentes à apreensão indiciam que a justificação para a afetação do direito de propriedade é diferente consoante ocorra por razões probatórias ou de garantia – e essa imediata constatação deveria ter levado o Tribunal Constitucional a promover uma análise mais detida à possibilidade de se gerarem diferenças também no grau de legitimação da lesão. Vejamos mais de perto.

A apreensão para fins de obtenção de prova acolhe de forma direta desígnios diretamente relacionados com o princípio da descoberta da verdade material, sendo portanto *conditio sine qua non* ao exercício da ação penal, em particular à sua fase de inquérito, momento-chave para a recolha da prova. Já a apreensão enquanto garantia processual de perda, conforme se foi antecipando, não está tão implicada com o propósito de descoberta da verdade, desde logo porque nestes casos o bem apreendido é destituído de qualquer utilidade probatória. A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional aparenta sinalizar isso mesmo, pois que tende a associar as medidas processuais de garantia restritivas do direito de propriedade à prossecução de outros interesses, como o sejam "pressionar os arguidos a comparecerem em juízo, a fim de aí serem julgados pelos crimes que lhes são imputados"[17] ou o "interesse na execução das consequências legais do ilícito penal"[18], ou ainda, e nas palavras do Acórdão sob comentário, o interesse em "reconstituir a situação patrimonial que existia antes". Ora, este maior distanciamento da apreensão enquanto garantia para a descoberta da

[16] CONDE CORREIA, *Comentário Judiciário do Código do Processo Penal*, cit., p.623.

[17] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 188/1991, de 7 de maio de 1991.

[18] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 294/2008, de 1 de julho de 2008.

verdade material não pode deixar de implicar uma certa atenuação do peso da justificação que preside à lesão do direito de propriedade. Independentemente da apreensão enquanto garantia servir ainda finalidades relacionadas com as consequências jurídicas do crime, também passíveis de valoração constitucional[19], é inevitável um enfraquecimento da justificação face à apreensão com propósitos probatórios: basta ver que a obtenção de prova é imprescindível à identificação e repressão do crime, indo ao encontro de princípios processuais penais que se manifestam logo na fase de inquérito, designadamente princípios de promoção, prossecução e prova processual[20], enquanto a apreensão como garantia processual de perda não é condição imprescindível dessa identificação e repressão. Sintomático disso é a garantia processual de perda, contrariamente à apreensão sob desígnios probatórios, servir finalidades provisórias que só se consolidarão na eventualidade de vir a ser proferida uma decisão de condenação e, seguidamente, uma decisão que declare a perda dos bens (enquanto a apreensão probatória desempenha um papel relevante imediato na condução do inquérito). Mas também a constatação de que esses objetivos de garantia não deixam de poder ser prosseguidos em momento posterior ao inquérito (enquanto a apreensão probatória tem que ser primordialmente concretizada no momento processual reservado à recolha de prova). O que significa que a apreensão dirigida a garantir a perda futura dos bens, além de estar mais distante do primeiro propósito do processo penal, nem sequer constitui uma medida imprescindível à fase de inquérito[21]. Logo, sendo mais frágil a motivação e a urgência na apreensão enquanto garantia de perda na fase de inquérito, logicamente que se agrava qualitativamente a lesão que vai causar ao direito de propriedade, para mais considerando que ocorre num momento em que o juízo de culpa é ainda muito frágil e nunca judicialmente validado.

Tudo isto permite ancorar, portanto, uma conclusão oposta à que foi subscrita pelo Tribunal Constitucional: há efetivas diferenças nas justificações para a afetação do direito de propriedade consoante a apreensão vise propósitos probatórios ou pretenda garantir processualmente uma futura declaração de perda de bens. Por conseguinte, logo a montante a questão de compatibilidade constitucional de uma norma que prescinda da intervenção do juiz para lesar o direito de propriedade no inquérito deve ser cindida por forma a sopesar a sustentabilidade dessa solução normativa consoante se esteja perante uma justificação mais (caso das apreensões com fins probatórios) ou menos (como sucede nas apreensões para garantia processual de perda) forte para apreender, tendo que se concetualizar uma margem de conformidade mais exígua e,

[19] Por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 315/2015, de 3 de junho de 2015, que salientou que "um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de ondutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas". Sobre o tema, CURA MARIANO, João, "Os bens de terceiros no regime da «perda alargada»", *Estudos Projeto ETHOS – Corrupção e criminalidade económico-financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 331 e seguintes.

[20] Acompanhamos a categorização de princípios gerais oferecida por FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 114 e seguintes.

[21] Eventualmente poderá ser imprescindível a sua efetivação em casos de urgência ou perigo de perda dos bens, o que, em todo o caso, suscitaria uma solução normativa diferente da ora sob análise.

portanto, um controlo mais apertado da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida nas apreensões que pretendem servir de garantia processual de perda.

Aqui chegados, as considerações subsequentes que são esgrimidas no Acórdão n.º 387/2019 ficam também contaminadas pela precipitação anteriormente exposta, visto que partem deste pressuposto de que a apreensão não carece de um controlo de constitucionalidade distinto consoante a justificação subjacente ao seu acionamento. De todo o modo, merece atenção a afirmação do Acórdão de que a lesão ao direito de propriedade é "pouco intensa" porquanto perturbaria apenas provisoriamente uma dimensão não nuclear daquele direito fundamental. Primeiro, porque o Tribunal Constitucional é algo *apressado* na forma como secundariza a dimensão jusfundamental da "liberdade de transmissão". Segundo, porque há outras dimensões do direito de propriedade também lesadas e que o Tribunal Constitucional se eximiu sequer de ponderar.

Ainda que não se detenha na análise aos efeitos da apreensão no que respeita à subsequente administração ordinária e extraordinária do bem, o Tribunal Constitucional assinala que tal medida "afeta apenas a liberdade de transmissão de bens", o que o leva a considerar que, por isso, inexiste uma lesão a uma "dimensão do direito de propriedade que se mostre indispensável à concepção do direito de propriedade". A exclusão do direito à transmissão do bem enquanto dimensão fulcral do direito fundamental de propriedade, é, porém, parcamente fundamentada, dado que o que se colhe do Acórdão é unicamente uma referência ao aresto do mesmo Tribunal n.º 425/2000, no qual se afirmou que a manifestação "direito de transmissão" aí sob escrutínio não se situa "no âmbito da dimensão em que ao direito de propriedade se aplica o regime definido para os direitos, liberdade e garantias". Ora, esta desvalorização do "direito de transmissão", nos termos em que foi articulada, está aquém do labor jusfundamental que a questão exigia. Isto porque a faculdade incidente na "liberdade de transmissão" constitui uma das revelações primaciais do direito fundamental, sendo até explicitamente descrita na Lei Fundamental no texto do n.º 1 do artigo 62.º. E ainda que seja passível de amplo debate o regime a que esta dimensão do direito de propriedade se deve subordinar, sobretudo se reclama ou não a aplicação do regime aplicável aos direitos, liberdades e garantias[22], dificilmente se poderá conceber que a "liberdade de transmissão" seja apartada desse grau de proteção constitucional por apelo ao Acórdão n.º 425/2000, por se tratar de um precedente descontextualizado e sem qualquer afinidade ao problema suscitado pelo regime das apreensões em processo penal. Na verdade, este Acórdão de 2000 que o Tribunal Constitucional agora exibe como atalho para decidir pelo desmerecimento da "liberdade de transmissão" dizia respeito a uma questão de direito sucessório desconexa com o problema de "liberdade de transmissão" suscitado pela apreensão em processo penal, sendo que, ademais, do teor desse Acórdão nem sequer se alcança essa exclusão da faculdade transmissiva do núcleo essencial do direito de propriedade, como aliás não foi também a posição sustentada em Acórdãos posteriores do Tribunal Constitucional. Naquele Acórdão n.º

[22] Sobre o tema e as diferentes teses em torno do mesmo, NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 658-664.

425/2000, discutia-se a constitucionalidade de norma extraída do artigo 2186.º do Código Civil da qual resultaria a imposição de uma indisponibilidade relativa – sublinhe-se, meramente relativa – de doação de bens a favor de pessoa com quem o testador casado tenha cometido adultério. Foi nesse contexto que o Tribunal, não deixando de afirmar a "liberdade de transmissão" como uma das dimensões explicitamente garantidas do direito de propriedade, subscreveu um entendimento segundo o qual "não pod[e] haver bens vinculados ou sujeitos a interdição de alienação. Este direito deve ser entendido no sentido restrito de direito de não ser impedido de a transmitir, mas não no sentido genérico de liberdade de transmissão, a qual pode ser mais ou menos profundamente limitada por via legal [...] [D]iga-se a terminar, nem estaríamos, quanto ao ponto particular de que nos ocupamos, no âmbito da dimensão em que ao direito de propriedade se aplica o regime definido para os direitos, liberdades e garantias". Numa palavra, neste aresto, o Tribunal Constitucional não despromoveu a "liberdade de transmissão" no universo do direito de propriedade – como parece ter sido leitura extrapolada do presente Acórdão n.º 387/2019 –, nem isso resulta de arestos posteriores[23]; veio antes refinar a sua incidência, recortando-o a partir de um mandamento indisponível de "não impedimento da transmissão". Não só a norma sucessória então sob escrutínio, como será agora claro, não partilha suficientes afinidades com a norma extraída do artigo 178.º do Código de Processo Penal ao ponto de tornar legítima a repristinação dos fundamentos do Acórdão n.º 425/2000 para resolver o problema dos bens apreendidos – como se alcança facilmente dos violentos efeitos espoletados pela apreensão de bens, em particular a impossibilidade do proprietário os transmitir e até a possibilidade de ver o seu bem ser alienado pelo Estado[24] –, como o entendimento sufragado em 2000 não permite sequer acomodar como "pouco intensa" a lesão à "liberdade de transmissão".

Mas não só. Acresce ao que vem de se expor que o Acórdão n.º 387/2019 se eximiu igualmente de ajuizar se a apreensão comprime outras faculdades ínsitas ao direito de propriedade – omissão que de novo ocorre em prejuízo para o balanceamento que foi chamado a fazer. São largamente conhecidas as diferentes faculdades que o direito de propriedade encerra para lá da já aludida "liberdade de transmissão", como o sejam a liberdade de adquirir bens e a faculdade de não se ser privado da propriedade nem do seu uso. Em adição a estas dimensões explicitamente previstas, associa-se comummente ainda uma outra, de fonte implícita: a "liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário"[25]. Esta dimensão, que se decompõe nas correspondentes faculdades de usar e de fruir do bem, é usualmente construída como uma manifestação necessária da relação do direito de propriedade com o direito à liberdade, enquanto forma de incorporar na Constituição os efetivos poderes que exponenciam as liberdades de ação do proprietário,

[23] Por exemplo, o Acórdão n.º 148/2005, de 16 de março de 2005.

[24] Assim, os artigos 10.º e 14.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, sob epígrafe "[a]*dministração de bens*" e "[v]*enda antecipada*".

[25] Veja-se, por todos, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada – artigos 1.º a 107.º*, 4.ª edição, 2007, pp. 802 e seguintes.

concretamente através da utilização e aproveitamento do seu bem[26]. Nas palavras do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 148/2005, "[é] certo que a verificação de que a Constituição não define o conteúdo do direito de propriedade e que o direito de usar e fruir os bens de que se é proprietário não está explicitamente contemplada no artigo 62.º não conduz a que o legislador possa modelar o direito de propriedade de modo a despojá-lo de um conteúdo mínimo de faculdades sem o qual o direito subjectivo ficaria aniquilado e a própria garantia de instituto perderia substância".

Retornando ao regime legal da apreensão em processo penal, uma incursão aos efeitos jurídicos acoplados a esta medida revela o potencial lesivo desta "liberdade de utilização e fruição". A compressão desse uso e fruição decorre da conservação do bem à guarda do Estado, e, sobretudo, da possibilidade de vir a ser provisoriamente utilizado por órgãos de polícia criminal ainda antes de se efetivar a sua perda (*cfr*. artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 11/2007, de 19 de janeiro) ou de, também antes de qualquer perda, vir a ser afeto a finalidade pública ou socialmente útil conexa com a administração da justiça ou mesmo destruído por decisão alheia ao proprietário (*cfr*. artigo 10.º, 14.º e 16.º da Lei n.º 45/2011). Tudo vicissitudes que, além de obstarem ao exercício do direito de transmissão de forma contundente, impedem também o uso e fruição, inclusivamente de forma potencialmente perpétua, isto é, mesmo que mais tarde nem venha a ser declarada a perda do bem apreendido a favor do Estado.

Destarte, emerge agora de forma ainda mais nítida que a análise do Acórdão n.º 387/2019, no que respeita à afetação do direito de propriedade, foi insuficiente perante o que as particularidades normativas em causa exigiam. Ao ignorar o impacto das diferentes funções da apreensão e a forma como dão azo a justificações qualitativamente distintas para comprimir o direito de propriedade, o Tribunal Constitucional acabou por guiar a sua análise à afetação daquele direito fundamental sob o errado pressuposto de que a lesão necessária a esse direito não sofre modificações quanto à sua necessidade, adequação e proporcionalidade consoante esteja em causa uma apreensão probatória ou uma apreensão para garantia processual de perda. Seguidamente, ao não cuidar de examinar todas as faculdades do direito de propriedade que são potencialmente atingidas com uma medida de apreensão, e ao aceitar de forma excessivamente perfunctória que a "liberdade de transmissão" não se situa no núcleo essencial daquele direito, o Acórdão afastou-se de caminhos imprescindíveis ao teste de suportabilidade constitucional da norma escrutinada – o que o levou a uma conclusão excessivamente onerosa para o direito de propriedade. Ilustrativo disso mesmo é que o Acórdão chega ao ponto de afirmar que a apreensão pode até prescindir de "qualquer apreciação de mérito relativa à sua adequação ou necessidade"[27] porquanto, a seu ver, esses tipos

[26] NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, *cit*., 2007, p. 907; MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa* Anotada, Volume I, Lisboa: UCP, 2017, pp. 896 e seguintes.

[27] Como refere CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alegada*, cit., p. 137, a apreensão dirigida ao posterior confisco subordina-se a "exigências especiais de alegação e demonstração. O Ministério Público tem de adequar o seu discurso às circunstâncias particulares de cada caso concreto. Uma referência genérica, vaga e conclusiva é aqui, como em qualquer outro caso, insuficiente". Ainda mais nitidamente, refere o Autor, *Comentário Judiciário do Código do Processo Penal*, *cit.*, p. 633, "[e]mbora a lei não o

de juízos seriam exclusivos da decisão judicial de perda do bem. É, a nosso ver, manifesto que independentemente de ser instrumental a uma decisão judicial futura, o despacho de apreensão, mesmo quando vise unicamente propósitos de garantia, nunca pode prescindir de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade *vis-a-vis* os indícios criminais já recolhidos e a conexão dos mesmos com os bens que se pretende apreender. Ao admitir a dispensa dessa apreciação de mérito, o Tribunal Constitucional aparenta *ficcionar* que está em causa uma medida processual sem qualquer impacto – seja ele mais ou menos intenso – nos direitos fundamentais, o que nem sequer é coerente com as próprias considerações que tece ao longo do Acórdão, dando assim *carta branca* a apreensões eventualmente destituídas de qualquer suporte factual e jurídico. O que, uma vez mais, implica um sacrifício extremo para as dimensões acima mencionadas do direito de propriedade, incompatível com o seu valor constitucional e a sua localização central na concretização de outros direitos subjetivos[28].

3. A competência do juiz de instrução na fase de inquérito

Aceitando-se que o Acórdão não foi capaz de antever e ajuizar todas as implicações da projeção da norma sob escrutínio no direito de propriedade, sai igualmente prejudicado o balanceamento que o Tribunal Constitucional fez entre o grau dessa restrição e a necessidade de intervenção *a priori* do juiz de instrução para proteção de direitos fundamentais na fase de inquérito. Recorde-se que, como sumarizado (*cfr. supra* II., 1.), entendeu o Tribunal que a norma que defere a competência ao Ministério Público não implicaria uma violação insuportável do direito ao juiz, porquanto, face à dimensão da lesão em causa – "pouco intensa", nas suas palavras –, a alternativa exigência de intervenção prévia causaria uma deturpação excessiva da função de domínio da investigação que é acometida ao Ministério Público por irradiação do princípio da estrutura acusatória.

Independentemente da discordância prévia sobre o grau de afetação do direito fundamental de propriedade – que militará sempre no sentido do agravamento das críticas à posição do Tribunal quanto à reserva de juiz –, também neste momento decisório se suscitam dúvidas sobre a construção proposta pelo Tribunal Constitucional para salvar a norma sob escrutínio. Desde logo porque, como é sublinhado na declaração de voto do Juiz Conselheiro Manuel da Costa Andrade, o Tribunal aparenta pretender otimizar duas coordenadas que na verdade não são antagónicas, antes confluentes no

refira expressamente, a autorização, determinação ou validação de uma apreensão pressupõe a existência de indícios, com o mínimo de consistência, da prática de um facto ilícito típico. Sem essa suspeita inicial, a medida não se justifica, não podendo, sob pena de se transformar em mero arbítrio, ser autorizada, ordenada ou validada pela autoridade judiciária competente. O direito de propriedade (art. 62," CRP) só pode ser restringido, ainda que provisoriamente, se existirem razões para tal".

[28] É notória e propalada a "proximidade entre a garantia da propriedade e outros direitos fundamentais que tutelam a autonomia privada, no sentido da livre determinação da vontade individual, como a liberdade de escolha de profissão, a liberdade de associação e a liberdade de iniciativa privada e a inegável dimensão económica daquela garantia", NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, cit., p. 905.

modelo processual penal constitucionalmente arquitetado: as competências do Ministério Público e a intervenção do juiz de instrução.

O papel adstrito ao juiz na fase de inquérito vem suscitando, com acentuada tendência nos últimos anos, divergências relevantes no seio da doutrina e da jurisprudência[29]. Assim, e sem prejuízo de propostas intermédias, se, numa lógica ampliativa, se pode admitir uma intervenção judicial em inquérito sempre que se vislumbre um ato passível de contender com direitos fundamentais, em sentido divergente, e numa lógica mais restritiva, pode-se também limitar essa intervenção às situações que o legislador processual penal antecipou já como justificativas dessa interferência – nomeadamente nos artigos 268.º e 269.º do Código de Processo Penal. Para os partidários da tese primeiramente enunciada, seria o juiz de instrução exclusivamente competente na fase de inquérito para praticar atos que "na sua pura objetividade externa"[30] implicassem posições constitucionalmente asseguradas, o que encontraria suporte nítido na textualidade do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, enunciativo de uma forma de proteção de direitos fundamentais, mas igualmente de um direito ao juiz "também ele, como um direito fundamental"[31]. Para os defensores de uma construção mais restritiva, a concretização do direito ao juiz teria uma manifestação prévia ao ato apenas nas situações assim previstas na lei processual penal, salvaguardando a possibilidade de se suscitar a intervenção *a posteriori* nos demais casos, em nome do princípio da autonomia do Ministério Público e da suposta tutela da estrutura acusatória do processo penal, enraizados nos artigos 219.º, n.º 2, e 32.º, n.º 5, da Constituição, e, paralelamente, de uma necessidade de flexibilização do direito ao juiz.

Conforme se antecipou já, o Acórdão n.º 387/2019 afasta-se da construção mais restritiva, aceitando que a maior garantia de neutralidade, independência e distanciamento à investigação pode levar a uma imposição constitucional de intervenção do juiz quando se anteveja uma casuística carência de proteção de direitos fundamentais. O foco centra-se, pois, no momento dessa intervenção e na discussão de uma eventual imposição constitucional de acionamento do juiz antes ainda da efetivação do ato lesivo. E é neste quadro que o Acórdão chama à colação a dimensão jurídico-orgânica da reserva de juiz, ou seja, a constatação de que a reserva de juiz ocorre "por contraposição à autoridade que o dirige e às autoridades que o realizam"[32], e considera, nesta linha,

[29] Para uma súmula de referências jurisprudenciais, destacando a influência do Tribunal da Relação de Lisboa na tese restritiva da intervenção do juiz de instrução em inquérito, veja-se FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / BRANDÃO, Nuno "O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito", in: AA. VV., *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, II, Lisboa: UCP, 2020, pp. 1155-1156.

[30] A expressão resulta de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal", in: AA. VV., *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 3-34 CEJ, 1988, p. 16, também utilizada em DÁ MESQUITA, Paulo, *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária: investigação criminal, repartição de funções dos órgãos de estado e sistemas de controlo: estatuto e competências do Ministério Público: poderes dos órgãos de soberania politicamente conformadores, do juiz de instrução e dos órgãos de polícia criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 173.

[31] MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, cit., p. 42.

[32] *Idem*, p. 80.

que é necessário incorporar na análise de constitucionalidade uma nova variável para lá da proteção de direitos fundamentais: o grau de esvaziamento das competências do Ministério Público no inquérito. O Tribunal chega, assim, a um cenário de restrições recíprocas: o direito de propriedade que reclamaria a intervenção de juiz (o problema jurídico-fundamental) que, por seu turno, suscitaria perigo de compressão das funções do Ministério Público na investigação do crime (o problema jurídico-orgânico). E é pressionado por estas resistências e pela afirmação de uma lesão "pouco intensa" ao direito de propriedade que vai decidir pela legitimidade da dispensa da validação prévia do juiz, louvando-se na suficiência do mecanismo de controlo *a posteriori* do artigo 178.º, n.º 7, do Código de Processo Penal[33].

No entanto, os fundamentos esgrimidos no Acórdão parecem, no mínimo, sobrevalorizadores do peso do problema jurídico-orgânico na balança constitucional e, no máximo, perturbadores do núcleo essencial da função protetiva do direito ao juiz.

Num primeiro momento, em linha com a declaração de voto de vencido, a fundamentação que ressalta do Acórdão pode ser vista como desencontrada com a engenharia constitucional em torno da articulação de funções entre o juiz e o Ministério Público na fase de inquérito. Não existe qualquer conflito que careça de ser otimizado, porquanto um e outro intervêm em situações que são constitucionalmente diferenciadas[34] – o juiz é acionado, nas palavras da declaração de voto, "em face de uma atuação garantística, mas de uma intervenção que não se dá ex oficio" – e o fazem sob diferentes propósitos[35]. Tanto mais que a circunstância de o juiz validar previamente um ato que contende com direitos fundamentais não perturba o poder de direção de inquérito do Ministério Público, visto que o Tribunal apenas autorizará a apreensão após um requerimento nesse sentido apresentado por esse mesmo *dominus* da investigação.

Mas mesmo que se insista num conflito constitucional perpétuo entre juiz de instrução e Ministério Público durante a fase de inquérito que carece de constante otimização legal, nunca a questão da repartição de competências de inquérito poderá ser tida como o critério chave para se dispensar o juiz no momento da prática do ato. E assim é porquanto a dimensão jurídico-fundamental do direito ao juiz é necessariamente anterior e prevalecente sobre os interesses e implicações jurídico-orgânicas. É o grau de afetação do direito fundamental que faz emergir o direito ao juiz, pelo que apenas considerações sobre a dimensão da lesão em causa (ou, no limite, a urgência no ato,

[33] Sobre este incidente, *ibidem*, p. 409. Considerando que até este incidente judicial *a posteriori* contende com o poder de direção do inquérito do Ministério Público, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 505.

[34] Nas palavra de Jorge de Figueiredo Dias quando da 2.ª Revisão Constitucional e a propósito da relação do artigo 32.º da Lei Fundamental com o processo penal, o juiz de instrução, diferentemente do Ministério Público, "*não teria quaisquer responsabilidades na investigação, mas apenas função de controlo e garantia*" (*cfr*. *A Revisão Constitucional e Processo Penal e os Tribunais*, Lisboa: Livros do Horizonte, 1981, p. 55).

[35] A intervenção do juiz na fase de inquérito tende a ser justificada pelas suplementares garantias de neutralidade e distanciamento face ao rumo da investigação, enquanto juiz das liberdades (*cfr*. SOARES DA VEIGA, Raúl, "O juiz de instrução e a tutela de direito fundamentais", in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 191). Mas também por razões de eficiência decisória e como forma de compensação pelo défice de contraditório no percurso decisório.

que não estava em causa) poderão em primeira linha reduzir a incidência dessa reserva de juiz. O interesse na repartição de competência não pode senão servir como um limite – e um limite variável, porque dependente do tipo e grau de lesão ao direito fundamental – ao juízo de necessidade da intervenção do juiz. Aliás, a elevação do problema da compatibilização das competências dos sujeitos processuais a critério de desbloqueio da reserva de juiz desvirtuaria a própria essência do direito ao juiz, deixando de se impor perante atos que se "prendam diretamente com os direitos fundamentais" para passar a aplicar-se a todos os atos que diretamente se prendam com direitos fundamentais *e* que não perturbem a direção do inquérito pelo Ministério Público[36].

Mas nem é essa a única externalidade negativa do entendimento que fez vencimento no Acórdão. É que a reserva de juiz não se justifica unicamente pela gravidade da medida, mas também como forma de compensação pela "ausência de contraditório na efectivação de medidas restritivas de direitos assentes em juízos de oportunidade dos investigadores" e numa mais-valia qualitativa da participação do juiz "em razão da sua posição institucional, de neutralidade e de independência"[37]. Logo, a sobrevalorização da distribuição de competências em inquérito em que o Acórdão incorre não apenas leva a desfigurar a função preventiva do juiz perante perturbações de direitos fundamentais, como retira também eficácia e legitimidade ao processo decisório que antecede a prática do ato lesivo. O que, novamente, só poderia ser admitido para atos que não lesassem de forma relevante direitos fundamentais (ou perante situações de urgência processual relacionadas com *periculum in mora* que tornem impraticável aguardar a decisão do juiz).

Afastada a relevância, ou pelo menos a preponderância da repartição de competências no inquérito criminal para deslindar da necessidade de intervenção prévia do juiz, importa retornar ao critério da intensidade da lesão ao direito fundamental e à ausência de urgência nas apreensões enquanto garantias de perda para desbravar caminho rumo à concretização ótima do direito fundamental ao juiz. Ora, jogando-se neste plano a questão decisiva, valem aqui as considerações tecidas *supra* (*cfr*. III., 2.) sobre a elevada intensidade da compressão do direito de propriedade que, pelas razões aduzidas, tornam constitucionalmente insustentável a preterição dessa intervenção *a priori*. Nem outra poderia ser a solução, sobretudo quando se trata de ponderar o problema sob o foco específico das apreensões para efeitos de garantia processual de perda, nas

[36] É esse desvirtuamento que se extrai das teses que negam que o juiz possa intervir sequer *a posteriori* no controlo de atos praticados pelo Ministério Público durante o inquérito. É o caso de PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 505, que considera que o incidente de impugnação judicial de ato de apreensão previsto no artigo 178.º, n.º 7, "não é consentânea com a direção do inquérito pelo Ministério Público" e que "se o propósito do legislador foi o de proteger a propriedade, fê-lo de modo que contraria a distribuição de poderes na fase de inquérito". Trata-se, uma vez mais, como refere MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, cit., p. 409, "*de uma visão do processo penal condicionada pela temática da divisão de competências* [...] *que parece ignorar a desvalorização da tutela jurisdicional efectiva que uma tal compressão implicaria*" – e, acrescentaríamos, da própria reserva de juiz. Essa visão procedimental, independentemente das mais-valias processuais, não pode, no entanto, e sem mais, merecer um ascendente constitucional sobre o desígnio de proteção de direitos fundamentais.

[37] Sobres estas teses de compensação e reforço da tutela preventiva, MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, cit., pp. 90 e seguintes.

quais são ainda menos relevantes e prementes as justificações subjacentes à ablação da propriedade.

De resto, esta perspetiva encontra amparo na revisitação de figuras afins, como o aresto de bens, a caução económica e o arresto preventivo, que sugerem igualmente a intervenção prévia do juiz como a opção mais consentânea com os interesses em jogo. E o próprio direito comparado, parcamente referenciado ao longo do Acórdão, não deixa de ilustrar a mesma tendência de validação *a priori* pelo juiz, como sucede no direito alemão[38] e, para as apreensões preordenadas à efetivação de decisão judicial de perda dos bens, no direito italiano[39] e no direito brasileiro[40]. Pelo que, considerando esta ausência de um contra-argumento inequívoco capaz de afastar o princípio regra da intervenção judicial prévia[41], tomando em conta que a intervenção prévia de juiz gera mais-valias no plano do direito ao juiz, da neutralidade e da legitimidade da decisão de apreensão de bens, não se vê como justificar a solvabilidade de uma alternativa normativa que admita a validade de uma apreensão procedimentalmente mais violenta como aquela ordenada ou autorizada pelo Ministério Público, pelo menos no quadro de apreensões sem qualquer préstimo probatório.

4. E ainda a *law in action* ou a situação dos terceiros apreendidos

O caso que esteve na génese do recurso de constitucionalidade revestia-se de particularidades que, não podendo no seu casuísmo penetrar o juízo de constitucionalidade, exponenciam ainda assim de forma particularmente impressiva o tipo de consequências geradas pela solução adotada pelo Tribunal Constitucional.

As sociedades *A*, *B*, *C*, *D*, *E*, *F* e *G*, terceiras no processo-crime, foram alvo de apreensões a bens imóveis que titulavam e que, de acordo com o que alegaram em juízo, exploravam comercialmente, sem qualquer possibilidade de exercer contraditório prévio. Sendo que as apreensões decorreram de decisão exclusiva do Ministério Público, ou seja, sem sequer beneficiar da intervenção do juiz para colmatar essa preterição do contraditório. Acresce que o despacho de apreensão era pouco concretizado[42] na identificação dos indícios criminais e da forma como os mesmos se conexionavam com estas sociedades, não indicando sequer que factos permitiriam fazer prever a possibilidade de estes terceiros perderem os seus bens a favor do Estado por crimes

[38] ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Didot, 2019, pp. 360 e seguinte; em concreto sobre apreensões, pp. 420 e seguintes.

[39] Artigo 321.º, n.os 2 e 2-bis, do Código de Processo Penal italiano, referenciado em COSTA ANDRADE / ANTUNES, "Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens de crime", cit., p. 363.

[40] Artigo 127.º 6.º, e 241.º do Código de Processo Penal brasileiro, referenciado em COSTA ANDRADE / ANTUNES, "Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens de crime", cit., p. 363.

[41] Elevando a intervenção prévia a princípio regra, veja-se MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, cit., pp. 185, 447, admitindo, no entanto, e como vimos ressalvando também, que esse princípio regra de intervenção prévia ceda perante considerações de urgência para a investigação ou similares perigos na demora.

[42] Ou pelo menos foi esse o entendimento do Tribunal Central de Instrução Criminal, que assinalou a invalidade decorrente da falta de fundamentação.

que nunca foram sequer suspeitos de praticar. Mas mais: esta apreensão, afinal decretada sem qualquer juízo casuístico de adequação, necessidade e proporcionalidade, veio a revelar-se tanto mais grave quando mais tarde o juiz de instrução veio a constatar que a prova junta aos autos até permitia perceber que os bens em causa foram adquiridos em momento cronologicamente anterior ao crime sob investigação[43]. E que, por conseguinte, não poderiam ser um seu produto.

Em suma, o caso concreto apresenta um conjunto de opções processuais discutíveis e um percurso decisório incipiente do Ministério Público que muito provavelmente não teriam ocorrido caso tivesse sido legalmente exigida a intervenção prévia do mais distanciado e experimentado juiz de instrução. Para além de tudo que se foi expondo *supra*, este caso demonstra que a preterição do juiz de instrução não só aumenta os riscos de abusos e de acionamento leviano de um regime que lesa gravemente o direito à propriedade e outros direitos com ele conexos, como implica também uma desproteção particularmente evidente dos terceiros, que não obstante alheios ao processo-crime, podem ainda sim ser alvo de apreensões aparentemente acríticas sem que sequer se lhes possa opor uma sujeição processual eventualmente justificativa da ablação temerária da sua propriedade.

Conclusão

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 367/2019 não cuidou de incorporar na sua análise, ou pelo menos não fez influir com o devido rigor, todas as particularidades do regime processual penal das apreensões, em particular no que respeita à sua dupla função e à forma como, consoante a função concretamente prosseguida, podem ser mais ou menos convicentes as justificações para restringir o direito de propriedade. Paralelamente, ficou também por incorporar na decisão todas as dimensões desse direito de propriedade atingidas pela apreensão, considerando em particular que um bem apreendido pode ser afeto a utilizações, destruído ou mesmo alienado à revelia do seu proprietário ainda antes de qualquer decisão judicial que declare a sua perda a favor do Estado. Estas particularidades normativas e jusfundamentais deveriam ter sido consideradas, até porque iriam pesar significativamente na balança da compatibilização constitucional da norma que defere ao Ministério Público a competência para apreender bens na fase de inquérito. Nem que seja porque o grau de afetação do direito de propriedade nas apreensões destinadas a servir de garantia processual de perda convocaria sempre maiores cuidados no exame à função preventiva do direito ao juiz de instrução para controlo de direitos fundamentais.

A hodierna tendência para limitar de forma crescente a reserva de juiz de instrução na fase de inquérito, mormente em favor de esquemas de intervenção jurisdicional *a posteriori*, deturpa a função preventiva de lesões a direitos fundamentais que é constitucionalmente acometida ao juiz para uma função essencialmente *resgatadora* de direitos

[43] Novamente, de acordo com a decisão do Tribunal Central de Instrução Criminal, que se arrimou em informações prediais e em referências a extratos bancários sobre a movimentação dos montantes putativamente criminosos.

fundamentais já atingidos. Conforme se procurou mostrar, ainda que esta intervenção preventiva implique que o juiz vá aparecer numa fase processual dominada pelo Ministério Público, nenhuma preocupação orgânica baseada no propósito de intensificar a hegemonia do Ministério Público durante a investigação encontrará suficiente amparo constitucional para se sobrepor às irradiações da reserva de juiz perante lesões a direitos fundamentais no âmbito de um processo de estrutura acusatória.

Diga-se, por fim, que a persistência no rendimento de uma solução uniforme para a figura dual das apreensões, além de estar desalinhada com o direito comparado e de gerar incoerências com outros regimes de garantia patrimonial, está acima de tudo a revelar-se empiricamente insustentável e intensificadora de abusos. E a tendência, tanto a nível nacional como a internacional, para persistir e avançar ainda mais nas consequências jurídico-patrimoniais do crime apenas apenas servirá para agravar a (já evidente) deformidade do regime adjetivo em matéria de apreensões.

A UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL DA PROVA OBTIDA NO PROCEDIMENTO DE INSPECÇÃO TRIBUTÁRIA E DOS MÉTODOS INDIRECTOS EM ESPECIAL

Paulo Marques[*/**]

SUMÁRIO: A evocação de um penalista de mão cheia; I. O procedimento de inspecção tributária vs. processo de inquérito criminal fiscal; 1. Enquadramento; 2. O dever de colaboração no procedimento tributário; 3. O direito ao silêncio, em especial no processo de inquérito criminal; 4. A difícil conciliação do dever de colaboração com o direito ao silêncio; II. Os métodos indirectos da tributação, em especial; 1. Enquadramento; 2. A subsidiariedade dos métodos indirectos; 3. A subsistência de alguma margem de dúvida; 4. A competência para a sua aplicação; 5. A (in)admissibilidade dos métodos indirectos no processo de inquérito criminal fiscal

> «*Cem coelhos nunca fizeram um cavalo, como cem presunções não fazem uma prova*».
>
> FIÓDOR DOSTOIÉVSKI, *Crime e Castigo*

A evocação de um penalista de mão cheia

Evocamos *in memoriam*, um penalista de mão-cheia: o *Professor Doutor Augusto Silva Dias*. Um Mestre muito estimado na comunidade académica pelo rasto luminoso que nos deixou, pelo seu exemplo e escritos, sobretudo nas áreas do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito das Contraordenações, Direito Penal Económico, Fiscal e Financeiro, que permanecerão com inteira justiça no espírito académico das gerações actuais e vindouras de estudantes e investigadores do Direito e também das Ciências Criminais.

Saudamos e associamo-nos, por isso, com justificado gosto a esta iniciativa meritória organizada pelos Docentes de Direito Penal e de Direito Processual Penal da sua e nossa Faculdade de Direito de Lisboa, que em muito boa hora lançaram mãos à publicação de uma obra colectiva, agregando diversos estudos em homenagem ao saudoso Mestre.

Arbor bona fructus bonos facit![1]

[*] Assistente na Faculdade de Direito de Lisboa

[**] O autor opta por não usar o Novo Acordo Ortográfico.

[1] Este brocardo latino significa «*A boa árvore dá bons frutos*».

I. O procedimento de inspecção tributária vs. processo de inquérito criminal fiscal

1. Enquadramento

No Estado Social de Direito Democrático, as finanças públicas estão ao serviço da comunidade e os bens públicos estão naturalmente no epicentro das finanças públicas[2], convivendo com a escassez permanente de recursos[3]. Posto isto, os limites da actuação do Estado Fiscal, designadamente na tributação, bem como no sancionamento das infracções tributárias, merecem uma reflexão cuidadosa sobre o procedimento tributário de inspecção e o processo penal tributário. Estas são realidades distintas[4] resultantes de funções claramente distintas do Estado[5], mas cuja compreensão ainda assim não é isenta de dificuldades, como veremos adiante.

O procedimento tributário de inspecção visa a liquidação adicional ou mesmo oficiosa[6] de imposto e, se for caso disso, igualmente, a detecção de infracções tributárias (crimes[7] ou contra-ordenações). A autoridade tributária e aduaneira assegura a liquidação dos impostos sobre o rendimento, sobre o património e sobre o consumo, dos direitos aduaneiros e demais tributos que lhe incumbe administrar, exercendo designadamente a acção de inspecção tributária e aduaneira (artigo 2.º, n.º 2, n.º 2, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de Dezembro)[8].

No caso específico do processo de inquérito criminal, este é dirigido funcionalmente pelo Ministério Público[9], visando investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes, a responsabilidade deles, bem como descobrir e *recolher as provas*, com a finalidade de decidir se o autor da infracção vai a julgamento (artigo 262.º, n.º 1,

[2] PAZ FERREIRA, Eduardo, *Ensaio de Finanças Públicas*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 15-22 e 42-52.

[3] PORTO, Manuel, *Economia: Um Texto Introdutório*, Coimbra: Almedina, 4.ª Edição, 2014, pp. 43-44; DA COSTA CABRAL, Nazaré/ WALDEMAR D´OLIVEIRA MARTINS, Guilherme *Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais*, Lisboa: AAFDL Editora, 2014, pp. 21-42; D´OLIVEIRA MARTINS, Maria, *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 3.ª edição revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 16-23; MIRANDA SARMENTO, Joaquim, *Manual de Finanças Públicas e de Contas Nacionais no Setor das Administrações Públicas*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 48-50.

[4] Por sinal, o legislador espanhol separa claramente o procedimento tributário do processo sancionador, ao estabelecer que «*La imposición de sanciones tributarias se realizará mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor, en el que se dará en todo caso audiencia al interesado*» (artigo 34.1, da Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes).

[5] Sobre a distinção entre as funções administrativa e judicial do Estado, *vide*, por exemplo, FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 16-17; GONÇALVES, Pedro, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 1030-1032.

[6] A administração tributária pode suprir a falta de liquidação através de liquidação *oficiosa* ou efectuar correcções ao declarado pelo contribuinte através de liquidação *adicional*.

[7] A inspecção corresponde, não raras vezes, ao "*berço*" da investigação criminal fiscal, (MARQUES, Paulo, *Infracções Tributárias*, Volume I, Investigação Criminal, Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa: Centro de Formação, 2007, pp. 169-171).

[8] O Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de Dezembro aprovou a orgânica da autoridade tributária e aduaneira.

[9] Os órgãos de polícia criminal actuam, no processo, sob a *direcção* das autoridades judiciárias e na sua dependência funcional (artigo 56.º, do CPP).

do Código de Processo Penal – CPP). Em sede de inquérito criminal fiscal, a autoridade tributária e aduaneira exerce os poderes e as funções de *autoridade/órgão de polícia criminal*[10], presumindo-se-lhes delegada na investigação dos crimes aduaneiros e fiscais a prática de actos que o Ministério Público pode atribuir àqueles órgãos (delegação *ope legis*)[11]. Assim segundo o Tribunal da Relação de Coimbra «O facto de o processo de inquérito por prática de crime de abuso de confiança fiscal ter sido instaurado[12] e ter tramitado nos serviços da administração fiscal à revelia do Ministério Público não o fere de nulidade na medida em que se presumem delegadas na autoridade administrativa a prática dos actos que o Ministério Público lhes pode atribuir»[13].

No Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), a Administração Tributária não tem o estatuto de assistente no processo[14], assistindo ainda assim tecnicamente[15] o Ministério Público em todas as fases do processo, podendo inclusivamente designar para cada processo um agente da administração ou perito tributário, que tem sempre a faculdade de consultar o processo e ser informado sobre a sua tramitação (50.º, n.º 1 do RGIT). Por sua vez, em qualquer fase do processo, as respetivas decisões finais e os factos apurados relevantes para liquidação dos impostos em dívida são sempre comunicados à Autoridade Tributária e Aduaneira (artigo 50.º, n.º 2, do RGIT).

2. O dever de colaboração no procedimento tributário

O contribuinte deve cooperar de boa-fé na instrução do procedimento tribuinte, esclarecendo de modo completo e verdadeiro os factos de que tenha conhecimento e

---

[10] *Vide* SIMAS SANTOS, M./LEAL-HENRIQUES, M., *Código de Processo Penal – Anotado*, 3.ª Edição, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2008, p. 75; e MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Tributário*, 2.ª Edição revista e ampliada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 151.

[11] Artigo 41.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RGIT.

[12] A lei fala mesmo em «instauração de inquérito pelos órgãos da administração tributária», «ao abrigo da competência delegada», devendo, por isso, «ser de imediato comunicada ao Ministério Público» (artigo 40.º, n.º 3, do RGIT). Convém ainda referir que sempre que o direito à liquidação respeite a factos relativamente aos quais foi instaurado inquérito criminal[12], o prazo geral de caducidade (quatro anos) é alargado até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença, acrescido de um ano (artigo 45.º, n.º 5, da LGT).

[13] Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão de 28 de Abril de 2010 – Proc. n.º 15/07 (Relator: Alberto Mira).

[14] Segundo a jurisprudência «Um órgão do Estado, se se considera *Estado* em sentido restrito, não se pode constituir assistente, pois é representado pelo M.º Público. Se se considera *Estado* em sentido lato, com autonomia financeira e administrativa, administrando património próprio e como tal com legitimidade para se constituir assistente em processo crime, não está isento do pagamento de taxa de justiça devida por essa constituição. Não reconhecendo a lei actual o estatuto processual de *assistente*, parece *não ser recomendável a adopção do princípio da oportunidade em processo penal tributário*» (Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão de 9 de Fevereiro de 2005 – Proc. n.º 4187/2004 – Relator: Serafim Alexandre).

[15] MARQUES DA SILVA, Isabel, "Regime Geral das Infracções Tributárias", *Cadernos IDEFF*, n.º 5, 3.ª Edição, Coimbra, 2010, p. 53.
Para Jorge LOPES DE SOUSA e Manuel SIMAS SANTOS não se trata de «um direito potestativo de impor a assistência técnica de um seu agente ou de um perito tributário, sem ou contra a vontade do Ministério Público, mas tão só, como adiantamos, o dever de colaborar prestando assistência técnica quando solicitada ou quando aceite depois de sugerida» (*Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado*, Lisboa: Áreas Editora, 2001, p. 334).

oferecendo os meios de prova a que tenha acesso[16] (artigo 48.º, n.º 2, do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT), sem esquecer o princípio do inquisitório[17] que subordina a administração tributária (artigo 58.º, da Lei Geral Tributária – LGT), devendo esta agir mesmo sem existir previamente iniciativa do contribuinte[18].

O artigo 9.º do Regime Complementar do Procedimento de Inspecção Tributária e Aduaneira (RCPITA) estabelece que a *inspecção tributária* e os *sujeitos passivos* ou demais *obrigados tributários* estão sujeitos a um *dever mútuo de cooperação*. Como observa o Conselheiro J. VALENTE TORRÃO «No caso de inspecção para apuramento da situação tributária dos contribuintes exigem-se especiais deveres de cooperação, já que pode ser necessário o acesso às instalações ou locais relacionados com a actividade dos contribuintes, nomeadamente para o exame de livros e registos da contabilidade ou escrituração, para consulta e teste do sistema informático, incluindo a documentação sobre a sua análise, programação e execução, etc»[19]. Os elementos que conduziram ao apuramento e cálculo do imposto estão, à partida, na disponibilidade do próprio contribuinte[20],

[16] Nas palavras de Hugo DE BRITO MACHADO SEGUNDO «A legalidade, inerente à exigência de tributos, impõe à autoridade o máximo esforço na determinação da verdade quanto à ocorrência dos factos a serem tributados» (*Manual de Direito Tributário*, 10.ª edição revista, actualizada e ampliada, São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 40).

[17] *Vide* VIDAL MATOS, Pedro, *O Princípio Inquisitório no Procedimento Tributário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 72-99; e LOURO MARTINS, Elisabete, "Os limites da aplicação do princípio do inquisitório e a sua articulação com as regras do ónus da prova no procedimento e no processo judicial tributário", in: *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 119-153.

[18] Segundo o Tribunal Central Administrativo Norte «O princípio do inquisitório e da descoberta da verdade material aplicado em processo tributário impõe à Administração Tributária o dever de oficiosamente adoptar as diligências necessárias à descoberta da verdade material não carecendo de esperar pela iniciativa do contribuinte ainda que a realização de tais diligências venha comprovar factos contrários aos interesses do credor tributário» (Acórdão de 27 de Outubro de 2016 – Proc. n.º 00957/09 – Relator: Mário Rebelo).

[19] ANTÓNIO VALENTE TORRÃO, João, *Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 235.

[20] Por exemplo, as empresas são obrigadas a dispor de *contabilidade organizada* nos termos da lei que permita o controlo do lucro tributável (artigo 123.º, n.º 1, do Código do IRC). *Vide* MARQUES, Rui, *Código do IRC – Anotado e Comentado*, 2.ª edição revista e aumentada, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 1056-1059. Segundo o Tribunal Constitucional «Na verdade, no domínio tributário, a necessidade da imposição de deveres de cooperação é não só perfeitamente justificada, como dificilmente prescindível. Espraiando-se o fenómeno tributário nas sociedades contemporâneas pelos mais diversos tipos de imposto, aplicáveis a uma multiplicidade de atividades e situações, a sua realização seria impensável sem o recurso a instrumentos como o dever acessório de cooperação dos contribuintes, deslocando para a esfera destes uma série de actividades que auxiliam e substituem a administração tributária na sua função de liquidação e cobrança de imposto» (Acórdão n.º 340/2013, de 17 de Junho – Proc. n.º 817/12 – Relator: João Cura Mariano).
O *ónus da prova* dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes *recai sobre quem os invoque* (artigo 74.º, n.º 1, da LGT). Segundo defendem Diogo LEITE CAMPOS, Benjamim SILVA RODRIGUES e Jorge LOPES DE SOUSA «nestes casos, se a administração tributária não demonstrar a falta de correspondência entre o teor de tais declarações, contabilidade ou escrita e a realidade, o seu conteúdo terá de se considerar como verdadeiro» (*Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*, 4.ª Edição, Lisboa: Encontro da Escrita, 2012, p. 664).
A inspecção pode, nos termos da lei, desenvolver todas as diligências necessárias ao apuramento da situação tributária dos contribuintes, nomeadamente examinar e visar os seus livros e registos da contabilidade ou escrituração, bem como todos os elementos susceptíveis de esclarecer a sua situação tributária (63.º, n.º 1, alínea b), da LGT).

até porque a colaboração dos contribuintes com a administração tributária compreende igualmente o cumprimento das obrigações acessórias previstas na lei e a prestação dos esclarecimentos que esta lhes solicitar sobre a sua situação tributária, bem como sobre as relações económicas que mantenham com terceiros (artigo 59.º, n.º 4, da LGT)[21].

Por sua vez, o n.º 1, do artigo 32.º, do RCPITA estabelece que a *recusa de colaboração e a oposição à acção da inspecção tributária*, quando ilegítimas, fazem incorrer o infractor em responsabilidade disciplinar, quando for caso disso, contra-ordenacional[22] e criminal, nos termos da lei[23].

Convém assinalar que a observância do dever de cooperação faz presumir a boa fé do contribuinte – «*princípio da verdade declarativa*»[24] – (artigos 59.º n.º 2 e 75.º, n.º 1 da LGT)[25]. Segundo a Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal (1996) «impõe-se à Administração o respeito pelos efeitos jurídicos dos actos praticados pelo contribuinte, determinando que o apuramento da matéria colectável se efectue, em regra, com base nas suas declarações, embora sem prejuízo do seu controlo posterior [...] Pode falar-se de uma presunção de verdade inerente à declaração do contribuinte, apenas ilidível aquando da ocorrência de factos que, pela sua gravidade, determinam a quebra da relação fiduciária estabelecida entre a Administração e o contribuinte»[26].

---

[21] São obrigações *acessórias* do sujeito passivo as que visam possibilitar o apuramento da obrigação de imposto, nomeadamente a apresentação de declarações, a exibição de documentos fiscalmente relevantes, incluindo a contabilidade ou escrita, e a prestação de informações (artigo 31.º, n.º 2, da LGT).
De igual modo, na legislação espanhola estabelece-se que «Los obligados tributarios deberán atender a la inspección y le prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones» (artigo 142.3, da Ley General Tributaria).

[22] Por exemplo, quem dolosamente recusar a entrega, a exibição ou apresentação de escrita, de contabilidade ou de documentos fiscalmente relevantes a funcionário competente, quando os factos não constituam fraude fiscal, é punido com coima de (euro) 375 a (euro) 75 000 (113.º, n.º 1, do RGIT).

[23] Para estes efeitos, devem os funcionários da inspecção tributária inclusivamente comunicar a recusa ou oposição ao dirigente máximo do serviço ou ao representante do Ministério Público competente, quando delas resultem respectivamente responsabilidade disciplinar, contra-ordenacional ou criminal (artigo 32.º, n.º 2, do RCPITA).

[24] Este importante princípio aplica-se não apenas à *declaração* do contribuinte, mas igualmente à sua *contabilidade*, conceito mais amplo. No entanto, o vocábulo "apresentadas" em referência às declarações dos contribuintes e o vocábulo "organizadas" em referência à contabilidade ou escrita parecem conduzir à interpretação de que, por exemplo, uma declaração de rendimentos apresentada fora do prazo, mas ainda assim com suporte em contabilidade imaculada, organizada de acordo com regras legais, não faz estender necessariamente a não presunção da sua veracidade a esta contabilidade. Neste sentido *vide* Supremo Tribunal Administrativo – Acórdão de 5 de Dezembro de 2018 – Proc. n.º 0220/11.2 (Relator: Ascensão Lopes).

[25] O procedimento de liquidação instaura-se com as *declarações dos contribuintes* ou, na falta ou vício destas, com base em todos os elementos de que disponha ou venha a obter a *entidade competente* (artigo 59.º, n.º 1, do CPPT). Em 2019, a administração tributária efectuou 29.708 liquidações (57.058, em 2018), referentes a declarações modelo 3 de IRS, detectadas em falta (Fonte: Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais – *Relatório de Actividades desenvolvidas "Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras" – 2019*).

[26] MINISTÉRIO DAS FINANÇAS – *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 191, Lisboa: Administração Geral Tributária, Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, 2002, p. 276.

3. O direito ao silêncio, em especial no processo de inquérito criminal

Diferentemente do que sucede no procedimento de inspecção tributária[27], no processo penal, *todo o arguido se presume inocente* até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32.º, n.º 2, 1.ª parte, da Constituição da República Portuguesa), expoente do princípio da dignidade da pessoa humana, decorrendo daqui que ninguém pode ser obrigado no processo penal a contribuir para constituir a sua própria culpabilidade. Pelo que na dúvida, o arguido deve ser considerado como inocente, nada tendo que fazer para o demonstrar, daí o incontornável *direito ao silêncio*, de que falaremos mais adiante. Conforme explicita ALEXANDRA VILELA «a referida presunção há-de impedir que, em determinados momentos, se atinja tal finalidade a qualquer preço, nomeadamente exigindo o afastamento de determinados meios de prova, como, por exemplo, a confissão obtida contra a vontade do arguido. De seguida, e em ordem à protecção dos direitos fundamentais, há-de oferecer ao arguido um estatuto – de presumível inocente – que se assume com acuidade, especialmente quando se trate de lhe aplicar uma medida de coacção»[28].

O arguido goza assim, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, do direito de *não responder* a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar (artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP)[29], denominado comummente por *direito ao silêncio*[30].

---

[27] O procedimento de inspecção tributária quando tem em vista a posterior liquidação de imposto, não integra o *ius puniendi* do Estado, dado o *imposto* não constituir propriamente uma *sanção* (multa ou coima). Cf. DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal – Lições*, 5.ª Edição, Coimbra: Almedina, Coimbra, p. 50; VIDAL MATOS, Pedro, O princípio do inquisitório no procedimento tributário, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 107. Na definição constante no artigo 3.º, do Código Tributário Nacional do Brasil: «Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que *não constitua sanção de ato ilícito*, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada». No ensinamento de Hugo DE BRITO MACHADO SEGUNDO «Se a prática de um ilícito fosse indispensável ao surgimento da obrigação de pagar, esta obrigação diria respeito a uma penalidade pecuniária (multa), e não a um tributo. A hipótese descrita em lei como necessária ao surgimento da obrigação tributária há de ser algo *lícito*» (*Manual de Direito Tributário*, 10.ª edição revista, actualizada e ampliada, São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 37).

[28] VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 25-26.

[29] Nas palavras de Fernando GONÇALVES «No processo penal não se verifica o *ónus da prova formal* que requeira às partes o dever de produção da prova sob pena de não verem provados os factos em discussão. O princípio *in dubio pro reo* significa que, um *non liquet* na questão da prova tem de ser sempre valorado a favor do arguido, é um corolário do *princípio da presunção de inocência* do arguido» (*A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 44).

[30] Na observação rigorosa de Eurico BALBINO DUARTE «O direito ao silêncio tem simultaneamente uma componente positiva (embora seja exercido através de uma conduta positiva) e uma componente negativa. Na primeira, é conferida ao arguido a faculdade de se manter calado ao longo de todo o processo e, em especial, na audiência de julgamento (arts. 61.º, n.º 1, al. d) e 343.º, n.º 1, *in fine*), sem que tal comportamento possa ser interpretado em seu desfavor, numa clara concretização do direito à não auto-incriminação e presunção de inocência de que aquele beneficia. Na segunda vertente, o direito ao silêncio traduz-se na injunção, para os outros sujeitos processuais de que, mesmo que o arguido não tenha optado

Consideramos assim que inexiste um *direito a mentir*[31], uma vez que tal concepção colidiria com a aplicação da justiça e com o princípio da verdade material, significando mesmo um *abuso intolerável dos direitos individuais do arguido*, até porque o ser humano vive inexoravelmente em sociedade e não apenas para si[32]. O Tribunal da Relação de Coimbra esclarece que «O arguido, na salvaguarda constitucional das garantias de defesa e o privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se ipsum accusare*[33] –, em que se inscreve o direito ao silêncio[34] sobre os factos imputados não pode ser incriminado relativamente às falsas declarações e o direito elementar de negar a prática do facto que lhe é imputado, não se devendo, no entanto, confundir a *inexigibilidade do dever de colaborar* e falar verdade com a consagração de um *direito a mentir*»[35].

No entanto, recaem em especial sobre o arguido *o dever de sujeitar-se a diligências de prova* e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente (artigo 61.º, n.º 3, alínea d), do CPP)[36]. A administração tributária tem no procedimento de inspecção mesmo a prerrogativa de analisar e requerer ao contribuinte os documentos e esclarecimentos que entender convenientes à descoberta da verdade material, mas não se pode ainda assim perder de vista a garantia processual penal de que *ninguém está obrigado a produzir provas contra si*. Como salienta TERESA BELEZA o arguido pode «comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo

por exercer aquele direito no inquérito ou instrução, se o fizer em julgamento, nada do que disse anteriormente poderá ser lido na audiência ou constituir objecto de depoimento (art. 357.º, n.º 1 e 2)» (*Making of – A Reconstituição do Facto no Processo Penal Português*, in Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 51-52). Cf. ainda DE SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 123-124.

[31] DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal,* Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 450.

[32] FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Uma Introdução à Política*, Lisboa: Bertrand Editora, 2014, pp. 29-32. *Vide* também PAPA FRANCISCO, *Fratelli Tutti – Carta Encíclica sobre a Fraternidade e a Amizade Social*, Lisboa: Paulinas, 2020.

[33] O Tribunal da Relação do Porto esclarece que o princípio "*nemo tenetur*" «visa a liberdade de declaração no sentido de não contribuir para a sua própria incriminação, impedindo a transformação daquele em meio de prova por via de uma colaboração involuntária obtida com recurso a meios coercivos e enganosos e tem como conteúdo material a imposição de deveres de esclarecimento ou advertência ao mesmo e a nulidade, ou não valoração, das provas obtidas em conformidade com esse princípio» (Acórdão de 1 de Julho de 2020 – Proc. n.º 530/16.2 – Relator: José Carreto).

[34] O Tribunal da Relação de Guimarães esclarece que «O direito ao silêncio não pode ser valorado contra o arguido. Porém, a proibição de valoração incide apenas sobre o silêncio que o arguido adoptou como estratégia processual, não podendo repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal, designadamente a que venha a precisar e demonstrar a responsabilidade criminal do arguido, revelando a falência daquela estratégia» (Acórdão de 9 de Fevereiro de 2009 – Proc. n.º 1834/08 – Relator: Estelita Mendonça).

[35] Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão de 4 de Fevereiro de 2009 – Proc. n.º 85.04.0TAGVA.C1 (Relator: Fernando Ventura).

[36] A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar) nem podendo ser por ela penalizado (não tem o ónus de colaborar)»[37]. A jurisprudência tem entendido que «O privilégio contra a auto-incriminação, ou *direito ao silêncio*, significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória»[38].

A letra da alínea d), do n.º 1, do artigo 61.º, do CPP parece sugerir um *direito ao silêncio («não auto-incriminação»)*[39] em sentido restrito, cingindo-se às situações em que é solicitado ao arguido a prestação de declarações *verbais*. Porém, numa interpretação *lato sensu* desse preceito legal poderia mesmo levar a considerar-se que a *exibição de documentos* estaria abrangida e não apenas a mera «*prova por declarações*», assistindo então ao arguido um direito a recusar o fornecimento de prova *documental*. Segundo sustenta ADRIANA RISTORI «O princípio implica que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, mas também ninguém é obrigado a produzir prova ou praticar actos lesivos à sua própria conduta»[40]. O Supremo Tribunal de Justiça tem sustentado esta perspectiva do princípio nemo *tenetur* ao asseverar no seu Acórdão de 5 de Janeiro de 2005 (Proc. n.º 4P3276) que «O privilégio contra a auto-incriminação, ou direito ao silêncio, significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, *tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos)* que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória». Afinando pelo mesmo diapasão, LARA SOFIA PINTO tem defendido que «O privilégio contra a auto-incriminação traduz-se no *direito a não cooperar no fornecimento de quaisquer meios de prova para a sua incriminação*»[41]. O interrogatório do arguido promovido pelo órgão de polícia criminal constitui mais do que uma forma de obtenção de elementos probatórios, um meio de autodefesa do arguido, *não estando este obrigado a facultar elementos que lhe sejam desfavoráveis*. O penalista AUGUSTO SILVA DIAS dava-nos conta de que a doutrina «vem crescentemente reconhecendo outras manifestações ou ex-

[37] PIZARRO BELEZA, Teresa, "'Tão amigos que nós éramos': o valor probatório do depoimento do arguido no Processo Penal Português", *Revista do Ministério Publico*, N.º 74, Ano 19 (1998), pp. 50-51.

[38] Tribunal da Relação de Évora – Acórdão proferido em 30 de Setembro de 2008 – Proc. n.º 1357/08-1 (Relator: Guilhermina de Freitas).

[39] Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão de 4 de Fevereiro de 2009 – Proc. n.º 85.04.0TAGVA.C1 (Relator: Fernando Ventura).

[40] RISTORI, Adriana, *Sobre o Silêncio do arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 98.
De igual modo Manuel DA COSTA ANDRADE sustenta que «o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua defesa» (*Sobre as proibições de prova em processo penal,* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121).

[41] SOFIA PINTO, Lara, *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido,* Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2010, p. 109.

plicitações do princípio, como o direito de não entregar documentos, por exemplo, correspondência pessoal, diários íntimos, isto é, documentos sobre os quais não recai nenhum dever de apresentação ou entrega às autoridades judiciárias e que estão cobertos pela reserva da vida privada»[42].

Mas o próprio artigo 174.º, do CPP prevê a recolha de elementos probatórios, independentemente da vontade do arguido («*buscas*»), sempre que houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, é ordenada revista. Como já se viu, um dos deveres do arguido é justamente sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente[43]. O Tribunal da Relação de Guimarães entendeu ainda assim que «Em sede de julgamento podem ser valorados como meios de prova os documentos recolhidos em sede de processo de inspeção tributária bem como os depoimentos prestados pelo agente que procedeu a tal inspeção, sem que tal utilização não viole os direitos do arguido, designadamente o direito ao silêncio»[44].

Como garantia da efectivação do direito à *não autoincriminação*, o legislador impõe que se, durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao acto suspende-o imediatamente e procede à comunicação ao Ministério Público no prazo de 10 dias e por este apreciado, em ordem à sua validação, no prazo de 10 dias, sob pena das declarações prestadas pela pessoa visada não poderem ser utilizadas como prova (artigos 58.º, n.os 1 e 5, e 59.º, n.º 1, do CPP)[45].

Tendo em vista o reforço das garantias processuais penais, a lei estabelece que *é obrigatória a constituição de arguido* logo que correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja *suspeita fundada da prática de crime*, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou *órgão de polícia criminal* (artigo 58.º, n.º 1, alínea a) do CPP). Daqui resulta que os diversos *direitos* e *deveres* resultam

[42] SILVA DIAS, Augusto e COSTA RAMOS, Vânia, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 21.

[43] Mais, a lei prevê mesmo a possibilidade de se verificar *crime de desobediência*: Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias (artigo 348.º, n.º 1, do Código penal).

[44] Tribunal da Relação de Guimarães – Acórdão de 12 de Março de 2012 – Proc. n.º 82/05.9IDBRG (Relator: Ana Teixeira da Silva).

[45] Augusto SILVA DIAS e Rui SOARES PEREIRA chamam a atenção que «a realização de procedimentos administrativos tendo em vista indagar a suspeita da prática de crimes e da sua autoria redunda na criação de pré-inquéritos e que uma tal antecipação do inquérito contraria frontalmente a CRP. Esses procedimentos colocam em crise especialmente a estrutura acusatória do processo (v. artigo 32.º, n.º 5, da CRP) e a qualidade do MP como *dominus* ou titular do inquérito (v. artigo 219.º da CRP) [...]. Sendo os procedimentos administrativos do pré-inquérito inconstitucionais e ilegais, uma tal invalidade não pode deixar de contaminar os actos neles praticados e os meios de prova que neles tenham sido produzidos. Em nosso parecer, uns e outros estão feridos de uma nulidade qualificada, não podendo ser validados, utilizados e valorados no processo penal» (*Sobre a validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 87 e 91).

do próprio *estatuto processual do arguido*[46], sendo que o eventual retardamento pode mesmo significar a frustração, em termos práticos, de direitos de defesa que a lei visou assegurar[47]. Caso apesar disso não seja constituído arguido, a lei implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova (artigo 58.º, n.º 5, do CPP). No entanto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE destaca que a ideia aliada à constituição do arguido consiste em reforçar a importância do acto processual, sendo que em caso de inobservância das formalidades legais, acarreta que as declarações prestadas não possam incriminar o declarante mas também terceiros[48]. Clarificando a questão em concreto, o Tribunal da Relação de Évora tem entendido que «As declarações de arguido prestadas enquanto tal e dentro dos requisitos legais, podem servir de prova. As informações obtidas pelos órgãos de policia criminal, antes da constituição de arguido, e desde que essa falta não seja ainda obrigatória, podem servir de prova. Ocorreram numa fase em que os órgãos de polícia criminal adquiriram a notícia do crime e ainda não tinham constituído arguido, uma vez que tal ainda não lhes era exigido»[49].

[46] Segundo o Tribunal da Relação do Porto «se na pendência do procedimento inspectivo se indiciar crime tributário, verificando-se os pressupostos do artigo 58º C P Penal, ex vi, artigo 3º alínea a), 2ª parte, do RGIT, o sujeito passivo tributário deve ser, tem de ser constituído arguido, cessando o seu dever de colaboração; só colaborará se, livre e esclarecidamente, assim o entender, passando a beneficiar do catálogo de garantias constitucionais do artigo 32.º da CRP assegurando-se-lhe o exercício de direitos e deveres legais constantes dos artigos 57º a 67º C P Penal, nomeadamente do direito de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar. Como é sabido a falta de explicitação deste direito tem como consequência, que as declarações prestadas posteriormente, não podem ser utilizadas como prova, ocorrendo proibição de valoração, artigo 58º/2 e 5 C P Penal.
As declarações de que fala a lei, não abrangem a prova documental.
Em conclusão, operada a transição do processo inspectivo para o processo penal podemos assentar que no que espeita a "Declarações" do sujeito passivo, há que distinguir o que é declaração: enquanto depoimento nada vale; enquanto "documento" se aportado ao processo inspectivo de modo legal, vale como prova documental no processo penal, não se vislumbrando obstáculo à sua aquisição processual. O mesmo se passa quanto a documentos ou outra prova junta pela pela autoridade tributária: desde que não seja proibida é válida.
Há casos, no entanto, em que é legítima a falta de cooperação ou mesmo "oposição" por parte do sujeito passivo aos actos de inspecção para apuramento da situação tributária» (Acórdão de 27 de Fevereiro de 2013 – Proc. n.º 15048/09 – Relator: Ernesto Nascimento).

[47] MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Processual Penal Português*, Vol. I, Noções gerais, Sujeitos processuais e Objecto, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 299.

[48] PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, pp. 171-173.

[49] Tribunal da Relação de Évora – Acórdão de 4 de Junho de 2013 – Proc. n.º 40/11 (Relator: Gomes de Sousa).
As denominadas «*conversas informais*» dos arguidos com os agentes policiais, antes de serem constituídos arguidos, não podem ser valorizadas em matéria probatória. Neste sentido entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães no aresto de 31 de Maio de 2010 (Proc. n.º 2769/2010) ao considerar que «*As conversas informais não constituem meio de prova válido quer tenham ocorrido antes ou depois da constituição de arguido*. Não sendo admitida a leitura das declarações prestadas pelo arguido em sede de inquérito perante órgão de polícia criminal, não pode o agente policial que presenciou ou assistiu às mesmas, prestar depoimento relativamente às declarações do arguido». De igual forma asseverou o Tribunal de Lisboa, decidindo

Não se pode retirar do *silêncio do arguido* nada mais do que a *presunção da inocência* daquele. Por seu lado, diferentemente, a testemunha já está obrigada a responder com verdade às questões que lhe forem feitas (artigo 132.º, n.º 1, alínea d), do CPP)[50]. Neste sentido asseverou o Tribunal da Relação de Coimbra, ao considerar que «Se os arguidos legitimamente optaram pelo silêncio quanto aos factos imputados, desse silêncio não se pode extrair qualquer consequência jurídica desfavorável para os arguidos, que se presumem inocentes antes de haver sentença condenatória com trânsito em julgado»[51]. No entanto, conforme destaca SOFIA MENEZES «ao calar-se, o arguido prescinde de revelar elementos que o possam eximir de responsabilidade e, por isso, talvez seja conveniente fazermos uma distinção»[52].

Por seu lado, a lei impõe que se informe o arguido de que tem *direito a prestar declarações* em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo (artigo 343.º, n.º 1, do CPP).

4. A difícil conciliação do dever de colaboração com o direito ao silêncio

No âmbito do procedimento inspectivo procede-se à recolha de elementos que permitam o apuramento da situação tributária e em caso de falta de colaboração da entidade inspeccionada, ou sempre que tal se justifique, existe mesmo a possibilidade de recolher provas junto de terceiros. Sendo o procedimento de liquidação *lato sensu* um conjunto de actos conducentes à definição da situação tributária (*«quantuum»*) do contribuinte, existe a conveniência prática (economia processual) na transferência desses elementos para o processo de inquérito criminal, em abono da própria unidade do sistema jurídico e da economia de recursos[53], mas com convivência não isenta de dificuldades com as garantias específicas do processo penal.

A este propósito, o penalista GERMANO MARQUES DA SILVA chama a atenção para o facto de que «é oportuno tratar neste lugar da utilização de elementos indiciadores de crime recolhidos na fase da inspecção tributária e apenas para referir que todos os

---

no Acórdão firmado em 29 de Abril de 2010 que «As denominadas "conversas informais" dos órgãos de polícia criminal com o arguido, antes ou depois de assumir essa qualidade, sobre factos em investigação, são desprovidas de valor probatório. Tendo-se o arguido remetido ao silêncio na audiência de julgamento, não pode ser valorada a sua (eventual) confissão do crime, feita perante um órgão de polícia criminal, com base na qual foi levantado o auto de notícia que o deu como agente daquele crime» (Proc. n.º 1670/09.0 – Relator: Guilhermina de Freitas).

[50] O profissional da autoridade tributária que exerceu os poderes-deveres de órgão de polícia criminal (participante processual e não sujeito processual) pode ser arrolado como testemunha, bem como o profissional que interveio *in concreto* no procedimento de inspecção tributária.

[51] Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão proferido em 15 de Outubro de 2008 – Proc. n.º 400/06.2 (Relator: Jorge Gonçalves).

[52] SARAIVA DE MENEZES, Sofia, "O Direito ao Silêncio: a Verdade por trás do Mito", in: *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 129.

[53] A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade (artigo 5.º, n.º 1, do CPA).

elementos recolhidos legalmente podem posteriormente constituir elementos de prova no processo criminal. Só as provas proibidas não são admitidas no processo penal e as que forem obtidas no exercício legal da inspecção tributária e com respeito pelas respectivas normas não são provas proibidas»[54]. Por sinal, tanto a Ley General Tributária, como a própria Ley de Derechos y Garantías de Los Contribuyentes, admitem expressamente a transferência de elementos entre os dois processos: Los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en alguno de los procedimientos de aplicación de los tributos regulados en el título III de esta ley y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución (artigo 210.2, da LYGT)[55] e Cuando en el procedimiento sancionador vayan a ser tenidos en cuenta datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en el expediente instruido en las actuaciones de comprobación o investigación de la situación tributaria del sujeto infractor o responsable, aquéllos deberán incorporarse formalmente al expediente sancionador antes del trámite de audiencia correspondiente a este último (artigo 34.2, da LDGC).

Por sua vez, especialmente relutante, J. CASALTA NABAIS, a propósito justamente da utilização no processo penal dos elementos probatórios recolhidos em sede de procedimento tributário de inspecção, refere que tal constitui «uma situação que, em princípio, é incompatível com o direito que assiste ao arguido de não se auto-incriminar ou o direito expresso no conhecido brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*. Um direito fundamental que, por não ser absoluto, pode comportar limites, desde que estes superem com êxito os exigentes testes constitucionais das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais, constantes dos n.os 2 e 3 do art. 18.º da Constituição[56]. Importância especial têm aqui os testes concretizados na salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental do arguido e no respeito da proporcionalidade entre a restrição a esse direito e o interesse público na liquidação e cobrança dos impostos a implicar uma eficaz luta contra o fenómeno da evasão e fraude fiscais. O que pode conduzir a que, em certos casos, a utilização em processo penal de prova recolhida no procedimento de inspecção tributária possa ter-se por juridicamente admissível, como de resto foi reconhecido tanto pelo TEDH, no caso *Sanders vs Reino Unido*, de 17 de Dezembro de 19966, como pelo Tribunal Constitucional, no acórdão 340/2013.

Uma abertura que se compreende, até porque os interesses públicos não são, em rigor, interesses do Estado, que, obviamente, não é titular de interesses que possam considerar-se próprios, mas interesses dos membros da comunidade que o Estado é[57].

[54] MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Tributário*, 2.ª edição revista e ampliada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 178.

[55] O direito à não autoincriminação não obsta à obtenção de meios de prova, designadamente a contabilidade, tanto no procedimento tributário, como no processo penal.

[56] Jorge PEREIRA DA SILVA observa que «Quanto mais agressivo for um acto do poder público, mais exigente deverá ser o seu escrutínio á luz do princípio da proporcionalidade» (*Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 249).

[57] Na explicação de Diogo FREITAS DO AMARAL «O povo é a comunidade humana que forma o substracto pessoal do Estado (isto é, o conjunto dos seus cidadãos). É ao povo que pertence o poder do Estado

O que no caso presente é por de mais evidente, pois o interesse na liquidação e cobrança dos impostos a implicar uma luta contra o fenómeno da evasão e fraude fiscais é o interesse dos contribuintes que pagam os impostos, cumprindo o correspondente dever fundamental»[58]. Por sua vez SARRÓ RIU propõe mesmo que se impeça que as provas obtidas no procedimento tributário sejam transferidas para o processo sancionador[59].

Existindo o *dever de cooperação por parte das entidades públicas* em geral[60] e tendo os investigadores acesso ao acervo informativo das mesmas, compreende-se desse ponto de vista a colaboração igualmente da inspecção tributária em matéria de investigação criminal fiscal. No limite, o funcionário público que recusar cooperar com este interesse superior do Estado que é a investigação da criminalidade fiscal e aduaneira, poderá incorrer no crime tipificado no artigo 381.º («*Recusa de cooperação*»), o qual prevê que o funcionário que, tendo recebido requisição legal de autoridade competente para prestar a devida cooperação à administração da justiça ou a qualquer serviço público, se recusar a prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias[61].

O facto de ser a administração tributária quem *inspeciona* (artigo 16.º, do RCPITA) e, não raras vezes, quem *investiga* (artigos 40.º e 41.º, do RGIT), pode não constituir, por si só, óbice a que os elementos probatórios obtidos no procedimento tributário sejam utilizados no processo de inquérito e vice-versa[62], desde que sejam observados os princípios da boa fé, da legalidade e da proporcionalidade[63]. A própria lei processual

---

e é em seu nome que tal poder é exercido» (*Uma Introdução à Política*, Lisboa: Bertrand Editora, 2014, p. 94).

[58] CASALTA NABAIS, J., "Algumas considerações relativas à inspecção tributária", in: *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Volume IV, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 282-283.

[59] SARRÓ RIU, J., *El Derecho a no autoinculparse del contribuyente*, Barcelona: Bosch, 2009.

[60] No exercício das suas funções os tribunais têm direito à *coadjuvação* das outras autoridades (artigo 202.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

[61] Comentando o artigo 381.º do Código Penal, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS observam que «O artigo em análise protege o interesse do Estado no correcto desempenho de qualquer serviço público contra a falta de cooperação dos funcionários legalmente intimados para o efeito.
O dever de cooperação impende sobre toda a comunidade em geral.
Para além desse, há um *dever específico* dos servidores públicos no tocante à realização dos superiores interesses do Estado.
Daí uma maior responsabilidade desses servidores quando para tanto solicitados, já que, estando vinculados à Administração e remunerados em função desse vínculo, é seu dever, salvo razões ponderosas, acorrer ao chamamento que lhes seja feito para colaborar na realização dos fins superiores do Estado» (*Código Penal – Anotado*, 2.º Volume, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 1996, p. 1213).

[62] António CALADO refere que «importa salientar ser questão incontroversa o facto de aqueles funcionários estarem investidos em duas qualidades, por um lado funcionários do fisco, *stricto sensu,* e por outros órgãos de polícia criminal, quando em investigação de crimes fiscais não qualificados como graves, nos termos da Lei n.º 93/2003, de 30 de Abril. De tal forma, sempre que no âmbito daqueles processos crime, seja necessário obter informações de teor fiscal para o seu cabal esclarecimento, não se questiona a desnecessidade da quebra do sigilo fiscal» ("O Sigilo Fiscal – Especificidades Processuais Penais"*,* in: *Separata da Polícia e Justiça – Revista do Instituto de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*, III Série, n.º 8, Coimbra: Coimbra Editora, Julho-Dezembro 2006, p. 239).

[63] Tratando-se o imposto, em si mesmo, uma prestação coactiva, sem perder de vista o carácter tendencialmente odioso da inspecção, da liquidação, da sua cobrança e da actividade de investigação criminal

penal não deixa de cominar com a sanção da *nulidade* as provas que possam colidir com a liberdade ou a vontade do contribuinte ou tenham sido obtidos de modo porventura censurável (artigo 126.º, n.º 2, alínea a), do CPP). Isto caso se demonstre cabalmente que o procedimento de inspecção apenas teve como finalidade a recolha de prova para o processo criminal subsequente, tendo-se ido muito para além do que deveria ser o espírito de colaboração dominante e exigível no âmbito do procedimento de inspecção. Por outro lado, não devemos perder de vista que a pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime *tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido* sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem (artigo 59.º, n.º 2, do CPP)[64]. Como, de resto, sublinhou o Tribunal Constitucional «Assistirá também ao contribuinte sujeito a fiscalização, o direito a requerer a sua constituição como arguido, sempre que estiverem a ser efetuadas diligências destinadas a comprovar a suspeita da prática de um crime, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o que permitirá que este passe a dispor dos direitos inerentes ao respetivo estatuto, designadamente o direito à não autoincriminação.

Finalmente, a utilização como prova em processo penal de documentos obtidos na actividade de fiscalização tributária, não deixará de ser proibida, nos termos do artigo 126.º, n.º 2, a), do Código de Processo Penal, quando se revele que a entidade fiscalizadora tenha desencadeado ou prolongado deliberadamente a fase inspetiva, com a finalidade de recolher meios de prova para o processo penal a instaurar, abusando do dever de colaboração do contribuinte»[65].

---

fiscal, parece-nos facilmente compreensível que no decurso do procedimento de inspecção tributária devem os funcionários actuar com especial prudência, cortesia, serenidade e discrição (artigo 21.º, do RCPITA), sendo que as acções integradas no procedimento de inspecção tributária devem ser adequadas e proporcionais aos objectivos de inspecção tributária (artigo 7.º, do RCPITA). Na prossecução do interesse público, a Administração Pública deve adoptar os comportamentos adequados aos fins prosseguidos. Mais, as decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições na medida do necessário e em termos proporcionais aos objectivos a realizar (artigo 7.º, n.os 1 e 2, do CPA). Como ensina Paulo OTERO «impõe-se uma interpretação em conformidade com o princípio da proporcionalidade, no sentido de apenas relevarem os meios de prova que se mostrem adequados e necessários ao objecto em concreto do procedimento» (*Direito do Procedimento Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 91).

A *razoabilidade* deve ainda funcionar como um limite ao exercício do poder discricionário (*vide* TAVARES DA SILVA, Suzana, *O princípio da razoabilidade*, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Volume I, 3.ª edição, Coord. Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, pp. 292-299).

[64] Segundo o Tribunal da Relação de Lisboa «A constituição de arguido, mesmo correndo inquérito contra pessoa determinada, não é obrigatória e automática, passando a exigir-se, para além de correr inquérito contra pessoa determinada, que haja suspeita fundada da prática de crime. Ora, não tendo o Ministério Público suspeita fundada da prática de crime pelo denunciado/suspeito, não faria sentido constituí-lo como arguido. O único interveniente processual com direito a "fiscalizar" esta actuação é o próprio suspeito o qual tem o direito de ser constituído arguido, a seu pedido, o que se compreende já que podem estar em causa, direitos, liberdades e garantias constitucionais» (Acórdão de 21 de maio de 2015 – Proc. n.º 2/13 – Relator: Antero Luís).

[65] Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 340/2013, de 17 de Junho – Proc. n.º 817/12 – Relator: João Cura Mariano).

Em síntese, segundo aquele Acórdão o que se proíbe inequivocamente é que ao abrigo dever legal de colaboração (artigos 59.º, da LGT e 9.º, do RCPITA), se permita, em termos práticos, no âmbito do procedimento tributário, a recolha de elementos que, no processo penal (*pendente* e já *não posterior*), em virtude da sua indiscutível especificidade e pertinentes garantias processuais do arguido (presunção da inocência do arguido e direito ao silêncio), já não poderiam aí ter sido obtidas.

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional «a interpretação normativa dos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 125.º e 126.º, n.º 2, alínea a), todos do Código de Processo Penal, segundo a qual os documentos fiscalmente relevantes obtidos ao abrigo do dever de cooperação previsto no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira e no artigo 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária por uma inspeção tributária realizada a um contribuinte, durante a fase de inquérito de um processo criminal pela prática de crime fiscal movido contra o contribuinte inspecionado e sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária competente, podem ser utilizados como prova no mesmo processo»[66], quando na realidade foram obtidos já existindo processo de inquérito criminal, os quais entretanto já não podiam ser obtidos ao abrigo de um dever de colaboração. Isto justificado pela colisão de alguns princípios e regras do procedimento de inspecção tributária com os direitos e as garantias do arguido.

A propósito dos elementos probatórios recolhidos pela inspecção tributária ao abrigo dos princípios e regras próprias do procedimento tributário, virem já *posteriormente* (e não concomitantemente) ser utilizados no processo de inquérito, a jurisprudência não vem sustentar expressamente a sua proibição.

Nos termos da lei, a autoridade tributária e aduaneira, actua sob *dupla* veste: a de *órgão inspectivo* e a de *autoridade/órgão de polícia criminal*, podendo aqui colocar-se então a questão de *desvio de fim*, o que leva MANUEL DA COSTA ANDRADE a considerar que, ao arrepio do princípio da legalidade (reserva de lei), não existem «leis que, para cumprirem a função que aqui lhes é cometida, teriam de prever e legitimar, autónoma e expressamente, a mudança de fim que se actualiza na migração de dados do procedimento tributário para o processo penal»[67].

Em relação quer às provas que venham posterior ou simultaneamente a ser utilizados no processo de inquérito criminal, LILIANA SÁ propõe mesmo que «Uma das possíveis soluções para o problema poderia passar pela *separação do procedimento de liquidação do processo fiscal sancionador, impedindo que os funcionários administrativos, que obtêm informações no primeiro, exerçam actividades instrutórias no segundo*[68].

---

[66] Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 298/2019, de 15 de Junho (Relator: Pedro Machete).

[67] DA COSTA ANDRADE, Manuel, "Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", in: *Homenagem, ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas, Volume LVII, Tomo I, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 394.

[68] Defendendo que o procedimento tributário e o processo sancionador deveria implicar uma separação orgânica, *vide* CAAMAÑO ANIDO, M. A., "Separación de procedimentos de liquidación y sancionador sin separación de órganos", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Num. 15-16 (2000), pp. 159-163.

Todavia, a circunstância de os mesmos factos serem apreciados por duas instâncias distintas pode conduzir a decisões contraditórias: num, não ser devida a obrigação tributária e, no outro, existir infracção penal fiscal (ou vice-versa). Para evitar esta consequência indesejável poderia optar-se por uma de duas soluções: o reconhecimento da possibilidade de invocação de princípios próprios do processo penal na fase de investigação ou, sempre que, no decurso do procedimento de fiscalização, surgisse uma firme convicção de existência de crime fiscal, a conversão do referido procedimento num processo penal, onde o investigado seria um sujeito processual, com um estatuto próprio que compreenderia direitos e deveres, que lhe seriam de imediato comunicados, entre os quais não se contava, naturalmente, qualquer dever de cooperação. Na verdade, existindo uma presunção de veracidade dos actos e elementos fornecidos pelos contribuintes, o ónus da prova da não conformidade cabe a quem a invoca»[69].

A Lei Geral Tributária Alemã (§ 328 AO) revela-se bastante mais clara, ao estabelecer que nos procedimentos tributários não é permitida a utilização de meios coercivos contra o contribuinte que o levassem a inculpar-se a si próprio por um crime fiscal por ele cometido. Assim, se no processo penal chegarem ao conhecimento do Ministério Público ou do Juiz factos ou meios de prova que no âmbito do procedimento tributário – anteriormente à da instauração do processo penal ou do conhecimento da sua instauração –, o contribuinte declarou às autoridades tributárias, no cumprimento dos seus deveres tributários, esses documentos não podem ser utilizados contra ele para a prova de um crime[70].

Por sua vez, com as necessárias adaptações, o n.º 2, do artigo 76.º, do Regime Geral das Contra-Ordenações («*Conversão em processo criminal*») pode trazer alguma clarividência, ao preceituar que a conversão do processo determina a interrupção da instância e a instauração de inquérito, *aproveitando-se, na medida do possível, as provas já produzidas*[71]. Segundo observam lucidamente os Conselheiros OLIVEIRA

Em sentido contrário, MARQUES DA SILVA, Germano, defende que «nada impede que os actos de inspecção e a prática dos actos de inquérito sejam atribuídos aos mesmos funcionários ou agentes» (*Direito Penal Tributário*, 2.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 161).

[69] DA SILVA DE SÁ, Liliana, "O dever de cooperação do contribuinte e o direito ao silêncio do arguido", *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 414, Ministério das Finanças, Lisboa: Direcção-Geral dos Impostos, Centro de Estudos Fiscais, Julho-Dezembro 2004, pp. 210-211.
Segundo Vânia COSTA RAMOS «*Se a investigação for puramente administrativa, tais provas não poderão ser utilizadas no processo criminal se aquelas garantias não tiverem sido respeitadas*», abrangendo-se não só os documentos que «"existem independentemente da vontade do arguido", mas também os que o arguido pode ser obrigado a produzir em cumprimento de deveres de cooperação pré-estabelecidos e independentes da sua condição de arguido. É claro que podemos também questionar se os documentos que existem em virtude de exigências legais não caberão também na categoria dos *documentos que existem independentemente da vontade do arguido*» ("Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova", *Revista do Ministério Público*, n.º 109, Ano 28, Janeiro-Março 2007, pp. 78-85).

[70] OLIVEIRA E SILVA, Sandra, "Nemo Tenetur se Ipsum Accusare e Deveres de Colaboração em Matéria Tributária", in: *Prova penal, Teórica e Prática*, coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira, Coimbra: Almedina, 2019, p. 87.

[71] No entendimento de Sérgio PASSOS «Para os efeitos de prova no conhecimento como crime dos factos inicialmente enquadrados como contra-ordenação só podem ser aproveitados os que houverem sido efectuadas pelas autoridades policiais» (*Contra-Ordenações – Anotações ao Regime Geral*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 511).

MENDES e SANTOS CABRAL «A conversão do processo em inquérito implica, na medida do possível, *o aproveitamento dos actos praticados na fase administrativa do processo contra-ordenacional*.

[...]

De qualquer forma *o processo contra-ordenacional pode, só por si, fornecer os indícios suficientes para fundamentar uma convicção de responsabilidade criminal válida e relevante*»[72].

O Tribunal Constitucional entendeu mesmo que *os documentos obtidos no procedimento de inspecção tributária, ao abrigo do dever de cooperação, podem posteriormente vir a ser usados como prova em processo criminal pela prática de crime fiscal movido contra o contribuinte*[73]. De igual modo, o Tribunal da Relação de Guimarães vem entendendo que «Existindo embora alguma tensão dialéctica entre o dever de cooperação do contribuinte, na área do procedimento tributário, e o direito ao silêncio e a não facultar meios de prova, reconhecido ao arguido no processo penal, podem neste ser usados os documentos obtidos pelas autoridades fiscais ao abrigo daquele dever de cooperação» (Acórdão de 20 de Janeiro de 2014 – Proc. n.º 97/06.0IDBRG.G2 – Relator: António Condesso)[74].

Temos como seguro que apenas em caso de "*fundada* dúvida" deve ser anulado o acto tributário (artigo 100.º, n.º 1, do CPPT), em face da ineficaz demonstração da existência ou da qualificação daquele. Na tributação, não é exigível necessariamente a absoluta certeza na qualificação e na quantificação do facto tributário, daí a admissibilidade em situações expressamente previstas na lei dos métodos *indirectos*[75] assentes

Os Conselheiros SIMAS SANTOS e Jorge LOPES DE SOUSA parecem defender ponto de vista similar (*Contra-Ordenações – Anotações ao Regime Geral*, Lisboa: Vislis Editores, 2001, p. 427).
As autoridades administrativas poderão conferir a investigação e instrução, no todo ou em parte, às autoridades policiais, bem como solicitar o auxílio de outras autoridades ou serviços públicos (artigo 54.º, n.º 3, do RGCO).

[72] DE OLIVEIRA MENDES, António e DOS SANTOS CABRAL, José, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 275.

[73] Acórdão n.º 340/2013, de 17 de Junho – Proc. n.º 817/12 (Relator: João Cura Mariano).
Especialmente crítico Manuel DA COSTA ANDRADE sustenta que «a tutela absoluta que a Constituição reserva ao *nemo tenetur* tem como reverso a proibição – igualmente absoluta – da *mudança de fim* dos dados auto incriminatórios da área do direito (tributário), onde eles foram coercivamente produzidos para o campo do processo penal [...]. Precisando melhor as coisas, temos em vista uma solução que: do lado do processo penal, assegure a *proibição da valoração* dos dados de sentido anto-incriminatório que o arguido foi, na veste de contribuinte, obrigado a levar ao reconhecimento da administração tributária; e, do lado do direito tributário, assegure a vigência integral e contínua dos deveres de colaboração e de verdade do contribuinte, deveres cuja eficácia é, em última instância, assegurada pela incriminação da *Fraude fiscal*» ("Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", in: *Homenagem, ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas, Volume LVII, Tomo I, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 433 e 435-436).

[74] O Tribunal da Relação de Guimarães já entendera anteriormente que «Podem ser usados em processo penal documentos validamente obtidos na fase administrativa inspectiva ao abrigo do dever de cooperação e depoimentos de quem procedeu a essa inspecção» (Acórdão de 12 de Março de 2012 – Proc. n.º 82/05.9 – Relator: Ana Teixeira e Silva).

[75] A falta de cooperação do dos sujeitos passivos e demais obrigados tributários no procedimento de inspecção pode, quando ilegítima, constituir fundamento de aplicação de métodos indirectos de tributação,

em presunções ou indícios (artigos 81.º, n.º 1 e 83.º, n.º 2, da LGT e 100.º, n.º 2, do CPPT), traduzindo apenas uma «verdade aproximada»[76].

Por seu lado, enquanto expoente do princípio da presunção da inocência do arguido, apenas deve ser proferida acusação em caso de verificação de "indícios *suficientes*"[77], ou seja, em caso de não existir probabilidade da prática do ilícito criminal fiscal, o Ministério Público deve proferir obrigatoriamente a decisão de *arquivamento* (artigos 277.º, n.º 1 e 2, do CPP)[78], tendo esta decisão um mero alcance processual e não consubstanciando então propriamente um juízo de mérito. Neste sentido apontavam as palavras de M. MAIA GONÇALVES, o qual salientava que «Considera-se agora que o inquérito fica arquivado quer nos casos em que foi recolhida prova bastante de se não ter verificado o crime, de o arguido o não ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento criminal; quer naqueles casos em que não foi

nos termos da lei (artigo 10.º, do RCPITA). A tributação indirecta permite assim que em caso de impossibilidade de determinação da capacidade contributiva, pelo facto do contribuinte, por exemplo, não apresentar documentos, a administração tributária possa ainda assim determinar a matéria tributável, avançando então com o critério da máxima verosimilhança (SÉRGIO RIBEIRO, João, *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável*, Teses, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 152-153).

Em 2019, nas 1.199 acções realizadas, em que ocorreu a aplicação de métodos indirectos, a inspecção tributária promoveu correcções à matéria colectável de IRC no valor de 162M€ (Fonte: Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais – *Relatório de Actividades desenvolvidas "Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras" – 2019*).

[76] Conforme esclarece J. FREITAS DA ROCHA «Ao contrário do que acontece com a avaliação directa, o procedimento de avaliação indirecta já não busca a efectiva verdade material, mas apenas uma "verdade material aproximada", pelo que se compreende o seu carácter excepcional e subsidiário em relação àquela, significativo da ideia de que apenas se recorrerá à avaliação indirecta quando a avaliação directa *não for absolutamente possível* ou conveniente» (*Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 6.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2018, pp. 209-210).

Sobre a problemática da (im)possibilidade da utilização dos métodos de tributação indirecta no processo penal, vide MARQUES DA SILVA, Germano, "Da relevância da determinação indirecta da matéria colectável no âmbito penal tributário", in: *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 155-164; MARQUES, Paulo, "A Inspecção Tributária, os Métodos Indirectos e a Prova no Processo Penal", *Revista do Ministério Público*, n.º 141, Janeiro-Março, 2015, pp. 105-135; e SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal – Admissibilidade e Valoração*, Coimbra: Almedina, 2016.

No entanto, entendemos que o ónus da prova, mesmo quando incide sobre o contribuinte (artigo 74.º, da LGT) não dispensa o princípio do inquisitório que impende sobre o fisco (artigo 58.º, da LGT).

A jurisprudência tem tido alguma evolução, designadamente o Tribunal da Relação de Évora, o qual considerou mesmo que «É legítimo o recurso à aplicação de métodos indirectos de avaliação da matéria tributária» (Acórdão de 26 de Fevereiro de 2013 – Proc. n.º 174/08.2IDSTB.E1).

[77] Manuel GUEDES VALENTE observa lucidamente que «O princípio da liberdade impõe ao Ministério Público que, caso se decida pela acusação, só o poderá fazer caso tenha recolhido indícios suficientes de que o crime se verificou e de quem foi o seu agente, mas nunca poderá acusar caso esteja perante meros indícios» (*Dos Órgãos de polícia Criminal*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 49).

[78] No entanto, no prazo de 20 dias a contar da data em que a abertura de instrução já não puder ser requerida, o imediato superior hierárquico do magistrado do Ministério Público pode, por sua iniciativa ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente, determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efectuar e o prazo para o seu cumprimento (artigo 278.º, n.º 1, do CPP).

possível ao MP obter indícios da verificação de crimes ou de que quem foram os seus agentes»[79]. A *acusação* tem a *natureza de pedido de condenação* de alguém pela prática de certo facto criminoso, daí que o penalista GERMANO MARQUES DA SILVA observa que apenas «Se do inquérito resultar suficientemente indiciada a responsabilidade do arguido, o MP deverá deduzir acusação»[80], sendo que essa indiciação decorre necessariamente das provas recolhidas criteriosamente na fase de inquérito – "indícios *suficientes*" (artigos 283.º, n.º 1 e 2, do CPP), não se exigindo diferentemente do julgamento[81], propriamente uma certeza, mas pelo menos a suficiência de indícios.

Em suma: o que parece não ser de permitir é a tramitação do procedimento de inspecção tributária unicamente com o propósito de obter provas ao abrigo do dever de colaboração do contribuinte para serem posteriormente transferidas para o processo de inquérito criminal fiscal, desvirtuando afinal a separação nítida entre o procedimento tributário e o processo penal tributário. Acima de tudo importa rejeitar *in limine* as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, reafirmando-se a importância da aplicação dos princípios da justiça[82] e da razoabilidade[83] igualmente no âmbito do Direito Fiscal e no Direito Processual Penal, prevalecendo afinal o *bom senso* enquanto critério válido de interpretação das leis[84]. Pelo que no procedimento tributário de inspecção deve imperar a *boa fé*[85], devendo harmonizar-se as especiais exigências da actuação da inspecção tributária com as não menos especiais garantias dos contribuintes.

II. Os métodos indirectos da tributação, em especial

1. Enquadramento

A administração tributária deve, no procedimento, realizar todas as diligências *necessárias* à satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material, não

---

[79] LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, 10.ª edição, Coimbra: Almedina, 1991, p. 525.

[80] MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa: Verbo, 1994, p. 113.

[81] *Absolvere debet judex potius in dubio quam condemnare:* Na dúvida deve o juiz antes absolver do que condenar.

[82] O artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa impõe a subordinação da administração ao princípio da justiça.

[83] O legislador acolheu expressamente estes princípios da justiça e da razoabilidade no artigo 8.º, do Código do Procedimento Administrativo. Cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, "O princípio da razoabilidade", in: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 4.ª edição, Coord. Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 295-322.

[84] FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 186-190

[85] *Vide* Artigos 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, 10.º, do CPA e 55.º e 59.º, da LGT. A ideia preponderante é de tutelar a «confiança depositada na lealdade da conduta do interlocutor. Trata-se, por isso, de proteger o que cada um pode esperar da conduta ou das consequências da conduta do outro» (AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 5.ª edição Actualizada e Refundida, Coimbra: Almedina, 2018, p. 102).

estando subordinada à iniciativa do autor do pedido (artigo 58.º, da LGT), enquanto importante manifestação do princípio do inquisitório justificado pela obrigação de prossecução do interesse público imposta à administração tributária[86] e pelos princípios da verdade material, da imparcialidade e mesmo da indisponibilidade do crédito tributário que devem pautar a actividade administrativa tributária (artigos 266.º, n.os 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, 30.º, n.º 2, e 55.º, da LGT e 6.º, do RCPITA). Segundo ensina ANA PAULA DOURADO «a administração tem a responsabilidade do esclarecimento dos factos relevantes para a tributação, embora goze de discricionariedade quanto à forma e alcance das averiguações»[87], tendo a actividade da administração tributária de cingir-se à aplicação escrupulosa da lei, designadamente no procedimento de inspecção tributária e de liquidação do imposto (artigo 103.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa).

A igualdade entre contribuintes e a importância medular do princípio da capacidade contributiva (artigos 13.º, da Constituição da República Portuguesa e 4.º, da LGT) justificam amplamente uma posição activa e vigilante por parte da administração tributária, em especial em relação aos contribuintes incumpridores. Como salienta MARCELO CAVALI, em face do dever fundamental de pagar tributos «ninguém pode ser excluído e cada contribuinte tem o direito de exigir do Estado que lhe valha dos meios necessários a impedir que outros dele se eximam». E, por outro lado, é de «exigir deste que utilize *todos os mecanismos à sua disposição*, desde que compatíveis – ou compatibilizáveis – com os demais princípios constitucionais, para atingir o objectivo de que todos cumpram com seu dever»[88].

2. A subsidiariedade dos métodos indirectos

A matéria tributável é avaliada ou calculada directamente segundo os critérios próprios de cada tributo, visando-se através da avaliação directa a determinação do valor *real*[89] dos rendimentos ou bens sujeitos a tributação (artigos 81.º, n.º 1 e 83.º, n.º 1, da LGT), *apenas* podendo a administração tributária lançar mão de avaliação *indirecta* nos casos e condições expressamente previstos na lei, visando-se através da avaliação indirecta a determinação do valor dos rendimentos ou bens tributáveis a partir de indícios, presunções ou outros elementos de que a administração tributária disponha (artigos 81.º, n.º 1 e 83.º, n.º 2), mas ainda assim com base em critérios fixados na lei[90].

Impendendo o dever de cooperação dos sujeitos passivos e demais obrigados tributários, por exemplo no procedimento tributário de inspecção, a sua falta pode, quando

[86] LEITE DE CAMPOS, Diogo/ SILVA RODRIGUES, Benjamim/ LOPES DE SOUSA, Jorge, *Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*, 4.ª edição, Lisboa: Encontro da Escrita, 2012, p. 488.

[87] DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal – Lições*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 243.

[88] COSTENARO CAVALI, Marcelo, *Cláusulas Gerais Antielusivas: Reflexões Acerca de sua Conformidade Constitucional em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 179-180.

[89] A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento *real* (artigo 104.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

[90] DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal – Lições*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 245.

ilegítima, constituir fundamento de aplicação de *métodos indirectos* de tributação[91], nos termos da lei (artigos 9.º e 10.º, do RCPITA)[92], designadamente nos casos de falta de apresentação de declarações ou mesmo desaparecimento, destruição ou falseamento de elementos contabilísticos. HUGO LUZ DOS SANTOS sublinha mesmo que «o recurso à aplicação de métodos indirectos de avaliação da matéria tributável, é, em muitos casos, forçoso, dada a fundamentada exiguidade e inexactidão do sistema de informação dos sujeitos passivos»[93]. Pelo que, não raras vezes, no caso da avaliação indirecta existe na sua génese mesmo um elemento de natureza *patológica* (ex: má fé do contribuinte). No caso de quantificação da matéria tributável por métodos indirectos não se considera existir dúvida fundada, se o fundamento da aplicação daqueles consistir na inexistência ou desconhecimento, por recusa de exibição, da contabilidade ou escrita e de mais documentos legalmente exigidos ou a sua falsificação, ocultação ou destruição, ainda que os contribuintes invoquem razões acidentais (artigo 100.º, n.os 1 e 2, do CPPT)[94]. *In casu*, não raras vezes, a aplicação de métodos indirectos tem na sua base uma conduta censurável imputável ao próprio contribuinte. Na explicação de J. VALENTE TORRÃO «Compreende-se esta disposição já que admitir a dúvida nestes casos seria premiar os contribuintes faltosos»[95], por sinal, puníveis pelos artigos 117.º e segs., do RGIT.

Como já se viu, a aplicação de métodos indirectos, ainda que ditada em boa medida pelos princípios da prossecução do muito relevante interesse público fiscal[96] e da igualdade tributária[97] entre contribuintes, reveste cariz *subsidiário*[98] e mesmo

[91] FREITAS DA ROCHA, J./DAMIÃO DA CUNHA, João, *Regime Complementar do Procedimento de Inspecção Tributária (RCPIT) – Anotado e Comentado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 67-69.

[92] João SÉRGIO RIBEIRO conclui mesmo que «O cumprimento do dever acessório de cooperação do contribuinte para com a Administração é o fundamento mais imediato da avaliação indirecta» (*Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Colectável*, Teses, Coimbra: Almedina, 2010, p. 499).

[93] LUZ DOS SANTOS, Hugo, "O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária em processo penal tributário", *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, Ano VIII, N.º 4, Inverno (2015), p. 136.

[94] Em caso de determinação da matéria tributável por métodos indirectos, compete à administração tributária o ónus da prova da verificação dos pressupostos da sua aplicação (artigo 74.º, n.º 3, 1.ª parte, da LGT), implicando ainda assim «a diminuição da medida da prova por parte da administração tributária» (DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal – Lições*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 246).

[95] VALENTE TORRÃO, João António, *Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 440.

[96] Os impostos têm uma finalidade arrecadatória em ordem à sustentabilidade financeira do Estado Social, o qual pressupõe a realização das suas tarefas fundamentais, sem esquecer o dever estatal de respeito, protecção e promoção dos direitos fundamentais. *Vide* artigos 9.º e 103.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Cf. CASALTA NABAIS, J., *O dever fundamental de pagar impostos – Contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Teses, Coimbra: Almedina, 1998, 191-203; PAZ FERREIRA, Eduardo, *Ensaio de Finanças Públicas*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 63-66, 390-392; FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Uma Introdução à Política*, Lisboa: Bertrand Editora, 2014, 2014, pp. 81, 85-87 e 299; e REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 257-269.

[97] A não aplicação de métodos indirectos conduziria que *se premiassem os contribuintes que através da sua acção ou omissão não colaborem na descoberta da verdade material*, na *prossecução do interesse público* na arrecadação de receitas tributárias e no combate à fraude e evasão fiscal, tornando então im-

excepcional[99], o que se compreende tendo em conta o já mencionado princípio-regra da tributação segundo o rendimento *real* e o próprio princípio da presunção da verdade declarativa a favor do contribuinte (artigo 75.º, n.º 1, da LGT).

3. A subsistência de alguma margem de dúvida

Por outro lado, na avaliação subsiste sempre alguma margem de dúvida. A este propósito, FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES salienta mesmo que «o recurso ao regime dos métodos indirectos não comporta a mesma precisão de apuramento de imposto da resultante do método declarativo, sendo alcançada mediante índices que só por coincidência concordará com a realidade, subsistindo sempre um concreto grau de dúvida sobre a quantificação, a qual só constituirá *dúvida fundada* quando o sujeito passivo prove que a quantificação em causa é errada»[100]. De resto, a aplicação de métodos indirectos reflecte ainda assim a preocupação do legislador em se aproximar o mais possível ("verdade material aproximada")[101] dos rendimentos *efectivos*[102], afas-

possível a quantificação da matéria tributável em relação a todos aqueles que não cumprem as suas obrigações tributárias. Mais, poderia estar a incentivar-se a prática de actos ilícitos. *Vide* Tribunal da Relação do Porto – Acórdão de 1 de Julho de 2020 – Proc. n.º 530/16.2 (Relator: José Carreto).
Vide MARQUES, Paulo, "A tributação de rendimentos ou actos ilícitos: A necessidade não conhece a lei?", *Revista do Ministério Público*, n.º 144, Outubro-Dezembro 2015, pp. 167-184.

[98] Segundo nota Elisabete LOURO MARTINS «Uma vez que o sistema de avaliação indirecta é meramente subsidiário, desde que a matéria colectável seja determinável através dos registos contabilísticos, o rendimento colectável deve ser apurado com base nos referidos registos, tendo a Administração Fiscal a obrigação de "c*onvidar*" o contribuinte corrigir as mesmas deficiências, sendo que a recusa de colaboração poderá justificar a aplicação de correcções técnicas» (*O Ónus da Prova no Direito Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 132). O Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal (1996), sublinha que «em caso de dúvida fundada sobre se o rendimento ou outros factos tributários declarados correspondem à realidade, em consequência de anomalias e incorrecções da contabilidade ou dos livros de registo, a Administração Fiscal continua adstrita ao dever de investigação, na procura de elementos que lhe permitam apurar a matéria tributável efectiva, não podendo, de imediato, proceder à utilização dos métodos indiciários» (MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 191, Lisboa: Administração Geral Tributária, Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, 2002, p. 299).

[99] Nas palavras de Gustavo LOPES COURINHA «O apoio em métodos indirectos para a avaliação da matéria tributável assenta, por isso, em situações patológicas graves, em que não é a solução preferível (e constitucionalmente preferida) mas a solução possível que prevalece; valem aqui critérios de necessidade. [...] a opção pela avaliação indirecta por parte da AT é uma decisão estritamente vinculada e sem significativas margens de actuação.
Segundo este princípio, a hipótese legal para aplicação dos métodos indirectos nunca pode ser enunciada em termos abertos ou vagos, mas antes estritamente condicionada por rigorosas formulações legais; em sede de avaliação indirecta, vale um raciocínio muito próximo do da tipicidade (*Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 208 e 210).

[100] DE VASCONCELOS FERNANDES, Filipe, *Constituição e Lucro Real – Contributo ao Direito Fiscal Constitucional Português*, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 281.

[101] J. FREITAS DA ROCHA explica que «Ao contrário do que acontece com a avaliação directa, o procedimento de avaliação indirecta já não busca a efectiva verdade material, mas apenas uma "verdade material aproximada", pelo que se compreende o seu carácter excepcional e subsidiário em relação àquela, significativo da ideia de que apenas se recorrerá à avaliação indirecta quando a avaliação directa *não for*

tando-se então a ideia de mera discricionariedade[103], até porque estamos ainda no domínio da incidência objectiva do imposto, pelo menos num conceito amplo. De resto, à avaliação indirecta aplicam-se, sempre que possível e a lei não prescrever em sentido diferente, as *regras da avaliação directa* (artigo 85.º, n.º 2, da LGT), estabelecendo-se então como princípio a aproximação entre as duas modalidades de determinação quantitativa da matéria tributável. Por sinal, alguma doutrina defende mesmo que é apenas o grau de rigor[104] que distingue ambas e não tanto a substância em si, admitindo inclusivamente que a avaliação directa utiliza também elementos indiciários ou presuntivos[105], mas naquela modalidade estes revestem menor importância.

4. A competência para a sua aplicação

A *competência* para a avaliação indirecta é, em exclusivo[106], da *administração tributária*[107] (artigo 82.º, n.º 2, da LGT) e não do contribuinte, embora implique a possibilidade de participação do contribuinte (artigo 60.º, n.º 1, alínea d), da LGT)[108]. Pelo que o contribuinte não tem propriamente um *direito* a ver a sua matéria tributável

absolutamente possível ou conveniente» (*Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 6.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 209-210).

[102] De igual modo, Cristina MOTA LOPES e António MARTINS referem mesmo que «o rendimento determinado pela AT, com recurso a métodos indirectos, tendo por base a realidade económica, contabilística e fiscal, bem como um conjunto de pressupostos identificáveis, não é mais do que um rendimento real que se presume ter sido obtido, pois o que pretende atingir é o valor mais aproximado do rendimento auferido pelo contribuinte» (*A Tributação por Métodos Indirectos – Uma análise do enquadramento jurisprudencial dos pressupostos contabilístico-fiscais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 37).

[103] SÉRGIO RIBEIRO, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Colectável*, Teses, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 209-214.

[104] A lei impõe um *especial dever de fundamentação* nestes casos, ao dispor que a decisão da tributação pelos métodos indirectos nos casos e com os fundamentos previstos expressamente na lei na presente lei especificará os motivos da impossibilidade da comprovação e quantificação directas e exacta da matéria tributável, ou descreverá o afastamento da matéria tributável do sujeito passivo dos indicadores objectivos da actividade de base científica, ou fará a descrição dos bens cuja propriedade ou fruição a lei considerar manifestações de fortuna relevantes, ou indicará a sequência de prejuízos fiscais relevantes, e indicará os critérios utilizados na avaliação da matéria tributável (artigo 77.º, n.º 4, da LGT). *Vide* SILVA RODRIGUES, João Pedro, *Breves considerações sobre a natureza do acto de determinação indirecta da matéria tributável e o dever da sua fundamentação expressa*, in Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 874.

[105] VELÁZQUEZ CUETO, F., "Los métodos de determinación de la base imponible. La estimación indirecta", *Revista Crónica Tributaria*, n.º 74 (1995), p. 100.

[106] SÉRGIO RIBEIRO, João, *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Colectável*, Teses, Coimbra: Almedina, 2010, p. 501.

[107] Hugo LUZ DOS SANTOS fala mesmo em «*poder-dever*» ("O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária em processo penal tributário", *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, Ano VIII, N.º 4, Inverno 2015, p. 138).

[108] O contribuinte tem a possibilidade de solicitar a revisão da matéria tributável fixada mediante a aplicação de métodos indirectos, sob pena de não poder vir impugnar a liquidação de imposto em causa, com fundamento na quantificação errónea ou mesmo nos pressupostos da avaliação indirecta.

apurada com recurso aos métodos indirectos[109], o que a não ser assim, poderia trazer-lhe a vantagem no não sancionamento da sua conduta, caso se defenda a inadmissibilidade da utilização para fins penais da quantificação da matéria tributável com recurso a métodos indirectos. Trata de um *poder-dever* da administração tributária, logo *irrenunciável* (artigo 29.º, n.º 1, do NCPA), reforçado pela indisponibilidade do crédito tributário (artigos 30.º, n.º 2 e 36.º, n.º 3, da LGT e 85.º, n.º 3, do CPPT), ao serviço do contribuinte *cumpridor*, enquanto titular legítimo de um verdadeiro *direito à eficácia fiscal*, em especial na luta contra a fraude e a evasão fiscal e aduaneira[110].

5. A (in)admissibilidade dos métodos indirectos no processo de inquérito criminal fiscal

Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), significando que o arguido apenas poderá conhecer as consequências concretas da sua conduta após o trânsito em julgado de sentença condenatória[111]. Mais, o princípio da presunção de inocência do arguido tem uma especial relevância em matéria probatória, decorrendo daquele importante princípio constitucional a inexistência de um ónus probatório do arguido em processo penal, isto é, o mesmo não tem que provar a sua inocência para ser absolvido – "*in dubio pro reo*"[112] (artigo 126.º, do CPP).

A jurisprudência e a doutrina têm sido particularmente relutantes em relação à relevância jurídico-penal da determinação da matéria tributável efectuada exclu-

[109] Cf. Tribunal Central Administrativo Sul – Acórdão de 13 de Março de 2014 – Proc. n.º 06854/13 (Relator: Catarina Almeida e Sousa).

[110] O Governo apresenta à Assembleia da República, até ao final do mês de junho de cada ano, um relatório detalhado sobre a evolução do combate à fraude e à evasão fiscais em todas as áreas da tributação, explicitando os resultados alcançados, designadamente quanto ao valor das liquidações adicionais realizadas, bem como quanto ao valor das coletas recuperadas nos diversos impostos (artigo 64.º-B, n.º 1, da LGT).

[111] Segundo nota Alexandra VILELA «nunca se perde de vista que o acusado é, acima de tudo, uma pessoa que apesar de arguido ainda deve ser considerado honesto, o que nos conduz a que, à luz da presunção de inocência, o fundamento legítimo para a restrição da liberdade do acusado há-de ser encontrado através de uma avaliação ou apreciação das situações de facto autónomas de juízos de culpabilidade, ou melhor, de pré-culpabilidade, de forma a adequar a necessidade de aplicação de certas medidas restritivas da liberdade ao caso concreto que cabe apreciar, levando sempre em atenção que aquela terá, necessariamente, de funcionar como limite à própria restrição da liberdade» (*Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 92-93). Nas palavras de MARQUES DA SILVA, Germano «O processo nasce porque uma dúvida está na sua base e uma certeza deveria ser o seu fim. Dados, porém, os limites do conhecimento humano, sucede frequentemente que a dúvida inicial permanece dúvida a final, malgrado todo o esforço para a superar. Em tal situação, o princípio político-jurídico da presunção de inocência imporá a absolvição do acusado já que a condenação significaria a consagração de um ónus de prova a seu cargo» (*Curso de Processo Penal*, Volume I, Noções Gerais, Elementos do Processo Penal, 6.ª Edição, Lisboa: Verbo, 2010, p. 99).

[112] DE SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 222.

sivamente com recurso a métodos indirectos[113], com o argumento de existir incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência[114], designadamente, na vertente do *in dubio pro reo*[115]. No entanto, já quando a margem de estimativa, em função dos elementos de prova[116], por ser de tal modo reduzida, não deixa espaço para a incerteza quanto a um juízo positivo da verificação dos elementos do ilícito típico de natureza fiscal, tem-se entendido pela sua admissibilidade[117]. Por sua vez, têm sido admitidas as presunções em processo penal enquanto forma de formar a convicção do julgador em relação a certo facto real e não propriamente para ficcionar determinado resultado[118].

Por seu lado, é a própria lei que estabelece que a decisão de avaliação da matéria colectável com recurso a "*manifestações de fortuna*", após tornar-se definitiva, deve ser *comunicada* pelo director de finanças ao Ministério Público (artigo 89.º-A, n.º 10, 1.ª parte, da LGT)[119], sendo que caso se considere existir *notitia criminis*, deverá dar mesmo lugar à instauração de processo de inquérito criminal[120].

---

[113] Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 180/2007, de 8 de Março de 2007 – Proc. n.º 890/06 (Relator: Mário Torres).
Vide MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Tributário*, 2.ª edição revista e ampliada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 164-165.
O processo penal visa a descoberta da verdade, sendo esta um pressuposto da necessidade da sujeição à sanção criminal.

[114] No entanto, Marta Sofia NETO MORAIS PINTO defende que «A presunção de inocência, em processo penal, opera como um direito conferido ao acusado de não ser alvo de condenação a menos que a sua culpa seja provada, para além de toda a dúvida razoável. É um princípio que, à partida, pode ser desvirtuado por qualquer meio de prova desde que válido, ou seja, desde que tenha sido legal e constitucionalmente obtido. E isto quer se trate de meios de prova directos, quer, tão só, de meios indirectos, como a prova indiciária (até porque a certeza absoluta é inatingível, ainda que através dos primeiros, como veremos adiante)» (*A prova indiciária no processo penal*, in Revista do Ministério Público, n.º 128, Lisboa, Outubro-Dezembro 2011, p. 193).

[115] *Delictum non praesumitur in dubium:* Não se presume o delito na dúvida.

[116] J. SÉRGIO RIBEIRO refuta o enquadramento da avaliação indirecta como um procedimento de obtenção de provas, pelo menos ao nível da sua natureza jurídica, mas antes a determinação do facto tributário na sua dimensão quantitativa: «através da presunção não se prova o que quer que seja, mas apenas se determina um dado facto, isto é, o facto presumido, que antes do operar daquela figura é inexistente. Não se trata portanto de provar um facto, mas de o emanar» (*Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável*, Teses, Coimbra: Almedina, 2010, p. 183).

[117] Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão de 12 de Abril de 2018 – Proc. n.º 6/10.1IDCBR.C1 (Relator: Maria José Nogueira).

[118] Tribunal da Relação do Porto – Acórdãos de 27 de Fevereiro de 2013 – Proc. n.º 15048/09.1 (Relator: Ernesto Nascimento); e de 22 de Outubro de 2014 – Proc. n.º 140/05.0 (Relator: Elsa Paixão).

[119] Como referem FERNANDES PIRES, J. M./ BULCÃO, Gonçalo/RAMOS VIDAL, José/MENEZES, Maria João, «A obtenção, sem justificação evidente, de valores monetários elevados, por ser indiciadora de práticas criminosas» (*Lei Geral Tributária – Comentada e Anotada*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 951).

[120] MARQUES, Paulo, "Todo o negócio quer dinheiro: A tributação das manifestações de fortuna e dos acréscimos patrimoniais", *Revista do Ministério Público*, n.º 139, Lisboa, Julho-Setembro 2014, p. 132.
Tratando-se de um crime fiscal (fraude fiscal/abuso de confiança fiscal), a instauração é efectuada pela própria autoridade tributária e aduaneira (artigos 40.º, n.º 3 e 41.º, do RGIT), embora sob a dependência funcional do Ministério Publico (artigo 40.º, n.º 1, do RGIT).

A determinação da matéria tributável com recurso a métodos indirectos pode ainda assim relevar para efeitos de enquadramento do pagamento enquanto condição de dispensa da pena e circunstância atenuante (artigo 22.º, do RGIT)[121].

No entanto, o Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que «essencial para a demonstração do crime imputado aos arguidos, face ao disposto no art. 103º, n.º 2, do RGIT, era a *determinação da vantagem patrimonial ilegitimamente obtida*. Claro que nos casos de ocultação ou alteração de factos ou valores e na impossibilidade de determinar com precisão os valores ocultados ou omitidos, é lícito o recurso a métodos indiciários para os determinar[122]. De resto, *a utilização de métodos indiciários a título sancionatório, na determinação dos lucros comerciais, industriais e agrícolas, tem expressa previsão nos casos em que a declaração seja tida por inverídica ou incontrolável, em casos de falsa declaração, de inexistência de contabilidade, recusa de exibição de escrita ou sua ocultação, destruição, inutilização, falsificação ou viciação* (...). *Trata-se de uma reacção legal a situações anómalas imputáveis ao próprio contribuinte, pelo que a respectiva aplicação não viola os princípios da generalidade da tributação e da capacidade contributiva, pois que nessas situações o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte* (...).

Os métodos indirectos consistem nos meios de avaliação indirecta de lucros tributáveis ou rendimentos líquidos através do recurso a índices que permitam extrair presunções quantitativas. Não constituem, portanto, um modo de avaliação de um montante efectivamente existente, antes possibilitam a sua quantificação presuntiva pela análise de indicadores que, supostamente, o podem identificar.

Assim, a avaliação indirecta tem carácter excepcional e subsidiário em relação à avaliação directa (conforme artigos 81º, nº 1 e 85º da LGT), apenas ocorrendo quando o contribuinte não cumpra os deveres a que está obrigado»[123].

De igual forma, o Tribunal da Relação de Évora entendeu que no âmbito do *processo penal tributário* «É legitimo o recurso à aplicação de métodos indirectos de avaliação da matéria tributária[124], corroborando a posição do Ministério Público (recorrente) que sustentara que «A consagrar-se – através de decisões como a presente – a imprestabilidade do recurso a métodos indirectos no apuramento da vantagem pa-

[121] MARQUES DA SILVA, Germano, "Da relevância da determinação indirecta da matéria colectável no âmbito penal tributário", in: *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume V, Org. Paulo Otero/Fernando Araújo/João Taborda da Gama, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 162.

[122] Como já assinalava o *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal* (1996), o objectivo dos métodos indirectos consiste justamente em «reconstituir, com recurso a todos os meios ao dispor da Administração Fiscal, a matéria tributável ou a dívida de imposto que corresponderia à realidade fiscal do sujeito passivo em questão. Tratar-se-á, pois, ainda de uma tributação tendo em vista a matéria tributável *real*, embora determinada indirectamente» (MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 191, Lisboa: Administração Geral Tributária, Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, 2002, p. 297).

[123] Tribunal da Relação de Coimbra – Acórdão de 28 de Outubro de 2009 – Proc. n.º 31/01.3IDCBR.C1 (Relator: Jorge Jacob).

[124] Tribunal da Relação de Évora – Acórdão de 26 de Fevereiro de 2013 – Proc. n.º 174/08.2IDSTB.E1 (Relator: Maria Isabel Duarte).

trimonial na fraude fiscal, *tal significaria ceifar à nascença qualquer possibilidade de punir este tipo de condutas*».

Convém recordar que a avaliação indirecta visa a determinação do valor dos rendimentos ou bens tributáveis a partir de *indícios*, presunções ou outros elementos de que a administração tributária disponha (artigo 83.º, n.º 2, da LGT).

O penalista GERMANO MARQUES DA SILVA acrescenta mesmo que «a prova indirecta ou indiciária é uma prova válida também em direito criminal»[125]. A este propósito, HUGO LUZ DOS SANTOS sustenta que «não bule com o *princípio da presunção da inocência* que a convicção do julgador se possa formar com base em prova indiciária, quando não existe prova directa, nem, muito menos, com os princípios *in dubio pro reo*, da *verdade material*, da *legalidade* e da *livre apreciação da prova*.

Ponto é que a convicção do julgador não seja alicerçada edificada *num só indício isolado*, mas com base em vários indícios provados e com *relação directa* com os factos, existindo *correlação* entre esses i*ndícios* e as suas *consequências*»[126].

Muito relevante para a questão em apreço é a posição de EUCLIDES SIMÕES, o qual defende mesmo que a «*prova indirecta, indiciária, circunstancial ou por presunções*, que alguns decisores por vezes (infelizmente raras e apenas em crimes contra as pessoas) meticulosa e exigentemente praticam sem claramente assumirem fazê-lo, *tem que ganhar adequada relevância jurisprudencial e dogmática também entre nós*. Sob pena de a Justiça não se compatibilizar com as exigências do seu tempo e de se agravar insuportavelmente o sentimento de impunidade face aos desafios criminosos de maior complexidade e desvalor ético-jurídico, mormente os "crimes de colarinho branco"»[127]. De resto, o Tribunal da Relação de Guimarães tem considerado

---

[125] MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Tributário*, 2.ª edição revista e ampliada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 165.

No mesmo sentido vão as conclusões de SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova indiciária no âmbito do processo penal – Admissibilidade e valoração*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 169-180. Susana AIRES DE SOUSA observa que «O facto-indício, ainda que provado, é insuficiente para, por si só, dar conta provada a autoria criminosa ou a realização do tipo legal de crime; mas é suficiente para criar, no juiz uma convicção sobre o facto principal que tem de ser confirmada e fundamentada e pode ser infirmada» ("Prova indirecta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal", in: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume IV, Coord. José Lobo Moutinho/Henrique Salinas/Elsa Vaz de Sequeira/Pedro Garcia Marques, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2756-2757). *Vide* igualmente MARCOLINO DE JESUS, Francisco, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 76-78

Sobre ainda a legitimidade do recurso à prova indiciária para fundamentar uma condenação *vide* Tribunal Constitucional – Acórdãos n.os 391/2015, de 12 de Agosto (Relator: João Cura Mariano) e 521/2018, de 17 de Outubro (Relator: Gonçalo Almeida Ribeiro).

Segundo o Tribunal da Relação de Guimarães «A prova do facto criminoso nem sempre é directa, de percepção imediata; muitas vezes é necessário fazer uso dos indícios» (Acórdão de 12 de Setembro de 2007 – Proc. n.º 07P4588 – Relator: Armindo Monteiro).

[126] LUZ DOS SANTOS, Hugo, "O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária em processo penal tributário", *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, Ano VIII, N.º 4, Inverno 2015, p. 140.

[127] DÂMASO SIMÕES, Euclides, "Prova indiciária (Contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente)", *Revista Julgar*, Maio-Agosto 2007, pp. 203-205.

mesmo que «A *prova indiciária*, circunstancial ou indirecta, devidamente valorada *permite fundamentar uma condenação*»[128].

A entender-se, pura e simplesmente, pela irrelevância no processo penal da determinação da matéria tributável com recurso a métodos indirectos, tal poderá além de implicar uma desprotecção dos interesses patrimoniais do Estado e da função social dos impostos[129], os quais dispõem inclusivamente de tutela constitucional, significar ainda uma ampla e injustificada vantagem prática os contribuintes que não dispõem de elementos contabilísticos, ou estes não merecem mesmo credibilidade, como sucede, por vezes, nas condutas que integram o crime de fraude fiscal[130], cometida por exemplo mediante ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável (artigo 103.º, n.º 1, alínea a), do RGIT). A este propósito, convém lembrar que a intervenção penal em matéria tributária tem em vista tutelar justamente o «património tributário do Estado»[131] e os contribuintes cumpridores[132].

---

[128] Tribunal da Relação de Guimarães – Acórdão de 19 de Janeiro de 2009 – Proc. n.º 2025/08-2 (Relator: Cruz Bucho).

[129] Nas palavras de Nuno POMBO «o incumprimento generalizado das normas tributárias implicaria, a prazo, o próprio desaparecimento do Estado, pelo menos, tal como hoje o concebemos, o que sugere que o bem jurídico tutelado pela administração tributária se situa a um nível verdadeiramente cimeiro» (*A Fraude Fiscal – A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 276-277).

[130] O saudoso e aqui homenageado penalista Augusto SILVA DIAS salientava a importância da natureza *patrimonial* do bem jurídico no domínio dos crimes fiscais que «o ilícito penal fiscal está estruturado em torno da ofensa dirigida às receitas fiscais do Estado, proveniente da violação de deveres de colaboração do contribuinte respeitantes à obrigação tributária principal. Esta estrutura encerra, pois, níveis e conteúdos distintos: o bem jurídico protegido é constituído pelo património fiscal do Estado como instrumento da política financeira e distributiva (v. art.os 81º e 103º da CRP) enquanto os deveres de colaboração formam o suporte normativo que assegura a protecção do bem» ("Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: Alguns aspectos dogmáticos e político-criminais", in: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 394, Lisboa: Direcção-Geral dos Impostos, Centro de Estudos Fiscais, Abril-Junho 1999, pp. 46-47).
Germano MARQUES DA SILVA refere a propósito do crime de fraude fiscal que «A *ratio* do crime de fraude fiscal é o dano no património fiscal do Estado que se consubstancia na violação dos deveres de colaboração dos sujeitos passivos fiscais» (*Direito Penal Tributário*, 2.ª edição revista e ampliada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 222).

[131] AIRES DE SOUSA, Susana, *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 301.

[132] DOURADO, Ana Paula/MARQUES, Paulo, "Anotações aos artigos 103.º e 104.º", in: *Constituição Portuguesa Anotada* – Volume II, 2.ª Edição Revista, Coord. Jorge Miranda/Rui Medeiros, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 199.
Nuno POMBO refere igualmente que «a fraude fiscal, lesando o património do Estado, não se limita a produzir na esfera pública o prejuízo. É costume dizer-se que quem não paga impostos acaba por contribuir para o agravamento da carga fiscal de todos quantos cumprem os seus deveres perante o Fisco (*A Fraude Fiscal – A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 277).

A regra no processo penal não pode deixar de ser de que a prova é apreciada segundo as regras da experiência[133] e a livre convicção da entidade competente (artigo 127.º, do CPP), imperando o dever de descoberta da verdade material (livre apreciação)[134]. O Supremo Tribunal de Justiça tem entendido que «A prova indiciária opera a partir de um facto-base – que no caso de ser único terá de possuir uma especial força de acreditação – ou de uma pluralidade de factos-base mediante um raciocínio indutivo com um determinado grau de razoabilidade, suportado por regras de lógica e de experiência comum para chegar a uma conclusão que com consistência e coerência leve ao afastamento da presunção de inocência»[135].

O conceito de prova (directa ou mesmo indirecta) corresponde à actividade do juiz através da qual de busca a verdade material. Sendo assim, as provas, directas ou indirectas, constituem a percepção do julgador. No entendimento de J. SANTOS CABRAL «a enunciação da prova indiciária como fundamento da convicção do juiz tem de se expressar no catalogar dos factos base, ou indícios[136], que se considere provados e que vão servir de fundamento à dedução ou inferência e, ainda, que na sentença se explicite o raciocínio através do qual e partindo de tais indícios se concluiu pela verificação do facto punível e da participação do arguido no mesmo. Esta explicitação ainda que sintética é essencial para avaliar da racionalidade da inferência (...)

As regras da experiência ou regras de vida como ensinamentos empíricos que pelo simples facto de viver nos concede em relação ao comportamento humano e que se obtém mediante uma generalização de diversos casos concretos tendem a repetir-se ou reproduzir-se logo que sucedem os mesmos factos que serviram de suporte efectuar a generalização»[137].

Para a acusação e para a pronúncia, as quais antecedem naturalmente o julgamento, apenas basta a probabilidade de ter sido cometido o crime de que o arguido foi

---

[133] Segundo Paulo DE SOUSA MENDES «As regras da experiência servem para produzir prova de primeira aparência (*prima facie evidence*), na medida em que desencadeiam presunções judiciais (*presumptio judicis*), simples, naturais, de homem, de facto ou de experiência (por todas estas designações se tornaram conhecidas), que são aquelas que não são estabelecidas pela lei, mas se baseiam apenas na experiência da vida» ("A Prova Penal e as Regras da Experiência", in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 129).

[134] A decisão judicial pauta-se pelo princípio da livre apreciação das provas, mas deve basear-se em provas lícitas constantes dos autos.

[135] Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 9 de Novembro de 2017 – Proc. n.º 263/08.3JABRG.G1.SI (Relator: Nuno Gomes da Silva).
Recentemente, o Tribunal da Relação de Coimbra tem considerado que «Em processo penal, é legítimo o recurso à prova indiciária – por presunções judiciais, simples ou naturais ─, na medida em que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei (art. 125.º do CPP, que é o que sucede com as presunções, que o art. 349.º do CC qualifica como ilações que a lei ou o julgador retira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido» (Acórdão de 23 de Março de 2020 – Proc. n.º 41/17.9GCBRG.G – Relator: Ausenda Gonçalves).

[136] Por exemplo, o *dolo* (artigo 14.º, do Código Penal), requisito imprescindível ao preenchimento da tipicidade penal tributária, quando não exista confissão do arguido, apenas poderá, em princípio, ser provado mediante ilações, indícios, muitas vezes resultantes da análise da conduta exterior do infractor.

[137] SANTOS CABRAL, J., "Prova Indiciária e as Novas Formas de criminalidade", *Julgar* n.º 17 (2012), pp. 26 e 33

investigado, bastando então a prova indiciária suficiente[138]. Como refere CLÁUDIA PINA «Caso o Ministério Público tenha recolhido indícios que na sua globalidade apontam no sentido do preenchimento da conduta típica, apresentando uma versão dos factos que seja passível de construir a verdade processual, ou seja, que de acordo com as regras de experiência e lógica é o único caminho sólido possível, deve considerar-se validada a acusação como fundamento na prova indirecta e proferido despacho de pronúncia, afastando-se a dúvida razoável que o arguido procurou fundar no requerimento de abertura de instrução»[139].

O caminho a seguir pode passar pela admissibilidade da prova *indirecta*[140] mesmo no julgamento[141] sobre os factos susceptíveis de enquadrar um ilícito penal tributário, uma vez que o julgador dificilmente em qualquer caso de condenação terá uma certeza totalmente absoluta resultante da actividade probatória. Isto é, quando muito não terá uma dúvida persistente e *mais que razoável*. Conforme realçam FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES «A *verdade processual* não assenta numa ideia de certeza cientificamente comprovada, mas sim numa ideia de probabilidade. Ela não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como pressuposto da decisão, por ter sido obtida por meios processualmente válidos»[142].

Alguma jurisprudência, por seu lado, vai mesmo acolhendo de algum modo a admissibilidade da avaliação indirecta no processo penal tributário, designadamente o Tribunal da Relação de Lisboa, o qual no Acórdão de 13 de Dezembro de 2005 (Proc. n.º 6781/05) asseverou que «*O recurso a métodos indiciários para apuramento do lucro tributável não é necessariamente contrário aos princípios da prova que vigoram no direito penal. O recurso a tais métodos será legítimo se as conclusões quanto ao lucro tributável se estribarem em factos suficientemente consistentes, apreciados à luz das regras da experiência comum*.

---

[138] Neste sentido ensina Germano MARQUES DA SILVA, ao referir que «Se a prova dos factos da acusação é necessária para a condenação, noutros momentos do processo a lei exige para outros efeitos apenas a *prova indiciária suficiente* ou simplesmente *indícios suficientes*» (*Curso de Processo Penal*, Volume II, 5.ª edição revista e actualizada, Lisboa: Verbo, 2011, p. 144).

[139] PINA, Cláudia, "Presunção de inocência e prova indiciária na tramitação processual das fases de inquérito e instrução", *Revista do CEJ*, 2.º Semestre de 2016 – Número 2, p. 76.

[140] O Tribunal da Relação do Porto «o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova directa do facto como em *prova indiciária* da qual se infere o facto probando, não estando excluída a possibilidade do julgador, face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso, valorar preferencialmente a prova indiciária, podendo esta só por si conduzir à sua convicção» (Acórdão de 22 de Junho de 2005 – Proc. n.º 0412101).

O mesmo tribunal tem considerado que «Se não for possível formular um juízo de certeza, mas de mera probabilidade, por subsistir mais do que uma causa provável, sem que os indícios existentes permitam excluir todas as restantes, depois de analisados à luz dos referidos princípios, então valerá o princípio da presunção de inocência, já que para a condenação se exige um juízo de certeza e não de mera probabilidade» (Acórdão de 14 de Janeiro de 2015 – Proc. n.º 502/12.6PJPRT.P1).

[142] GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 144.

O Recorrente *é que se colocou numa situação que não permitiu que fosse possível* à Administração Fiscal apurar o lucro tributável do exercício de 1996, por irregularidade documentos de suporte dos custos da actividade declarados».

No caso concreto do crime de *fraude fiscal*, estamos perante um crime de *perigo*[143](“*resultado cortado*”)[144], bastando-se então com a *susceptibilidade* de vantagem patrimonial ilegítima não inferior a €15.000 (artigo 103.º, n.º 2, do RGIT), daí, segundo pensamos, bastar a prova de vantagem igual a superior a €15.000, mesmo que não se apure com total grau de certeza o montante exacto.

Neste sentido decidiu justamente o Tribunal da Relação do Porto, ao considerar que «*Essencial, face ao disposto no art. 103º, nº 2, do RGIT, não é a liquidação, que poderá até nem existir, mas a determinação da vantagem patrimonial ilegítima*. Na verdade, a liquidação, nos casos de ocultação ou alteração de factos ou valores, valerá apenas com carácter indiciário, visto que será efectuada com base no método indiciário. A utilização de métodos indiciários, a título sancionatório, na determinação dos lucros comerciais, industriais e agrícolas, tem expressa previsão nos casos em que a declaração seja tida por inverídica ou incontrolável, em casos de falsa declaração, de inexistência de contabilidade, recusa de exibição de escrita ou sua ocultação, destruição, inutilização, falsificação ou viciação, o mesmo sucedendo em matéria de IVA. Trata-se de uma reacção legal a situações anómalas imputáveis ao próprio contribuinte, pelo que a respectiva aplicação não viola os princípios da generalidade da tributação e da capacidade contributiva, pois que nessas situações o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte [Cf. Nuno de Sá Gomes, ob. cit., págs. 54/55]. Daí não se segue, no entanto, que seja lícito, com base apenas nos valores assim determinados, perseguir criminalmente o contribuinte relapso. Os valores determinados por recurso a método indiciário não têm outra relevância que não seja a determinação, com carácter sancionatório fiscal, do montante devido pelo contribuinte à fazenda nacional, podendo este ser executado por esse montante se o não pagar voluntariamente. *O que não pode, sob pena de inconstitucionalidade, é perseguir-se criminalmente o contribuinte com base na presunção em que se vem a traduzir a utilização do método indiciário*»[145].

Em suma, é caso para dizer que «*eu me pergunto a mim próprio se a própria dúvida não está em dúvida*» (LORD GEORGE BYRON).

---

[143] MARQUES, Paulo, *Infracções Tributárias*, Volume I, Investigação Criminal, Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa: Centro de Formação, 2007, pp. 113-114.

[144] Cf. DA COSTA ANDRADE, Manuel, “A fraude fiscal: Dez anos depois, ainda um crime de resultado cortado?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135, n.º 3939 (2007), pp. 437-438; e MARQUES DA SILVA, Isabel, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, 3.ª Edição, IDEFF, Coimbra: Almedina, 2010, p. 207.

[145] Tribunal da Relação do Porto – Acórdão de 5 de Abril de 2006 – Proc. n.º 0542276 (Relator: Jorge Jacob).

CENAS DA VIDA CONJUGAL: CONFIANÇA, DESCONFIANÇA E GARANTIAS NA EXECUÇÃO DE UM MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU

Pedro Caeiro[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. O contexto; 1. De *Radu* a *Aranyosi/Caldararu*; 2. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a prestação de garantias; II. As questões; Conclusão.

Introdução

Nas célebres Conclusões de Tampere de 1999, o Conselho Europeu alçou o reconhecimento mútuo das decisões penais à categoria de "pedra angular" da cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia (UE), fazendo-a assentar sobre a confiança mútua entre os Estados-membros[1]. O vigésimo aniversário daquele importante programa é uma boa ocasião para avaliar se a dita pedra angular foi erguida sobre fundações sólidas – ou se paira ainda, suspensa, sobre um projecto desenhado por arquitectos bem-intencionados.

A questão ganha pertinência em face de certa jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)[2] que deu particular importância à prestação de

[*] Professor associado e investigador integrado, Univ Coimbra, Instituto Jurídico, FDUC.

[**] O presente texto é o desenvolvimento de uma conferência intitulada "«Scenes from a Marriage»: trust, distrust and (re)assurances in the execution of a European Arrest Warrant", publicada em Sergio Carrera, Deirdre Curtin, Andrew Geddes (eds.), *20 Year Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, European University Institute, 2020, doi:10.2870/66646, p. 239-250.

A particular atinência do tema à protecção dos direitos humanos perante os sistemas de justiça penal permite-nos esperar que seja esta uma forma apropriada de homenagear o Senhor Prof. Doutor Augusto Silva Dias, cuja personalidade, investigação e magistério marcam indelevelmente a academia e, em especial, quem teve o privilégio de com ele contactar pessoalmente.

Por opção do autor, o texto não segue o cânone do Novo Acordo Ortográfico.

[1] Sobre as Conclusões do Conselho de Tampere, vd. RODRIGUES, Anabela Miranda / MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma Política Criminal Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 90 e ss; PIÇARRA, Nuno, "O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: balanço e perspectivas", *Polícia e Justiça*, III série, 5 (2005) (pp. 17-64), p. 41 e ss.

[2] Acórdão do TJUE de 25-07-2018, Proc. C-220/18 PPU*, ML / Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, ECLI:EU:C:2018:589 (doravante, *ML*), e Acórdão do TJUE de 15-10-2019, Proc. C-128/18, *Dorobantu*, ECLI:EU:C:2019:857 (doravante, *Dorobantu*).

garantias, pelo Estado de emissão, de que as pessoas entregues em execução de um mandado de detenção europeus seriam tratadas em conformidade com o respeito pelos direitos humanos. Justifica-se, assim, que nos interroguemos sobre o sentido e o papel da prestação de garantias concretas num sistema de cooperação proclamadamente regido por uma noção de confiança mútua abstracta e pressuposta[3].

I. O contexto

1. De *Radu* a *Aranyosi/Caldararu*

Durante os últimos 20 anos, o reconhecimento mútuo serviu essencialmente para aumentar a eficácia da cooperação judiciária, ou, para sermos mais precisos, funcionou como correia de transmissão das pretensões penais do(s) Estado(s)-membro(s) de emissão[4], estendendo o alcance das decisões nacionais em matéria penal, virtualmente, a todo o território da União. O lubrificante desse mecanismo foi a confiança mútua, normativamente assumida como realidade.

Até 2016, o TJUE fez equivaler "reconhecimento mútuo" a "execução máxima" em várias das suas decisões, mesmo que para isso tenha tido de construir um sistema de cooperação artificialmente estanque em relação à protecção dos direitos individuais não contemplados em disposições específicas do direito secundário da cooperação[5] e de fazer prevalecer, no âmbito de aplicabilidade do direito europeu, estalões de protecção mais baixos do que os consagrados nas constituições nacionais[6].

Porém, o caso *Aranyosi/Caldararu* trouxe mudanças importantes ao direito e à prática da cooperação judiciária na União Europeia e, em particular, à configuração do reconhecimento mútuo. No seu Acórdão de 5 de Abril de 2016 [7], o Tribunal estabeleceu que o princípio do reconhecimento mútuo e os deveres que dele dimanam não derrogam a obrigação positiva de prevenir o tratamento desumano ou degradante do extraditando, não exonerando por isso o Estado de execução de "apreciar a existência de um risco real de trato desumano ou degradante das pessoas detidas no Estado-Membro

[3] O TJUE já qualificou a confiança mútua como um "princípio", nomeadamente em *Dorobantu*, entendimento que todavia suscita muitas dúvidas, se assim se pretender atribuir àquela noção efeitos normativos vinculantes que excedam o alcance do princípio do reconhecimento mútuo: vd. MITSILEGAS, Valsamis, "The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice", *NJECL* 6-4 (2015) (pp. 457-480), p. 471 e s.; e, mais recentemente, MITSILEGAS, Valsamis, "Trust", *German Law Journal* 21 (2020) (pp. 69-73) https://doi.org/10.1017/glj.2019.98, p. 69 e ss.

[4] CAEIRO, Pedro / FIDALGO, Sónia / RODRIGUES, João Prata, "The evolving notion of mutual recognition in the CJEU's case law on detention", in Irene Wieczorek / Anne Weyembergh / Nicola Padfield (eds.), *Punishment, deprivation of liberty and the Europeanization of criminal justice. Special issue of the Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25-6 (2018), p. 689-703.

[5] Acórdão do TJUE de 29-01-2013, Proc. C-396/11, *Radu*, ECLI:EU:C:2013:39, par. 36: "a autoridade judiciária de execução *apenas* pode subordinar a execução de um mandado de detenção europeu às condições definidas no artigo 5.º da referida decisão-quadro" (itálicos nossos).

[6] Acórdão do TJUE de 26-02-2013, Proc. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, esp. par. 55 f.

[7] Acórdão do TJUE de 5-04-2016, Procs. apensos C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi/Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198 (doravante, *Aranyosi*).

de emissão, à luz do padrão de proteção dos direitos fundamentais garantido pelo direito da União no momento de decidir sobre a entrega às autoridades do Estado-Membro de emissão da pessoa a que o mandado de detenção europeu diz respeito. Com efeito, a execução desse mandado não pode conduzir a um trato desumano ou degradante dessa pessoa"[8]. Consequentemente, quando a autoridade de execução tem informação fiável de que existem deficiências sistémicas ou generalizadas no sistema prisional do Estado membro de emissão, deve determinar se há razões substanciais para acreditar que a pessoa visada será efectivamente exposta a esse risco. Se for esse o caso, a execução do mandado não pode prosseguir[9].

2. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a prestação de garantias

No Acórdão *ML*, de 25-07-2018, o Tribunal desenvolveu o segundo passo do teste estabelecido em *Aranyosi*. O Tribunal declarou que, à luz do artigo 15, n.º 2, da Decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu[10] e do princípio da cooperação leal consagrado no art. 4, n.º 3, 1º parágrafo, do Tratado da União Europeia, "a autoridade judiciária de execução e a autoridade judiciária de emissão podem, respetivamente, solicitar informações ou fornecer garantias no que respeita às condições concretas e precisas em que a pessoa em causa ficará detida no Estado-Membro de emissão"[11].

Tanto quanto sabemos, o TJUE não usava o termo "garantias" no domínio da cooperação judiciária penal desde a revogação, em 2009, do antigo art. 5, n.º 1, da Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu[12]. Nesse contexto, a autoridade de execução podia pedir uma "garantia" de que a pessoa julgada na ausência teria a possibilidade de requerer um novo julgamento. Em rigor, não se tratava de uma garantia, no sentido de um compromisso com uma prática futura, mas sim de uma informação certificada acerca do sistema jurídico estrangeiro, a fornecer por uma entidade fidedigna (a autoridade judiciária de emissão)[13]. Diferentemente, a noção de garantias

[8] *Aranyosi*, par. 88.

[9] *Ibidem*, par. 104.

[10] Decisão-quadro de Conselho 2002/584/JHA, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, JO L 190, 18-07-2002, p. 1 s. (doravante DQ-MDE).

[11] *ML*, par. 110.

[12] Cf. o art. 2, n.º 1, da Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, e que reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido, *JO* L 81, de 27-03-2009, p. 24 s.

[13] As "garantias" mencionadas na epígrafe do art. 5 da DQ-MDE não têm hoje qualquer correspondência no corpo da disposição, que na verdade regula o estabelecimento "potestativo" de condições pelo Estado de execução para a entrega em caso de prisão perpétua (no n.º 2) e para a entrega de nacionais ou residentes (no n.º 3) [sobre os problemas suscitados pela divergência entre o o art. 5 da DQ-MDE e a norma da respectiva transposição para o direito nacional (art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto), vd. CAEIRO, Pedro / FIDALGO, Sónia, "O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década", in Pedro Caeiro (coord.), *Temas de Extradição e Entrega*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 166 e ss.].

usada no Acórdão *ML* parece corresponder, no essencial, à noção corrente na cooperação judiciária clássica, porque as garantias dizem respeito ao modo como a pessoa entregue será tratada em casos que pressupõem, de alguma forma, uma situação de desconfiança. Esta aproximação da execução do mandado de detenção europeu aos quadros comuns da cooperação judiciária suscita quatro questões.

II. As questões

1. Primeira questão: Devem os Acórdãos *ML* e *Dorobantu* ser interpretados no sentido de que as autoridades de execução podem *exigir* às autoridades de emissão a prestação de garantias de que os direitos do detido serão respeitados?

À primeira vista, a resposta seria negativa. No acórdão *ML*, o Tribunal disse que as autoridades de execução e as autoridades de emissão podem, "*respectivamente*", pedir informações e dar garantias. O que deixaria a prestação de garantias na discricionariedade do Estado de emissão. No entanto, no acórdão *Dorobantu*, a distinção não é tão clara e um *obiter dictum* sugere uma abordagem diversa:

> "Importa por último sublinhar que, embora os Estados-Membros possam prever no seu próprio sistema penitenciário exigências mínimas em termos de condições de detenção mais elevadas do que as que decorrem do artigo 4.° da Carta e do artigo 3.° da CEDH, tal como interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um Estado-Membro, enquanto Estado-Membro de execução, *apenas pode, no entanto, fazer depender a entrega* da pessoa contra a qual é emitido um mandado de detenção europeu ao Estado-Membro de emissão *do respeito daquelas*

Já o recém-concluído "acordo Brexit" (*ANNEX to the Recommendation for a Council Decision approving the conclusion, by the European Commission, of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Atomic Energy Community for Cooperation on the Safe and Peaceful Uses of Nuclear Energy and the conclusion, by the European Commission, on behalf of the European Atomic Energy Community, of the Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*, COM(2020) 857 final, 25.12.2020) estabelece a possibilidade de a autoridade de execução exigir verdadeiras garantias:

"Article LAW.SURR.84 – *Guarantees* to be given by the issuing State in particular cases

The execution of the arrest warrant by the executing judicial authority may be subject to the following *guarantees*:

(a) if the offence on which the arrest warrant is based is punishable by a custodial life sentence or a lifetime detention order in the issuing State, the executing State may make the execution of the arrest warrant *subject to the condition that the issuing State gives a guarantee deemed sufficient by the executing State that the issuing State will review the penalty or measure imposed*, on request or at the latest after 20 years, *or will encourage the application of measures of clemency* for which the person is entitled to apply under the law or practice of the issuing State, aiming at the non-execution of such penalty or measure;

(...)

(c) if there are substantial grounds for believing that there is a real risk to the protection of the fundamental rights of the requested person, *the executing judicial authority may require, as appropriate, additional guarantees* as to the treatment of the requested person after the person's surrender before it decides whether to execute the arrest warrant" (itálicos nossos).

> *últimas exigências*, e não do respeito das exigências decorrentes do seu direito nacional)"[14].

Não é claro se o Tribunal quis significar que as autoridades de execução podem *condicionar* a entrega ao respeito pelos direitos do visado, assegurado por meio de garantias – cuja violação poderia eventualmente funcionar como uma condição resolutiva da entrega[15] – ou se se trata, naquele *dictum*, de uma simples reafirmação da jurisprudência vertida em *Melloni*, destinada a sublinhar que os estalões de protecção dos direitos objecto das garantias (se prestadas) são os previstos pelo direito europeu.

Porém, como o Tribunal também declarou que algumas dessas garantias, uma vez dadas, devem ser aceitas, salvo circunstâncias excepcionais, pelas autoridades do Estado de execução[16], é provável que a prestação de garantias nestes casos se torne numa prática comum, mesmo quando não seja expressamente solicitada. Neste contexto, trata-se de situações em que a confiança no estado de emissão se encontra abalada e as garantias têm por objectivo restaurá-la. Talvez não seja demasiado forçado pedir emprestada a formulação de Günther Jakobs a propósito das penas e aventar que as garantias são usadas para reafirmar contrafacticamente o merecimento de confiança. Aliás, esta função das garantias é consistente com o entendimento, que temos vindo a sustentar, segundo o qual a confiança tem por objecto o domínio da prática, da acção dos Estados Membros, e não os respectivos sistemas jurídicos[17].

---

[14] *Dorobantu*, par. 79 (itálicos nossos). O mesmo sentido decorre de outras versões linguísticas do acórdão: "jedoch darf ein Mitgliedstaat als Vollstreckungsmitgliedstaat *die Übergabe (...) nur von der Erfüllung der letztgenannten Anforderungen abhängig machen*"; "(...) a Member State may nevertheless, as the executing Member State, *make the surrender* (...) *subject only to compliance with the latter requirements* (...)"; "un Estado miembro, en cuanto Estado miembro de ejecución, *únicamente puede supeditar la entrega* (...) *a la satisfacción de estas últimas exigencias* (...)"; "un État membre ne peut cependant, en tant qu'État membre d'exécution, *subordonner la remise* (...) *qu'au respect de ces dernières exigences*"; "uno Stato membro può, in quanto Stato membro di esecuzione, *subordinare la consegna (...) unicamente al rispetto di questi ultimi standard*" (itálicos nossos).

[15] Esta foi a posição – muito justamente – adoptada pelos tribunais portugueses no processo *Abu-Salem*: perante o requerimento apresentado pelo extraditado, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que a União Indiana tinha violado as garantias prestadas no processo que havia conduzido à extradição em 2005 (nomeadamente no que dizia respeito à regra da especialidade) e, consequentemente, decidiu "resolver" a extradição (*Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa*, proc. 3880/03-3, 14-09-2011; rel. Des. Carlos Rodrigues de Almeida, disponível em www.dgsi.pt). A decisão foi mantida pelo Supremo Tribunal de Justiça, que foi ainda mais longe, considerando que a presença do extraditado na União Indiana tinha passado a ser "ilegal" (*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, proc. 111/11.7YFLSB, 11-01-2012, disponível em www.dgsi.pt). Porém, o Governo Português (ainda) não executou a decisão dos tribunais, solicitando formalmente às autoridades indianas a devolução do visado; sobre o caso Abu Salem, vd. COSTA, Miguel João / CAEIRO, Pedro, "Country Report «Portugal»", in Martin Böse / Maria Bröcker / Anne Schneider (eds.), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p. 305 e ss.

[16] Vd. *infra*.

[17] Vd. CAEIRO, Pedro, "Una nota sobre reconocimiento mutuo y armonización penal sustantiva en la Unión Europea", in L. Arroyo Jiménez / A. Nieto Martín (dirs.), *El Reconocimiento Mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018, p. 309 [= "Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)", in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde

2. Segunda questão: Nas suas Conclusões, o Advogado-Geral Sánchez-Bordona justificou a *especial* relevância das garantias da seguinte forma: "Como expressão de uma obrigação assumida formalmente, se não for cumprida poderá ser invocada perante a autoridade judiciária do Estado de emissão pela pessoa em causa"[18].

O Tribunal, apesar de se louvar expressamente neste passo das Conclusões, deu-lhe uma formulação ligeiramente diferente, introduzindo uma cláusula de condicionalidade susceptível de alterar o respectivo significado: o incumprimento desta garantia, *na medida em que vincule a entidade que a prestou*, poderá ser invocado contra ela perante os tribunais do Estado Membro de emissão[19].

Por outras palavras: o Advogado-Geral afirmou que o indivíduo entregue *tem* o direito de invocar as garantias perante a autoridade que as prestou no caso de elas não serem cumpridas, enquanto o Tribunal seguiu uma abordagem mais cautelosa, que condiciona o exercício desse direito à vinculatividade da garantia prestada.

Ambas as perspectivas se afiguram algo problemáticas. Em primeiro lugar, nem o Advogado-Geral nem o Tribunal identificam a fonte de onde brota o direito de invocar a garantia violada. Ter-se-á querido significar que é o próprio direito europeu – e, nomeadamente, a Decisão-quadro que estabeleceu o mandado de detenção europeu – a gerar tal prerrogativa, na dinâmica da respectiva aplicação? Se for esse o caso, requerer-se-ia uma elaboração muito mais profunda, que apontasse com precisão as normas e princípios de direito europeu que estão na génese daquela pretensão individual.

Em segundo lugar, a formulação condicional adoptada pelo Tribunal (a garantia pode ser invocada "na medida" em que vincule o seu autor) levanta mais questões do que oferece respostas. Com efeito, como as garantias são normalmente vinculantes

---

Monteiro (coord.), *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, e-book, 2017, p. 42 s.].

[18] Conclusões do Advogado Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, proc. C-220/18 PPU, *ML*, 4-07-2018, ECLI:EU:C:2018:547, par. 64. Na língua original: "*En cuanto expresión de una obligación asumida de manera formal, si se viera defraudada, podrá hacerse valer ante la autoridad judicial del Estado de emisión por la persona reclamad*a".

[19] Quase todas as versões linguísticas que podemos compreender convergem no mesmo sentido: "*könnte* ein Verstoß gegen eine solche Zusicherung, *soweit sie den Erklärenden bindet*, diesem gegenüber vor den Gerichten des Ausstellungsmitgliedstaats geltend gemacht werden"; "a failure to give effect to such an assurance, *in so far as it may bind the entity that has given it*, *may* be relied on as against that entity before the courts of the issuing Member State"; "el incumplimiento de esta garantía, *en la medida en que puede vincular a quien la preste, podría invocarse* contra este ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro emissor"; "la violation d'une telle assurance, *en ce qu'elle est susceptible de lier son auteur, pourrait être invoquée* à l'encontre de ce dernier devant les juridictions de l'État membre d'émission"; "la violazione di una simile garanzia, *poiché è idonea a vincolare il suo autore, potrebbe essere fatta valere*, in caso di sua violazione, dinanzi alle autorità giudiziarie dello Stato membro emitente" (itálicos nossos). A única excepção é a versão portuguesa, que não dá conta do elemento de condicionalidade: "a violação desse compromisso, *que vincula o seu autor*, *poderá ser invocada* contra ele perante os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro de emissão" (itálicos nossos). Ao afirmar que o compromisso *vincula* o seu autor e que a respectiva violação pode efectivamente ser invocada pelo visado perante os tribunais do Estado-membro de emissão, a versão portuguesa mantém, se bem vemos, a fórmula utilizada pelo Advogado-Geral. Naturalmente, ela deve ser corrigida à luz do sentido que se deixa colher nas restantes versões.

nas relações horizontais, entre os Estados[20], o Tribunal parece estar a referir-se à eficácia da garantia na relação vertical entre o Estado de emissão e o indivíduo procurado. Porém, se assim for, não se esclarecem os critérios que permitem distinguir os casos em que as garantias são vinculantes daqueles em que não o são, nem – de novo – a ordem jurídica onde eles devem encontrar-se. É certo que, com o emprego de uma formulação condicional, pode o Tribunal ter pretendido remeter a questão da vinculatividade para os vários ordenamentos jurídicos nacionais: o visado poderá exercer o direito... se o ordenamento nacional em causa o previr. Mas, se assim foi, teremos de concluir que esta jurisprudência acrescenta pouco à protecção do indivíduo, porque o Tribunal não fez depender o dever de executar um mandado de detenção europeu da capacidade da garantia para gerar um direito individual à luz do ordenamento do Estado de emissão.

Por fim, nem as Conclusões do Advogado-Geral nem o Acórdão do TJUE esclarecem para que *efeitos* pode o indivíduo prevalecer-se do incumprimento das garantias perante as autoridades do Estado de emissão. Por exemplo: se a garantia violada se traduzir no compromisso de não encarcerar o visado em estabelecimentos prisionais sobrelotados, pode o recluso intentar uma acção judicial junto dos tribunais do Estado de emissão para que estes ordenem o respectivo cumprimento? Ou o incumprimento das garantias dará lugar, apenas, a uma pretensão indemnizatória? Ou – de novo – serão as consequências do incumprimento aquelas que a ordem jurídica do Estado de emissão determinar? Além de se mostrar imprescindível para dar conteúdo aos direitos individuais que se pretende proteger, a resposta a estas perguntas pode ser decisiva para a própria qualificação das garantias como promessas. Com efeito, as garantias só se destacarão das obrigações a que dizem respeito se produzirem efeitos autónomos – ainda que o debate sobre a centralidade da autonomia como característica das promessas enquanto actos jurídicos unilaterais dos Estados se encontre em aberto[21].

---

[20] Este tipo de garantias podem ser enquadradas como promessas vinculantes (actos jurídicos unilaterais dos Estados): cf. ECKART, Christian, *Promises of States under International Law*, Portland, etc.: Hart Publ., 2012, p. 172 e ss. e *passim*; vd. também a nota seguinte e texto correspondente. Com efeito, a garantia não se encontra numa relação sinalagmática com a entrega da pessoa, que surge como cumprimento de um dever gerado pela Decisão-Quadro. Além disso, a promessa produzirá, com autonomia, os efeitos que se descrevem a seguir no texto.

[21] Vd. *UNILATERAL ACTS OF STATES [Agenda item 5], Document A/CN.4/525 and. 1 and 2. Fifth report on unilateral acts of states, by Mr. Victor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur [4 and 17 April and 10 May 2002]*, p. 99 [disponível em https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_525.pdf] e, em pormenor sobre o assunto, ECKART, Christian, *Promises of States*, cit., p. 55-78. Muito instrutivo o litígio entre a Alemanha e os Estados Unidos da América perante o Tribunal Internacional de Justiça no caso *LaGrand*, narrado pelo autor (p. 166 e ss.), onde a Alemanha pediu ao Tribunal que "adjudge and declare that the United States shall provide Germany an *assurance* that *it will not repeat its unlawful acts* and that, in any future cases of detention or of criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Convention on Consular Relations. In particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by a violation of the rights under Article 36" (itálicos nossos). Em resposta, os EUA consideraram que "an assurance or guarantee requires the creation of a *new obligation with independent legal significance*", pelo que "the Court should

3. A terceira e a quarta questões contendem com a relação entre o TJUE e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Em princípio, o Tribunal de Estrasburgo abstém-se de examinar os assuntos pertinentes à protecção de direitos humanos que caiam no âmbito de competência das autoridades da União Europeia, e em especial do TJUE, por força do princípio da protecção equivalente estabelecido no Acórdão *Bosphorus*[22]. Porém, depois do "aviso" contido no Acórdão *Pirozzi*[23], o TEDH não hesitou em condenar a Bélgica por violação das obrigações positivas de cooperação processual decorrentes do art. 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), em virtude de as autoridades belgas se terem recusado a executar um mandado de detenção europeu relativo a um crime de homicídio com base no risco de maus tratos da visada pelo Estado de emissão (Espanha), sem todavia terem reunido provas suficientes desse risco[24]. O Tribunal tornou claro, portanto, que a circunstância de certos factos ocorrerem no âmbito de aplicabilidade do direito da UE (no caso, a execução de um mandado de detenção europeu) não preclude a sua jurisdição em matéria de violação de direitos humanos. Consequentemente, é natural que se considere competente para analisar queixas relativas às questões que se seguem.

a) Neste contexto, o primeiro problema suscitado pela jurisprudência recente do Tribunal de Justiça diz respeito à *suficiência* das garantias quando sejam prestadas por *autoridades judiciárias*.

Louvando-se nas Conclusões do Advogado-Geral Sánchez-Bordona, o TJUE acrescentou que, quando a garantia é dada pela autoridade judiciária de emissão, a autoridade judiciária de execução "deve nela confiar, pelo menos desde que não existam elementos precisos que permitam pensar que as condições de detenção num determinado centro de detenção são contrárias ao artigo 4.º da Carta"[25]. Diferentemente, as garantias prestadas pelas autoridades administrativas (como o executivo ou os ministros), não sendo dadas por uma autoridade judiciária, devem apenas ser tomadas em consideração, como um elemento de informação relevante: "Dado que não emana de uma autoridade judiciária, a garantia que esse compromisso representa deve ser determinada por meio de uma apreciação global do conjunto dos elementos que se encontram ao dispor da autoridade judiciária de execução"[26].

A obrigação quase absoluta de executar um mandado de detenção europeu quando as garantias são dadas ou ratificadas pelas autoridades *judiciárias* de emissão é

reject Germany's invitation to confer upon Germany *new or additional rights beyond those existing under the Consular Convention*" (itálicos nossos). Esta troca de argumentos mostra a plausibilidade da configuração das garantias de que tratamos como promessas: o facto de o conteúdo da garantia consistir na não repetição da violação de uma obrigação convencional não lhe retira autonomia, precisamente porque gera direitos e obrigações diferentes daqueles que decorrem da dita obrigação.

[22] Acórdão do TEDH de 30-06-2005, proc. n.º 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turízm ve Tícaret Anoním Şírketí v. Ireland*, esp. par. 156 e s. e 165.

[23] Acórdão do TEDH de 17-04-2018, proc. n.º 21055/11, *Pirozzi c. Belgique.*

[24] Acórdão do TEDH de 9-07-2019, proc. n.º 8351/17, *Romeo Castaño c. Belgique*.

[25] *ML*, par. 112.

[26] *Ibidem*, par. 114.

consistente com o paradigma que subjaz a esta forma de cooperação. Porém, é lícito questionar se tais garantias satisfazem os critérios do Tribunal de Estrasburgo. Com efeito, o TEDH tem entendido que as garantias prestadas por autoridades judiciárias (e em particular pelo Ministério Público) não vinculam os respectivos Estados e por isso não podem ser aceitas como um meio de neutralizar o risco de tratamento desumano pelo Estado requerente[27].

A jurisprudência do TJUE é portanto, neste aspecto, paradoxal. Por um lado, as autoridades judiciárias, cujas garantias devem merecer uma confiança quase cega, não têm competência, em princípio, para vincular os respectivos Estados no plano internacional. Por outro lado, o TJUE não confere particular relevância às garantias prestadas pelos órgãos que normalmente são competentes para obrigar os respectivos Estados, perante outros Estados, na esfera internacional.

A imagem que resulta do raciocínio prosseguido pelo TJUE é a de que a confiança mútua tem uma natureza estritamente *institucional*: todo o compromisso das autoridades judiciárias deve ser objecto de confiança plena, mas as garantias dadas por outras autoridades têm apenas que ser tomadas em consideração, juntamente com outros elementos, mesmo que essas autoridades tenham competência para assumir obrigações internacionais em nome do respectivo Estado.

Qual poderá ser o entendimento do TEDH a este propósito? No que diz respeito à suficiência das garantias, não seria surpreendente que o Tribunal de Estrasburgo desenvolvesse a doutrina *Bosphorus* e concluísse – a nosso ver, correctamente – que as garantias dadas na execução de um mandado de detenção europeu são um *conceito autónomo* de direito da UE[28], integradas num procedimento *sui generis*, que tem lugar, também ele, num contexto político *sui generis*, onde ganha preponderância a consideração específica da *confiança mútua* (aquilo a que já se pode chamar o "excepcionalismo da União"). Neste sentido, o reconhecimento de conceitos autónomos de direito da UE seria o correlato jurídico-dogmático da abordagem institucional adoptada no caso *Bosphorus*. Assim, não será difícil ao TEDH sustentar que as garantias em causa não são promessas clássicas, no sentido que lhes dá o direito internacional público, e não têm que ostentar as mesmas características, enquanto o sistema assegurar, no seu todo, uma protecção equivalente dos direitos humanos. Consequentemente, é provável que o TEDH decida que, no contexto da cooperação judiciária na União Europeia, as garantias prestadas pelas autoridades judiciárias são suficientes, mesmo que, à luz do direito internacional público, não tenham a virtualidade de criar obrigações formais para os respectivos Estados e não possam, em rigor, integrar o conceito de promessas enquanto actos jurídicos unilaterais[29].

---

[27] Acórdão do TEDH de 7-07-1989, Proc. n.º 14038/88, *Soering v. The United Kingdom*, par. 97 f.; Acórdão do TEDH de 23-10-2008, Proc. n.º 2440/07, *Soldatenko v. Ukraine*, par. 73 f.; Acórdão do TEDH de 18-05-2010, Proc. n.º 54131/08, *Baysakov and Others v. Ukraine*, par. 51.

[28] Este poderia ser um dos conceitos autónomos "underpinning the system of mutual recognition": cf. MITSILEGAS, Valsamis, "Autonomous Concepts, Diversity Management and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice", *Common Market Law Review* 57-1 (2020) (pp. 45-78).

[29] Neste caso, faltar-lhes-á o requisito da "imputabilidade", por não serem emitidas "por uma entidade idónea a vincular internacionalmente esse Estado" (ALMEIDA, Francisco Ferreira de, *Direito Internacional*

b) No que diz respeito ao *âmbito* do dever de assegurar o respeito pelos direitos da pessoa entregue que incumbe ao Estado de execução, o Tribunal do Luxemburgo declarou que a autoridade de execução não tem a obrigação de verificar se todo o sistema prisional do Estado de emissão satisfaz os parâmetros de salvaguarda dos direitos humanos, devendo apenas avaliar as condições do estabelecimento prisional onde o visado ficará imediatamente a seguir à entrega e o estabelecimento onde presumivelmente cumprirá a sua pena[30]. As razões pragmáticas desta limitação são óbvias. Mas serão elas compatíveis com os critérios do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos?

Ao contrário do que sucede com a suficiência da confiança institucional, é muito duvidoso que o TEDH se satisfaça com a jurisprudência do TJUE em relação ao âmbito do dever da autoridade de execução, e, nomeadamente, com a limitação da obrigação de se assegurar que a pessoa entregue não será vítima de maus-tratos, especialmente em casos que pressupõem já, por definição, deficiências sistémicas ou generalizadas do sistema prisional do Estado de emissão. Suponhamos, para efeitos de raciocínio, que o TEDH se confrontava com um caso em que existem garantias fiáveis prestadas pelas autoridades de um Estado não-membro da UE segundo as quais o visado não será torturado nem submetido a tratamento desumano na prisão que o receberá logo após a extradição, nem naquela em que presumivelmente cumprirá a pena – deixando todavia a descoberto o risco de tortura ou maus tratos em outros estabelecimentos para onde o recluso pode ser transferido durante a execução da mesma. Num caso com estes contornos, a extradição seria compatível com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos? A resposta parece dever ser negativa, pois as garantias não permitiriam afastar efectivamente os riscos existentes, sobretudo porque – insistimos – o pressuposto do nosso problema é a verificação de deficiências sistémicas ou generalizadas de protecção dos direitos humanos no sistema prisional do Estado de execução. Ora, diferentemente do que sucede com a suficiência das garantias judiciais, a circunstância de o Estado de emissão pertencer à União Europeia não oferece qualquer compensação específica para a protecção defeituosa dos direitos humanos, pelo que é, desse ponto de vista, irrelevante. Em consequência, existe a possibilidade de o TEDH considerar que a jurisprudência do TJUE conduz, aqui, a uma protecção insuficiente.

Além disso, contrariamente ao que sugere o TJUE, a obrigação *absoluta* imposta pelo art. 4 da CDFUE e pelo art. 3 da CEDH não pode ser ponderada com o "excessivo" volume de trabalho para as autoridades envolvidas, nem com o "risco de impunidade"[31]. Tão-pouco neste domínio parece haver lugar para a "excepção

Público, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 186); cf. também o art. 4 dos *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, adoptados pela Comissão de Direito Internacional da ONU (2006), p. 372 (disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_9_2006.pdf, acesso em 25-12-2020).

[30] *ML*, par. 77 s.; *Dorobantu*, par. 64 s. Notando também esta limitação, e a consequente possibilidade de"dualização" dos sistemas de justiça penal em matéria de protecção dos direitos humanos, vd. COSTA, Miguel João, *Extradition LAw. Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Leiden | Boston, Brill | Nijhoff, 2020, p. 567 (nota 577).

[31] *ML*, par. 84 e s.

da UE", fundada na circunstância de o Estado requerente / de emissão ser um Estado-membro da União.

A solução para o possível impasse resultante das diferenças entre estas abordagens seria o TJUE permitir ao Estado de execução que, deparando-se com as circunstâncias descritas em *Aranyosi*, *exija garantias* de respeito *integral* pelos direitos humanos do visado, de um modo que vincule o Estado de emissão a observar o art. 4 da CDFUE sempre que tome decisões que possam afectá-lo, sob pena de o incumprimento ter consequências imediatas e autónomas. Aliás, segundo se sabe, a exigência de garantias já ocorre informalmente e tem sido mesmo o mecanismo que continua a permitir executar os mandados emitidos por certos Estados-membros.

Conclusão

À primeira vista, um sistema de garantias não condiz com mecanismos de cooperação baseados na confiança mútua.

Porém, a vida muda com o passar do tempo e esse processo pode afectar a confiança. Além disso, a própria natureza do objecto da confiança – a acção, a *praxis* das autoridades – torna-o vulnerável, susceptível de desvios mais ou menos graves e / ou frequentes do padrão pressuposto, mesmo quando a regulamentação legal mantém níveis de protecção irrepreensíveis. Por isso, depois de 20 anos de casamento, mais vale ter de renovar os votos do que deixar a desconfiança supurar e contaminar a relação.

Coimbra, Dezembro de 2020.

A REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA PENA: BENEFÍCIOS PUNITIVOS LEGÍTIMOS OU HIPOCRISIA FISCAL?

Sandra Oliveira e Silva*

SUMÁRIO: Introdução; I. Colaboração com a justiça, reposição da verdade fiscal e reparação do dano no RGIT; II. A regularização de dívidas tributárias no direito comparado; III. Em busca de um fundamento político-criminal para "premiar" a regularização de dívidas fiscais; IV. Os Regimes Extraordinários de Regularização Tributária (RERT): quem disse que o crime não compensa?; Conclusão.

Introdução

Quando na primeira metade do século XX a pressão fiscal se acentuou para corresponder às crescentes necessidades financeiras do Estado Social, a fuga aos impostos era entendida como moralmente neutra e, embora tipificada como crime, traduzia em qualquer caso um crime de cavalheiros.

O Estado, autoinvestido em novas tarefas produção de bens públicos, estabilização económica e redistribuição da riqueza, via crescer as suas despesas e debatia-se com a cogente necessidade de se financiar. E para mais eficazmente satisfazer essa necessidade servia-se do direito penal, convertendo-o em puro instrumento de arrecadação de receitas fiscais. *Oderint, dum metuant* – não importava que os cidadãos detestassem pagar impostos, conquanto, tementes das consequências, o fizessem. Precisamente por causa deste esvaziamento ético a violação das leis tributárias não era sentida como falta moral; a maioria dos cidadãos, incluindo os que cumpriam escrupulosamente as demais obrigações comunitárias, "despreza[va] os deveres fiscais, considerando-os como cadeias que, moralmente, era sempre lícito tentar partir"[1]. A honestidade em matéria fiscal, di-lo Eduardo Correia, chegava mesmo a ser vista como estupidez[2].

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), membro efetivo do Centro de Investigação Interdisciplinar Crime, Justiça e Segurança (CJS) e investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE).

[1] CORREIA, Eduardo, "Os artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 27 153, de 31-10-1936, e 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28 221, de 24-11-1937, a reforma fiscal e a jurisprudência (Secção Criminal) do S.T.J.", in: SOUSA, Alfredo José *et al.*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 23.

[2] CORREIA, "Os artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 27 153", cit., p. 23.

Nas últimas décadas, o legislador, a doutrina e a jurisprudência caminharam de forma decisiva no sentido da eticização do direito penal fiscal, ligando-o à tutela de bens jurídicos com suficiente ressonância constitucional e circunscrevendo a sua intervenção às lesões mais graves (e carecidas de pena) desses bens jurídicos[3]. Mas isso não significa que do ponto de vista político-criminal – quer dizer, do programa de proteção que o sistema social comete à incriminação – a prevalência e o primado não continuem a dirigir-se, em toda a linha, para os interesses patrimoniais do Fisco[4]. Torna-se, por isso, necessário encontrar uma *fórmula de equilíbrio* coerente em matéria de delitos contra a Fazenda Pública, que assegure a adequada tutela das necessidades financeiras da Administração Tributária sem converter o direito penal num expediente musculado de intimidação e cobrança, uma espécie de homem do fraque ao serviço dos interesses recaudatórios do Estado.

É à luz desse almejado equilíbrio que nos propomos discutir a relevância jurídico-criminal dos diversos regimes, comuns e extraordinários, de regularização de dívidas tributárias.

I. Colaboração com a justiça, reposição da verdade fiscal e reparação do dano no RGIT

1. No Regime Geral das Infrações Tributárias, podemos encontrar várias normas que atribuem efeitos penais à regularização das dívidas fiscais ou – se quisermos usar outra fórmula – à reparação dos danos patrimoniais causados ao Estado pela prática de um crime tributário.

Em concreto, refiram-se:

- a imposição do dever de pagamento da dívida tributária como condição obrigatória da suspensão da execução da pena de prisão em que o agente tenha sido condenado (art. 14.º, n.º 1, do RGIT);
- a dispensa facultativa de pena em caso de regularização da dívida tributária, nos crimes puníveis com pena de prisão não superior a dois anos (art. 22.º, n.º 1, do RGIT); e
- a atenuação obrigatória de pena se o agente de qualquer crime, independentemente da sua gravidade, repuser a verdade fiscal e pagar a prestação tributária até à decisão final ou no prazo nela fixado (art. 22.º, n.º 2, do RGIT).

A acrescer a estas disposições de âmbito geral, aplicáveis a todos os crimes tributários, prevê-se ainda:

- a possibilidade de isenção ou atenuação especial da pena no crime de recetação de mercadorias contrabandeadas ou objeto de qualquer outro crime

[3] Sobre o referido movimento de eticização do direito penal fiscal, cf. SILVA DIAS, Augusto, "O novo Direito penal fiscal não aduaneiro: considerações dogmáticas e político-criminais", in: SOUSA, Alfredo José *et al.*, *Direito Penal Económico e Europeu* II, cit., pp. 241 ss.

[4] COSTA ANDRADE, Manuel, "A Fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um 'crime de resultado cortado'?", in: MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *et. al.*, *Direito Penal Económico e Europeu* III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 270.

aduaneiro, caso o agente entregue tal mercadoria à autoridade competente e indique com verdade de quem a recebeu, antes de iniciado o processo penal ou no seu decurso (art. 100.º, n.º 3, do RGIT).

Embora não possamos cuidar delas neste contexto, são idênticas as soluções consagradas pelo legislador no domínio das contraordenações, prevendo-se[5]:

- a dispensa obrigatória da coima, mediante requerimento apresentado pelo agente no prazo da defesa, se a infração não tiver ocasionado prejuízo efetivo à receita tributária e a falta cometida for regularizada naquele prazo (art. 29.º, n.º 2, do RGIT);
- o direito à redução da coima a troco da regularização voluntária da situação fiscal e da assunção da infração em prazos curtos (art. 30.º do RGIT); e
- a sua atenuação facultativa, se o infrator reconhecer a sua responsabilidade contraordenacional e regularizar a situação tributária no prazo concedido para a defesa (art. 32.º, n.º 1, do RGIT), podendo a coima ser substituída por admoestação, se o justificarem a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente (art. 32.º, n.º 2, do RGIT).

2. À primeira vista, seríamos tentados a dizer que nada disto é novo. A relevância da *reparação* como elemento integrante da justiça criminal encontra afloramentos vários no ordenamento jurídico português, materializando-se em soluções normativas de distinta complexidade – umas efetivamente implementadas, outras apenas propostas. As soluções mais simples ligam-se à consideração da reparação como comportamento positivo posterior a atender na determinação da medida da pena; as propostas mais sofisticadas e complexas apontam no sentido da elevação da reparação punitiva a pena autónoma ou "terceira via" do sancionamento criminal[6]; a meio caminho entre elas está a mais atribuição de efeitos jurídico-penais à indemnização civil e a orientação dos instrumentos de diversão existentes

[5] A Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, que pretende reforçar as garantias dos contribuintes e a simplificação processual, ampliou significativamente o alcance da dispensa de coima. A acrescer à situação referida em texto (anteriormente contemplada como fundamento de dispensa *facultativa* e reservada para as infrações de gravidade diminuta), a coima não será aplicada se o contribuinte, nos cinco anos anteriores, não tiver sido condenado por decisão transitada em julgado, em processo de contraordenação ou de crime por infrações tributárias, ou beneficiado de dispensa ou de pagamento de coima com redução (art. 29.º, n.º 1, do RGIT). A fórmula transitou do anterior artigo 29.º do RGIT, que disciplinava a redução de coima a pedido do agente, admitindo que a sanção pudesse não ser aplicada se o contribuinte tivesse o seu cadastro fiscal limpo. Na nova redação das normas, a dispensa de coima prevista para estas hipóteses deixa de ser uma faculdade. A lei parece, assim, contemplar duas situações autónomas de dispensa *obrigatória* de coima: a primeira basta-se com o facto de no cadastro do contribuinte não haver registo de infrações nos últimos cinco anos (cf. art. 29.º, n.º 1, do RGIT); a outra, de que podem beneficiar também os incumpridores reincidentes, supõe que a falta esteja regularizada e que a infração não tenha ocasionado prejuízo à receita tributária (cf. art. 29.º, n.ºs 2, 3 e 4, do RGIT). As alterações introduzidas entrarão em vigor a 1 de janeiro de 2022.

[6] Sobre as valências da reparação penal como possível consequência jurídica autónoma do crime, cf. FERREIRA MONTE, Mário, "Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime", in: COSTA ANDRADE, Manuel, *et al*. (org.), Liber Discipulorum *para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 129 ss., e como *dritte Spur* em alguns delitos patrimoniais, cf. RIBEIRO DE FARIA, Paula, "A reparação punitiva: uma 'terceira via' na efetivação da responsabilidade penal?", in: *ult. op. cit.*, pp. 259 ss. No mesmo sentido, veja-se ainda ALMEIDA COSTA, Inês, "Poderá a 'reparação penal' ter lugar como autónoma reacção criminal?", *RPCC* 21 (2011), pp. 495 ss.

– o arquivamento por dispensa de pena e a suspensão provisória do processo – no sentido da reparação dos danos, *maxime* havendo acordo voluntário da vítima.

Com efeito, a reparação dos danos ocasionados com o crime é um dos fatores a considerar na determinação da medida concreta da pena (art. 71.º, n.º 2, al. *e*), do Código Penal (CP)), integra o elenco das circunstâncias atenuantes gerais (art. 72.º, n.º 2, al. *c*), do CP), constitui requisito obrigatório da dispensa de pena (art. 74.º, n.º 1, al. *b*), e n.º 2, do CP) e fundamento de extinção da responsabilidade ou de atenuação especial em certos crimes patrimoniais (art. 206.º do CP), figurando também entre os deveres mais comuns na suspensão da execução da prisão (art. 51.º, n.º 1, al. *a*), do CP). A relevância da reparação não se esgota no plano substantivo, projetando-se também no processo penal. E, assim, a indemnização do lesado surge como condição do arquivamento por dispensa de pena (art. 280.º, n.º 1, do CPP, e art. 74.º, n.º 1, al. *b*), do CP), assume o primeiro lugar no rol dos deveres oponíveis ao arguido na suspensão provisória do processo (art. 281.º, n.º 2, al. *a*)) e é (ou – com mais propriedade, dada a escassa expressão atual do regime – foi) uma das condições mais comuns do acordo de mediação (arts. 4.º e 6.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho).

A regularização das dívidas tributárias poderia ser entendida, neste contexto, como mais um caso especial de reparação dos danos do crime, filiado em razões político-criminais idênticas e obedecendo a requisitos de aplicação similares. Mas uma consideração mais atenta das normas (e da sua teleologia) desmente este primeiro entendimento, desvelando a existência de diferenças sensíveis entre o regime da regularização das dívidas tributárias e a comum disciplina da repação dos danos patrimoniais do crime.

3. Considerando para já apenas o regime jurídico-positivo, destaca-se a circunstância de o "pagamento da prestação da prestação tributária e acréscimos legais" surgir como uma *condição legal obrigatória da suspensão da execução da pena de prisão*. Não basta que a censura do facto e a ameaça de prisão se mostrem adequadas a satisfazer as finalidades punitivas; torna-se ainda necessário, como condição *sine qua non* da suspensão, imposta sem mediação judicial, que o condenado pague a prestação tributária e acréscimos legais e, se o juiz o entender, quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa (art. 14.º, n.º 1, do RGIT).

É diferente como se sabe a solução da lei penal comum, que admite a suspensão simples se ela for suficiente para cumprir as finalidades preventivas da pena (cf. art. 50.º do CP), inscrevendo o pagamento de uma indemnização ao lesado e a entrega de contribuições monetárias ao Estado entre os deveres que *o tribunal pode* (mas *não está obrigado a*) impor ao arguido como condição da não execução da prisão (art. 51.º, n.º 1, do CP). Em lugar da ponderação casuística do juiz sobre a oportunidade e a razoabilidade da imposição de tal dever ao condenado, põe o legislador uma presunção inilidível da necessidade do pagamento da dívida fiscal em ordem à satisfação das finalidades punitivas[7].

[7] Com críticas severas a esta "subversão" do modelo de determinação da pena, cf. NASCIMENTO, Antonieta, "Regime Geral das Infrações Tributárias – dificuldades de aplicação dos artigos 14.º, n.º 1 e 22.º", *RPCC* 20 (2010), pp. 85 ss.

A questão que logo se levanta a este propósito é a de saber se existe fundamento para uma tal presunção. Condicionar a suspensão ao pagamento dos impostos em falta não será desproporcional sempre que a simples ameaça de prisão acautele de forma suficiente as finalidades punitivas? E não o será pelo menos quando o cumprimento de tal dever, a mais de desnecessário à satisfação dos fins das penas, se afigure improvável em face das concretas condições económicas do condenado e seja quase certa a execução da prisão?[8]

O Tribunal Constitucional (TC) tem dado resposta negativa a estas perguntas, considerando não haver "qualquer motivo para censurar, como desproporcionada, a obrigação de pagamento da quantia em dívida" como condição da não execução da prisão. Esclarece que a garantia da "eficácia do sistema fiscal" e a "justificável primazia que, no caso dos crimes fiscais, assume o interesse de arrecadar impostos" tornam constitucionalmente fundado o tratamento diferenciado que lhe é reservado face a outros delitos de caráter patrimonial. A respeito da "fortuna do condenado" (ou da falta ou insuficiência dela), o TC faz notar que só o incumprimento culposo determina a revogação da suspensão e o cumprimento da pena de prisão, circunstância que no seu entender asseguraria a compatibilidade do regime legal com os princípios da igualdade e da proporcionalidade[9].

Julgamos, todavia, que a razão está do lado de Maria Fernanda Palma que, votando vencida, se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma. A razão da censura não reside na tanto na imposição de uma condição desrazoável, que o condenado não tenha condições de cumprir por falta de capacidade económica. Para essas hipóteses, o ordenamento oferece solução adequada: o incumprimento só dá lugar à revogação da suspensão se exteriorizar uma atitude hostil ou indiferente aos bens jurídicos, isto é, quando culposo[10]. Não se vê é que haja razões para, mesmo pressupondo a liquidez do arguido, presumir sempre necessário o pagamento da dívida tributária em ordem à suspensão da execução. As preocupações de arrecadação de receita e eficácia do sistema fiscal não podem comandar as opções político-criminais. Sem prejuízo dos altos interesses públicos que presidem ao dever de pagamento de impostos, a ameaça de prisão perde ressonância axiológica ao converter-se em simples expediente coativo ao serviço da cobrança de créditos fiscais. A menos que o ressarcimento patrimonial possa ver-se como parte de um programa mais amplo, em que à ideia da reparação do dano se associem outras preocupações político-criminais (*v.g.*, tutela do agente ou de cuidado pela vítima), a previsão de uma condição imperativa desta natureza sinaliza

[8] A jurisprudência dividiu-se a respeito da necessidade de uma ponderação prévia pelo juiz da capacidade económica do condenado para solver a dívida, sem a qual não poderia determinar-se a suspensão da execução da prisão. A controvérsia foi decidida pelo Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2012, publicado no *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 206, de 24 de outubro de 2012.

[9] As expressões entre aspas foram retiradas do Acórdão do TC n.º 256/03, 1.ª secção, Cons. Maria Helena Brito, cuja fundamentação foi retomada em vários outros arestos, designadamente no Acórdão n.º 376/03, 2.ª secção, Cons. Mário Torres, com voto de vencido de Maria Fernanda Palma. Os acórdãos do TC estão acessíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[10] Cf. MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Tributário*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 135-136.

a subordinação do sistema punitivo aos propósitos ficais[11]. E assim desvirtua o sentido e as finalidades das penas criminais, que não visam tutelar o interesse particular do Estado, como credor do imposto, na recuperação das dívidas fiscais[12].

4. Outras soluções legais apontam numa direção distinta, *favor rei*. A mais relevante é a *possibilidade de dispensa de pena* nos crimes puníveis com pena de prisão não superior a dois anos, se a ilicitude do facto e da culpa do agente não forem muito graves e a dívida tributária for liquidada até à dedução de acusação (art. 22.º, n.º 1, do RGIT). Cumpridos estes pressupostos, o Ministério Público pode, por razões de oportunidade processual, decidir-se logo pelo arquivamento do inquérito, ouvida a Administração Tributária ou a Segurança Social e com a concordância do Juiz de Instrução (art. 44.º, n.º 1, do RGIT). O mesmo regime é aplicável, *mutatis mutandis*, na fase de instrução (art. 44.º, n.º 2, do RGIT).

São visíveis algumas diferenças importantes no confronto deste regime com a disciplina comum da dispensa de pena. Assinale-se, em primeiro lugar, que o raio de ação desta norma não se circunscreve às infrações bagatelares, puníveis com pena de prisão não superior a seis meses ou multa não superior a 120 dias (art. 74.º, n.º 1, do CP), abarcando crimes de gravidade mais significativa – todos aqueles a que caiba pena de prisão igual ou inferior a dois anos (art. 22.º, n.º 1, do RGIT), como a frustração de créditos (art. 88.º, n.º 1, RGIT), a desobediência qualificada (art. 90.º do RGIT), a violação de segredo (art. 91.º, n.º 1, RGIT) e o auxílio material (art. 101.º RGIT). Na mesma linha, não é necessário que a ilicitude e a culpa sejam diminutas (art. 74.º, n.º 1, al. *a*), do CP); basta que não sejam muito graves (art. 22.º, n.º 1, al. *a*), do RGIT). Em contrapartida, o pagamento dos impostos deve ocorrer até à dedução da acusação (art. 22.º, n.º 1, al. *b*), do RGIT), não podendo, por analogia com os crimes comuns, adiar-se a sentença se houver razões para crer que a prestação tributária está em vias de ser regularizada (cf, art. 74.º, n.º 2, do CP).

As dissemelhanças no desenho positivo das normas não traduzem, contudo, qualquer ponderação diferenciada no plano dos fundamentos político-criminais. A solução que vimos de analisar é apenas mais uma das múltiplas possibilidades de renúncia à pena nos casos em que ela se apresenta como desnecessária ou contraproducente. Noutros termos, trata-se ainda de dar acolhimento às ideias de subsidiariedade e *ultima ratio* da intervenção penal[13].

[11] Criticando precisamente o "servilismo" do direito penal aos interesses fiscais, cf. NARÉ AGOSTINHO, Patrícia, "A relevância da reposição da verdade sobre a situação tributária e a regularização de dívidas tributárias no RGIT", *RMP*, n.º 109 (2007), pp. 123-128 (esp. pp. 144-145); no mesmo sentido, SOUSA VIEIRA, Vasco, "Sobre a suspensão da execução da pena de prisão nos crimes tributários: análise de alguns problemas emergentes da sua especialidade e contributo para a sua compreensão", *RPCC* 28 (2018), pp. 248-255, e 275-277.

[12] Nas palavras de CORTES ROSA, Manuel, "Natureza jurídica das penas fiscais", in: SOUSA, Alfredo José *et al.*, *Direito Penal Económico e Europeu* II, cit., p. 11, as penas fiscais "não têm por finalidade ressarcir prejuízos, reais ou presumidos, que a violação de um dever tributário tenha provocado à entidade credora do imposto".

[13] Na versão anterior à Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, a dispensa de pena abarcava um elenco mais amplo de infrações, que incluía todos os crimes puníveis com pena de prisão não superior a três anos, ou seja, todos os crimes em matéria tributária salvo a fraude qualificada, o contrabando de mercadorias

5. Não estando preenchidos os requisitos da dispensa de sanção, o agente de uma infração tributária que regularize as suas dívidas beneficia, ou pode beneficiar, do *regime de atenuação especial*.

Contrariamente ao que sucede no direito penal comum, a atenuação da pena com fundamento na reparação dos danos é *obrigatória* nos crimes tributários (art. 22.º, n.º 2, do RGIT). Seja qual for o motivo que preside à decisão do agente, e mesmo que lhe estejam subjacentes ostensivas considerações de tática ou estratégia processual, o benefício penal é concedido sempre que o pagamento dos tributos ocorra "até à decisão final ou no prazo nela fixado" (art. 22.º, n.º 2, do RGIT).

A doutrina não tem questionado o bem fundado político-criminal desta solução. A única controvérsia reside em saber como tornar operativa a atenuação especial – que, como se sabe, influi sobre a moldura penal – se a liquidação dos impostos em falta ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, "no prazo nela fixado". No domínio do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA), em que se previa a possibilidade de redução da pena em 1/3 caso a regularização das dívidas fiscais ocorresse após a prolação da sentença, a solução afigurava-se mais simples porque o "desconto" operava sobre a pena concreta aplicada ao agente na sentença condenatória. À luz do regime atual tem-se entendido ser de aplicar por analogia a solução do artigo 74.º, n.º 2, do CP, admitindo-se que o juiz, se tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, adie a sentença para reapreciação do caso, em dia que logo marcará, dentro do ano seguinte[14]. A decisão que fixa o montante exato da coima será proferida mais tarde, uma vez verificado o pagamento dos tributos (ou a falta dele).

6. Sentido distinto tem a norma do artigo 100.º do RGIT que permite *a atenuação ou a "isenção" da pena* se o recetador de mercadorias contrabandeadas, "antes de iniciado o processo penal ou no seu decurso, entregar a mercadoria objeto de crime aduaneiro à autoridade competente e indicar, com verdade, de quem a recebeu", salvo se fizer da recetação modo de vida ou tiver sido já condenado por crime da mesma natureza (art. 100.º, n.os 3 e 4, do RGIT).

Os efeitos práticos são os mesmos que há pouco discutimos: a atenuação especial e a dispensa de pena. Correspondem-lhe, todavia, bem distintos fundamentos. Nesta norma encontramos uma manifestação avulsa da chamada "legislação premial", quer dizer, um expediente de favorecimento da colaboração processual com as autoridades de perseguição penal. São exemplos de medidas deste jaez as previstas no domínio da corrupção, do branqueamento, do terrorismo, do tráfico de e de armas, etc. Por meio delas pretende-se contornar as dificuldades probatórias que as autoridades enfrentam na perseguição de delitos ditos "resistentes à investigação",

suscetíveis de infligir a pena de morte ou tortura e certas formas qualificadas de outros crimes aduaneiros. A redução do âmbito de operatividade da dispensa confirma a ideia de que estão em causa considerações de dignidade penal (reduzido *merecimento* de pena das infrações) e carência de tutela penal (*desnecessidade* de pena), e não simplesmente uma intenção de conseguir *à outrance* a recuperação de dívidas fiscais.

[14] Cf. LOPES DE SOUSA, Jorge / SIMAS SANTOS, Manuel, *Regime Geral das Infracções Tributárias anotado*, 2.ª ed., Lisboa: Áreas Editora, 2003, p. 246, aludindo ainda à "possibilidade hoje oferecida pelos artigos 368.º e 369.º do Código de Processo Penal de separar o juízo de culpabilidade do juízo da escolha e determinação da pena".

beneficiando com uma pena mais reduzida (ou com a dispensa dela) o agente que – numa formulação que se vai repetindo em lugares diversos do ordenamento jurídico-penal – "auxilie concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis"[15].

É precisamente este o propósito essencial da atenuação facultativa de pena prevista no artigo 100.º do RGIT. Porque embora dependa da entrega da mercadoria à autoridade competente, o "prémio" não se liga singelamente à regularização da situação tributária, mas sobretudo ao contributo prestado na identificação do autor do crime base da recetação. A mitigação da pena destina-se a favorecer a colaboração ativa de quem praticou a conduta menos grave (o recetador) na incriminação dos outros responsáveis (os contrabandistas). Cumpre-se dessa forma uma dupla finalidade, de prevenção de crimes futuros e repressão eficaz dos já cometidos. A primeira alcança-se com a dissolução dos vínculos entre os vários intervenientes no *iter* criminal e a neutralização do seu ambiente de ação. E a segunda, a maior eficácia repressiva, resulta da imediata obtenção de material probatório a que as autoridades dificilmente teriam acesso de outra forma, em contextos marcados pela opacidade das práticas delitivas e pela forte solidarização entre os criminosos.

II. A regularização de dívidas tributárias no direito comparado

1. As considerações anteriores evidenciam que o direito penal tributário valoriza, ainda mais do que o direito penal comum, a eliminação dos danos ocasionados com a prática da infração. Poderia pensar-se o legislador penal fiscal se limitou a seguir a tendência geral de valorização da reparação como terceiro degrau das consequências punitivas ou a concretizar no plano do direito positivo um novo paradigma de justiça penal: a "justiça restaurativa". Cremos, todavia, que não jogam qualquer papel em matéria tributária as ideias que inspiram a valorização da reparação como reação penal autónoma, nem as notas que caracterizam aquele novo modelo de realização da justiça penal.

Na síntese de Figueiredo Dias, são três os argumentos político-criminais favoráveis conversão da reparação em reação penal autónoma. "Primeiro, o de que o interesse da vítima é, em muitos casos, mais bem servido através da reparação, do que através da aplicação ao agente de uma pena privativa da liberdade ou de uma pena pecuniária. Segundo, o de que em muitos casos de pequena ou mesmo média criminalidade, a reparação pelo agente é bastante para satisfazer as necessidades de estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na vigência da norma violada, tornando-se desnecessárias quaisquer outras sanções penais". Terceiro, o de que a reparação voluntária dos danos tem um acentuado efeito ressocializador, "na medida em que 'obriga' o agente a entretecer-se de perto com as consequências

[15] Com uma análise detidas das soluções premiais já consagradas, cf. BRANDÃO, Nuno, "Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais", *Julgar 38* (2019), pp. 120 ss.; sobre a legislação premial *in fieri* no domínio da corrupção, cf. OLIVEIRA E SILVA, Sandra, "'Tráfico de indulgências'. Prémios penais, colaboração processual e acordos sobre a sentença no combate à corrupção", in; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, et al. (org.), *Corrupção em Portugal: avaliação legislativa e proposta de reforma*, Lisboa: UCE, 2021, pp. 260-283.

do seu facto para a vítima e pode, inclusivamente, conduzir a que se 'concerte' com ela"[16].

Por sua vez, também a justiça restaurativa surge na linha da revalorização da posição da vítima e da crescente tutela dos seus interesses no processo. E nessa medida, os princípios que a insuflam só intervêm se o bem jurídico tiver um referente individual, uma pessoa que possa ter-se como ofendido, e a reparação puder "anular" o mal do crime – pelo menos, o mal causado à pessoa concreta que dele foi vítima. É o que sucede no caso paradigmático da mediação penal, que supõe um acordo entre o ofendido e o agente dirigido à "reparação dos danos causados pelo facto ilícito" (art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007), mas também na suspensão provisória do processo, que pode implicar os deveres de "indemnizar o lesado" ou dar-lhe uma "satisfação moral adequada" (art. 281.º, n.º 2, als. *a*) e *b*), do CPP), ou mesmo na extinção da responsabilidade penal em caso de "restituição da coisa" ou "reparação integral dos prejuízos causados" (art. 206.º, n.º 1, do CP). Em todas estas hipóteses o valor atribuído à reparação não pode alhear-se da natureza interpessoal do conflito nem do acordo da vítima a quem a resolução do mesmo conflito é "devolvida", que são o *proprium* da justiça restaurativa. Quando estas notas de "pessoalidade" estão ausentes, tornam-se artificiais quaisquer pretensões de reconduzir as virtualidades da reparação do dano ao modelo da justiça restaurativa[17].

Se as ideias de tutela da vítima subjacentes à justiça restaurativa não servem como explicação, o que justifica então esta diversidade de tratamento? Não constituirá um benefício imerecido para o agente do crime tributário? E não significará uma certa funcionalização do direito penal, convertendo-o em instrumento ao serviço dos interesses financeiros do Estado e mostrando que verdadeiramente relevante na perspetiva do legislador é ainda e apenas a cobrança das dívidas fiscais?[18]

Contrariamente ao que sucede em outros ordenamentos jurídicos, o direito português não impõe em geral que a regularização da dívida tributária tenha sido *voluntária* para que ela produza os seus efeitos favoráveis ao infrator. Não só são irrelevantes as concretas motivações psicológicas que determinaram o regresso do agente à legalidade, como se admite que o pagamento dos impostos em falta ocorra depois de ter sido instaurado procedimento de inspeção ou processo sancionatório e do conhecimento pelo contribuinte da promoção daquelas diligências pela administração fiscal. Sendo assim, não podem também assinalar-se à generalidade das soluções contidas no RGIT os fundamentos jurídicos que se associam comummente à desistência da tentativa, incluindo a chamada "desistência em caso de consumação".

---

[16] FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português* II, cit., § 65; em sentido próximo, ROXIN, Claus, "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal", *Cuadernos de política criminal*, n.º 48 (1992), p. 808, e, mais detidamente, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", in: ESER, Albin *et al.*, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, pp. 129 ss.

[17] Com reservas sobre esta possibilidade, mas ensaiando uma proposta de solução, cf. CRUZ SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 594 ss.

[18] Um enunciado similar de questões pode encontrar-se em MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário*, cit., p. 129.

Seja como for, as possibilidades mais generosas de dispensa e atenuação especial da pena nos crimes tributários não têm repugnado à doutrina. São várias as ideias avançadas para justificar este regime especial. Por um lado, invoca-se a (suposta) artificialidade dos bens jurídicos em presença, o caráter simbólico das incriminações e a menor censurabilidade social desta espécie de delitos[19]. Por outro, alinham-se considerações preventivas de (des)necessidade da punição em ordem à tutela do bem jurídico nos casos em que o agente tenha corrigido a sua situação tributária – mesmo quando essa correção tenha sido determinada por estritas considerações de tática processual[20].

E não apenas estão ausentes as objeções, como não faltam vozes que consideram desejável "ir mais além" no sentido de premiar a reposição da verdade tributária[21]. Outras chegam mesmo a apontar caminhos concretos para atingir esse desiderato, designadamente a previsão de uma cláusula geral de *extinção da responsabilidade criminal* em caso de pagamento dos tributos em dívida previamente ao início de qualquer diligência da administração fiscal ou do Ministério Público[22].

2. Em abono de uma solução abrangente de extinção da responsabilidade penal por regularização da situação tributária costumam apontar-se os referentes da legislação espanhola e do direito alemão.

a) O artigo 305, 1 e 4, do Código Penal espanhol (CPe) – também aplicável às infrações tipificadas nos artigos 305 bis, 2, 307, 1 e 3, 307 bis, 2, e 308, 1, 2, 3, 4 e 6 – contém uma cláusula de salvaguarda que afasta a punição por *defraudación tributaria* se o agente tiver regularizado a situação fiscal ou tiver devolvido os subsídios que recebera de forma indevida e respetivos juros. A técnica legislativa passa pela cominação de uma pena para aquele que agir de determinada forma ou omitir certa conduta, ressalvando-se logo a situação do contribuinte que entretanto "regularize" ou "devolva" nos termos que a lei estabelece. "*Quem, por ação ou omissão, defraudar a Fazenda Pública (...) será punido com pena de prisão de um a cinco anos, salvo se tiver regularizado a sua situação fiscal*". "*A situação fiscal considerar-se-á regularizada quando o obrigado tributário tiver procedido ao completo reconhecimento e pagamento da dívida tributária*", em que se incluem não apenas os tributos em falta, como ainda os juros moratórios e os encargos devidos.

No artigo 307 ter, 3, a estratégia do legislador foi ligeiramente diferente; em vez de introduzir uma enigmática ressalva legal, a norma determina a extinção da

[19] FERREIRA MONTE, "Da reparação penal", cit., p. 150.

[20] AIRES DE SOUSA, Susana, *Os crimes fiscais*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 313-314, e "Os crimes fiscais na Alemanha e em Portugal: entre semelhanças e diferenças", in: COSTA ANDRADE, Manuel *et al*. (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1135.

[21] Cf. MARQUES DA SILVA, Germano, "Notas sobre o Regime Geral das Infracções Tributárias", *Direito e Justiça*, vol. XV (2001), p. 65, afastando-se, no domínio tributário, da posição de evidente ceticismo com que, em geral, olha as soluções premiais no direito penal comum.

[22] FERREIRA MONTE, "Da reparação penal", cit., pp. 150 e ss., e AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais*, cit., p. 310, e "Os crimes fiscais na Alemanha e em Portugal", cit., pp. 1134-1135.

responsabilidade criminal caso o agente devolva as prestações não devidas e os juros correspondentes. "*Ficará isento de responsabilidade penal quem reintegrar montante equivalente ao valor da prestação recebida, acrescido de juros*".

A primeira dificuldade que o intérprete enfrenta é a da determinação da natureza dogmática das aludidas ressalvas ou exceções. O artigo 307 ter, 3, estabelece inequivocamente uma causa de exclusão da pena. Será assim também nos outros casos? Ou estar-se-á perante elementos negativos do tipo legal? Ou causas supervenientes de justificação? Na primeira destas hipóteses, a conduta típica já não consistiria em "defraudar", mas em "não regularizar o defraudado", e a fraude fiscal converter-se-ia numa espécie de delito omissivo por violação do dever de garante nascido de um ato atípico[23]. Na segunda, introduzir-se-ia uma figura "logicamente impossível, dado que as causas de justificação são autorizações para atuar, e nessa medida, têm de ser prévias à ação típica", sob pena de se esboroar a função prospetiva da norma de conduta e se introduzir uma situação paradoxal: a de favorecer quem pratica uma ação típica com permissões de atuação, e não já não com deveres de ingerência[24].

Sem prejuízo de o teor literal do preceito se prestar a equívocos – que o preâmbulo da LO 7/2012 amplifica notavelmente ao declarar que a regularização "põe fim à lesão provisória do bem jurídico protegido" e "faz desaparecer o injusto resultante do incumprimento inicial" –, o instituto não tem a virtualidade de impedir a consumação do delito (como se fora um elemento negativo do tipo), nem pode determinar o ulterior "desaparecimento" do ilícito (ao estilo de uma causa de justificação *a posteriori*). Na verdade, a norma não circunscreve o âmbito da conduta típica, nem tão-pouco introduz uma causa de exclusão superveniente da ilicitude penal, limitando-se a descrever uma exceção à punição do agente: "*quem defraude será punido, salvo se tiver regularizado a sua situação tributária*". A regularização tributária ocorre depois de consumada a infração e, por isso, pode apenas *excluir* a responsabilidade penal que previamente se afirmara. É esse o entendimento perfilhado pela jurisprudência e pela doutrina maioritária, para quem o instituto materializa uma *causa de exclusão ou supressão da pena* – ou uma *excusa absolutoria*[25] – radicada num comportamento pós-delitual valorado pelo legislador como positivo: a autodenúncia e reparação voluntária dos danos. Em suma, trata-se de um instituto reportado à categoria da *punibilidade*, que deixa intocadas a tipicidade, ilicitude e caráter culposo da conduta[26].

---

[23] MONTERO, Frederico, "La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva", *InDret* 2/2020, p. 311. A par destas entorses dogmáticas, a tese enfrenta dificuldades práticas espinhosas em matéria erro e no cômputo dos prazos de prescrição – já que o termo *a quo* desses prazos é, como se sabe, o momento da consumação, aqui indeterminado e dependente de uma atuação de terceiros.

[24] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La reforma del delito fiscal por la LO 7/2012", *Diario La Ley*, n.º 8076 (2013), pp. 1 ss.

[25] A *excusa absolutoria* é uma categoria importada da dogmática francesa e corresponde no essencial às causas de exclusão ou supressão da pena do direito alemão (*Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*), como esclarece BUSTOS RUBIO, Miguel, "La regularización del fraude contra la seguridade social en España: en ejemplo de comportamento postdelitivo", *Diritto Penal Contemporaneo*, 4/2017, p. 257.

[26] Para uma síntese das principais conceções doutrinais, cf. MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 309-316, BUSTOS RUBIO, "La regularización del fraude", cit., pp. 254-257, GÓMEZ LANZ,

Quanto aos fundamentos, um destacado setor doutrinal ressalta a orientação *político-fiscal* destas cláusulas de regularização tributária, entendendo-as como expedientes destinados a fomentar o cumprimento das obrigações fiscais e a salvaguardar o interesse recaudatório do Estado, a que o direito penal deveria vergar-se servilmente. Outra corrente de opinião, que encontra cada vez mais expressão na doutrina, atribui a estas normas um importante sentido *dogmático-penal*, assimilando-as à desistência voluntária da tentativa e ao arrependimento ativo. A exoneração de responsabilidade radicaria aqui na ausência ou sensível diminuição das razões de prevenção geral ou especial para punir o agente que retorna à juridicidade por meio de uma conduta voluntária posterior ao cometimento da infração: o reconhecimento da dívida e a reparação da "vítima", neste caso personificada pela Fazenda Pública[27].

A aproximação ao regime da desistência da tentativa, apesar de insuficiente para explicar o instituto, não é destituída de sentido. E não o é porque, ao contrário das hipóteses de dispensa e atenuação especial da pena previstas entre nós, em Espanha a regularização tributária só é eficaz se resultar de uma atuação *voluntária* do agente, ou melhor, se acontecer antes (i) da notificação do início das diligências de comprovação ou investigação por parte da Administração Tributária; (ii) ou do início do processo penal ou contraordenacional contra o contribuinte, se aquelas diligências não tiverem sido levadas a cabo,; (iii) ou da realização de quaisquer diligências, por parte do Ministério Público ou do Juiz, que permitam ao contribuinte ter conhecimento formal do início das investigações (art. 305, 4, do CPe).

b) São idênticos o sentido político-criminal e o fundamento dogmático da "autodenúncia em casos de fraude fiscal" (*Selbstsanzeige bei Steuerhinterziehung*), contemplada no § 371 da Lei Tributária alemã (*Abgabenordnung*, AO).

Com efeito, a doutrina maioritária qualifica este instituto específico do direito fiscal como uma *causa pessoal de supressão da pena* (*Strafaufhenubgsgrund*), ou seja, como uma espécie de "ponte dourada" que o ordenamento estende ao agente de um crime consumado de fraude fiscal – e não apenas a quem tenha desistido da sua execução (§ 24 StGB) –, permitindo-lhe livrar-se da pena mediante a correção tardia das declarações fiscais falsas ou incompletas e o pagamento dos

Francisco Javier, "Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Organica 7/2012", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Extraordinario, n.º 1 (2013), pp. 66 ss., e BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, "La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 24 (2002-2003), pp. 65-68.

[27] A assimilação é plena para a corrente minoritária que compreende a regularização como um elemento negativo do tipo; já para os autores – a maioria – que entendem estar-se na presença de uma causa de exclusão ou supressão da pena, regularizar não é obviamente o mesmo que desistir, mas nutre-se do mesmo fundamento político-criminal: tal como a desistência, a regularização reafirma a confiança na norma e, simultaneamente, evidencia a "auto-ressocialização" do agente. Em profundidade sobre o tema, cf. BUSTOS RUBIO, Miguel, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 169 ss., e BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Granada: Comares, 2005, pp. 22 ss.

impostos em falta[28]. A justificar este tratamento privilegiado apontam-se, em primeira linha, interesses *político-fiscais*: a garantia de impunidade favorece o cumprimento tardio de obrigações tributárias e o desvelar de fontes de receita ocultas. A intenção *político-criminal* de propiciar o regresso do agente à juridicidade, ou à "honestidade tributária" (*Steuerehrlichkeit*), interviria em segundo plano, como fundamento adicional[29].

Para além de se exigir que a iniciativa de retificação das declarações fiscais incorretas ou de comunicação dos factos ocultados parta do próprio contribuinte faltoso ("autodenúncia" espontânea), a exclusão da pena obedece a apertados pressupostos que têm sido sucessivamente estreitados nas últimas alterações legislativas ao preceito[30]. O requisito fundamental é a voluntariedade da atuação do contribuinte relapso, mas também aqui uma voluntariedade normativamente entendida. O benefício não está reservado para o delinquente arrependido, que tenha interiorizado tardiamente o quadro de valores jurídico-criminal. Não importa que o contribuinte tenha regularizado as suas contas fiscais apenas por medo de ser descoberto, posto que no momento da autodenúncia ainda não conhecesse ou não pudesse conhecer a existência de diligências

[28] Cf. JAKOB, Wolfgang, *Abgabenordenung – Steuerverwaltungsverfahren und finanzgerichtliches Verfahren*, 5.ª ed., München. C.H. Beck, 2010, nm. 145; JÄGER, Markus, § 371, in: BROCKMEYER, Hans Bernhard *et al.* (hrsg.), *Klein Abgabenordenung, einschließlich Steuerstrafrecht*, 10.ª ed., München: C.H. Beck, 2009 (citado *Klein*/JÄGER AO, § 371), nm. 5; e ROLLETSCHKE, Stefan, § 371, in: GRAF, Jürgen Peter *et al.* (hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, München: C.H. Beck, 2011 (cit. *Steuerstrafrecht*/ROLLETSCHKE, § 371), nm. 1.

[29] Nesse sentido, *Klein*/JÄGER AO, § 371, nm. 1, 4; *Steuerstrafrecht*/ROLLETSCHKE, § 371, nm. 4-5; e, na jurisprudência, a decisão do BGH de 20.05.2010, 1 StR 577/09.

[30] Para facilitar a análise, transcreve-se e traduz-se a parte relevante da norma: "§ 371 (Autodenúncia em caso de fraude fiscal) (1) [1] Quem, junto da autoridade tributária, em relação a todas as infrações fiscais atinentes a um tipo de imposto, retificar informações incorretas, aditar informações incompletas ou comunicar informações omitidas, não será punido por essas infrações nos termos do § 370. [2] As informações devem referir-se a todas as infrações fiscais não prescritas atinentes a um tipo de imposto, mas no mínimo às praticadas nos últimos dez anos. (2) [1] A exclusão de pena não ocorre se: 1. em relação a alguma das infrações fiscais não prescritas que tenham sido reveladas, antes da retificação, aditamento ou comunicação, a) for dada a conhecer ao agente da infração, ao seu representante, aos beneficiários no sentido do § 370 I ou aos seus representantes a ordem de auditoria a que se refere o § 196, circunscrita ao âmbito material e temporal da auditoria externa anunciada, ou b) for dado a conhecer ao agente da infração ou ao seu representante o início do processo penal ou contraordenacional ou c) um funcionário da administração tributária comparecer para uma inspeção tributária, circunscrita ao âmbito material e temporal da auditoria externa, ou d) um funcionário comparecer para investigar um crime ou uma contraordenação fiscal ou e) um funcionário da administração tributária comparecer e se identificar para uma fiscalização do IVA nos termos do § 27b da Lei do IVA, uma fiscalização do IRS nos termos do § 42g da Lei do IRS ou uma fiscalização de quaisquer outras prescrições tributárias ou 2. uma das infrações fiscais tiver já sido descoberta, no todo ou em parte, ao tempo da retificação, aditamento ou comunicação e o agente souber disso ou estiver em condições de o prever de acordo com uma avaliação prudente da situação, 3. a diminuição das receitas tributárias ou a vantagem fiscal não justificada obtida para si ou para outrem, nos termos do § 370 I, exceder a quantia de 25.000 euros por cada facto, ou 4. estiver em causa um dos casos especialmente graves a que se refere o § 370 III, 2 a 6. (...). (3) [1] Caso a diminuição das receitas tributárias tenha ocorrido ou as vantagens fiscais sido adquiridas, então a exclusão da pena para o agente da infração só se produz se este pagar dentro do prazo que lhe for determinado os impostos defraudados em seu favor, os juros de fraude nos termos do § 235 e os juros nos termos do § 233a, calculados sobre os juros de fraude de acordo com o § 235 IV. (...)".

de auditoria ou investigação por parte das autoridades competentes (§ 371, II, AO). São, portanto, causas objetivas de bloqueio, e não considerações psicológicas, que enformam o conceito de atuação voluntária.

Por outro lado, é necessário que a reposição da verdade tributária se estenda a todas as infrações não prescritas atinentes a um tipo de imposto, devendo incluir no mínimo as praticadas nos últimos dez anos considerada a data da entrega da declaração de retificação (§ 371, I, 2, AO). E mesmo que assim suceda, a responsabilidade criminal não se extingue se a redução do valor do imposto ou a vantagem fiscal exceder 25.000 euros por cada facto, nem nos casos especialmente graves ilustrados por meio da técnica dos "exemplos-padrão" (cf. § 371, II, 1, AO). Nestas hipóteses, o contribuinte só poderá impedir a perseguição penal se pagar, no prazo que lhe for fixado, os tributos em falta, os juros devidos e uma *sobretaxa punitiva* determinada em função do valor do imposto sonegado (§ 398a, I, AO)[31].

Um dos casos mais mediáticos de (não) aplicação do mecanismo do § 371 AO envolveu Uli Hoeneβ, antigo jogador da seleção alemã e, à data dos factos, presidente do Bayern de Munique. Hoeneβ foi informado pelo seu banco de que um jornalista investigava personalidades importantes do mundo do futebol. Temendo que o seu nome pudesse constar dos CD contendo dados (obtidos ilegalmente) sobre contas na Suíça comprados pelo Fisco alemão, Hoeneβ apresentou uma "autodenúncia tributária" em 17 de janeiro de 2013[32]. Não conseguiu, todavia, evitar a perseguição penal e a condenação em prisão efetiva por fraude fiscal, por ter deixado de pagar impostos no valor de 27,2 milhões de euros referentes a valores depositados em contas bancárias na Suíça. A autodenúncia foi considerada incompleta, por não incluir todos os rendimentos tributáveis. Além disso, o tribunal entendeu que nela não se exprimia uma verdadeira intenção de "retorno à honestidade tributária", mas a reação a fugas de informação sobre dados financeiros e à provável deteção da infração pelas autoridades[33].

[31] O valor dessa sobretaxa é de 10% para quantias superiores a vinte e cinco mil euros; de 15% se os tributos omitidos forem de montante superior a cem mil euros; e de 20% se excederem um milhão de euros.

[32] Nos anos de 2013 e 2014, uma curiosa conjugação de fatores fez crescer exponencialmente o número de contribuintes que apresentaram autodenúncias tributárias: por um lado, o endurecimento das penas para a fraude fiscal, que deixou de admitir a suspensão da execução da prisão no caso de os impostos em falta ser superior a 1 milhão de euros; por outro lado, a compra pelas autoridades tributárias dos diversos Estados alemães de dados obtidos de forma ilegal sobre contas bancárias dos seus cidadãos no estrangeiro, particularmente na Suíça. Sobre a (i)legitimidade deste último procedimento, entre inabarcável literatura, cf. SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtssstaats", *NStZ* 27 (2008), pp. 305 ss., SIEBER, Ulrich, "Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten", *NJW* 62 (2008), pp. 881 ss., KÖLBEL, Ralf, "Zur Verwerbarkeit privatdeliktisch beschaffer Bankdaten – Ein Kommentar zu Causa 'Kieber', *NStZ* 27 (2008), pp. 241 ss., e PAWLIK, Michael, "Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten", *JZ* 65 (2010), pp. 693 ss., e CIPRIANO, Diogo, "Prova comprada: o caso Liechtenstein LGT (2008)", in: SOUSA MENDES, Paulo (org.), *Novos Desafios da Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 487 ss.

[33] A *Hoeness-Urteil*, LG München II, 13.03.2014 – W5 KLs 68 Js 3284/13, pode ser consultada em texto integral em <https://opinioiuris.de/entscheidung/3285>.

III. Em busca de um fundamento político-criminal para premiar a regularização de dívidas fiscais

1. A introdução de uma cláusula geral de regularização tributária no ordenamento jurídico português comporta um prévio desafio teórico: o de identificar um claro *fundamento político-criminal* para o recuo da punição. Sem esse filtro valorativo, a abdicação punitiva do Estado poderá conduzir à "monetarização" do risco de responsabilidade penal e à consequente erosão da função de tutela prospetiva das normas incriminadoras. Ao contribuinte relapso é oferecido um pacto mefistofélico: a impunidade em troca do pagamento da dívida tributária. Mas a possibilidade real de o agente evitar a pena cabível a um crime fiscal consumado simplesmente liquidando a destempo os tributos em falta converte o direito penal em puro expediente coativo de arrecadação de impostos, instrumentalizando-o e manipulando-o para a realização de fins que lhe são estranhos. Mais: induz no contribuinte cumpridor e fiel ao Direito a convicção de que as diversas formas de enganar o Fisco são, não apenas comportamentos rentáveis, como sobretudo condutas jurídico-penalmente irrelevantes, que o Estado incrimina por puras razões de eficiência instrumental na obtenção de receitas. Numa palavra: autênticas prisões por dívidas.

É certo que a previsão das cláusulas de regularização tributária tem por si um argumento sistémico: trata-se de uma consequência natural da mutação sofrida pelos sistemas fiscais, um corolário da sua incapacidade para assegurar a obtenção regular de receitas sem a colaboração ativa dos próprios contribuintes. No fundo, o Estado compensaria a transferência para o obrigado tributário das tarefas de liquidação atribuindo-lhe um conjunto de direitos e garantias, numa lógica de "bilateralidade equilibrada". O pagamento tardio das dívidas fiscais e a restituição dos benefícios indevidos mais não seria, neste contexto, do que uma faculdade correlativa aos deveres de declaração e autoliquidação[34]. A construção é sedutora, mas insuficiente para esclarecer sobre o fundamento da impunidade do agente que regulariza a sua situação tributária. Esse fundamento não pode repousar em estritas considerações de política fiscal. A intervenção do direito penal modifica os dados do problema, obrigando a determinar se existe alguma relação jurídico-criminalmente relevante entre o cumprimento do dever originário de pagamento de tributos, que a consumação do delito tornou impossível, e o comportamento posterior conforme ao Direito em que se traduz a regularização da dívida[35].

2. No plano estritamente político-criminal, a vinculação do instituto a uma ideia de reparação do dano também não parece suficiente para justificar a impunidade. Já assinalámos que, em geral, a reparação dos danos releva na medida concreta da pena e integra o elenco das atenuantes gerais. Quer no direito penal comum, quer mesmo no direito penal tributário, conduz em regra a uma pena mais benevolente,

[34] Em Espanha defendida por SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, *La exención de la responsabilidade penal por regularización tributaria*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 49 ss., 170 ss.

[35] Cf. MONTERO, "La regularización tributaria", cit., p. 318, nota 49.

mas não substitui nem exclui a punição (arts. 71.º e 72.º do CP, art. 22.º, n.º 2, do RGIT).

O legislador só foi mais longe onde concretas razões político-criminais permitem atribuir à reparação dos danos o sentido de um *equivalente funcional da sanção*. Como vimos, essas razões político-criminais coincidem, por um lado, com o menor merecimento penal e a desnecessidade de pena em certos crimes bagatelares ou pouco graves (art. 74.º do CP e art. 22.º, n.º 1, do RGIT) e, por outro, com a consideração dos interesses da vítima e exigências da sua tutela (art. 206.º do CP, 281.º do CPP, e art. 4.º da Lei n.º 21/2007). Quando falamos da vítima, não nos referimos já ao ofendido potencial e futuro que o direito penal quer proteger ao prevenir o cometimento de novos crimes, mas à vítima real e concreta, à pessoa de carne e osso a quem a atuação criminosa já causou dano. E mesmo nestas hipóteses, a reparação só releva se essa concreta pessoa, elevada a interlocutora no debate judiciário, entender que os seus interesses ficam satisfeitos. O respeito pela autonomia da vítima como "dona do conflito" penal é, na verdade, um dos pilares fundamentais da justiça restaurativa, materializando-se na necessidade do seu acordo na mediação penal, da concordância do assistente ou até mesmo da sua iniciativa na suspensão provisória do processo e do assentimento do ofendido à extinção da responsabilidade criminal nos crimes patrimoniais.

Sem prejuízo de outras objeções que poderiam suscitar-se contra esta orientação – e que se prendem com a atribuição ao direito penal das tarefas de reparação de danos e recomposição do equilíbrio nas posições intersubjetivas, próprias do direito civil[36] –, importa reconhecer que a intenção de converter a reparação em alternativa penal enfrenta sérias dificuldades onde o conflito interpessoal esteja ausente ou não adquira proeminência. Nos chamados *victimless crimes*, que atentam contra bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, os efeitos negativos da conduta projetam-se sobre toda a comunidade sem que possa identificar-se uma (ou várias) concreta(s) vítima(s) especialmente ofendida(s) com a prática criminosa. "É o que sucede com a violação das normas de circulação automóvel, com os delitos fiscais, as práticas de concorrência desleal e, de um modo geral, com todos os crimes contra a economia"[37]. E não se trata

[36] Podemos distinguir no direito sancionatório e os demais ramos do direito em razão das diferentes funções que se atribuem às suas normas. O direito penal e os outros segmentos do direito punitivo assumem uma função de tutela prospetiva de bens jurídicos, uma "função de proteção ou garantia" (*Schutz-, Garantiefunktion*). Os demais ramos do direito incumbem-se de traçar um esquema social de repartição de encargos e benefícios e de assegurar o seu equilíbrio, cumprindo uma "função de conformação ou ordenação" (*Gestaltungs-, Ordenungsfunktion*). As tendências evolutivas mais recentes têm contribuído para esbater as fronteiras entre os ramos do direito e as sua diferentes funções. Por um lado, é o direito penal que assume tarefas estranhas à sua teleologia e importa de forma acrítica conceitos oriundos da dogmática civilística – como o de dano ou "*harm*" em torno do qual se polariza a figura da vítima no artigo 67.º-A, do CPP. Por outro, é a responsabilidade civil que adquire um espúrio propósito preventivo na linha dos *punitive damages* anglo-saxónicos. Sobre esta diferenciação de funções e a forma como tem sido atenuada, cf. ALMEIDA COSTA, A.M., *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 2-9.

[37] COSTA ANDRADE, Manuel, *A vítima e o problema criminal* (Separata do volume XXI do Suplemento ao BFD), Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1980, pp. 99 ss., a quem pertence a frase transcrita, distingue, a par dos crimes de vítima abstrata a que nos referimos em texto, os crimes de vítima inconsciente e os crimes sem vítima em sentido estrito. Qualificando os delitos fiscais como crimes de vítima abstrata que

apenas da impossibilidade de uma reintegração em sentido próprio, que sempre poderia ser suprida pela previsão de "formas (simbólicas) de reparação social"[38], mas da inexistência de uma vítima concreta, a que o direito penal se incumba de dar atenção, renunciando à pena em prol do seu interesse particular na reparação do dano.

Faltando essa vítima individualizada, eventuais prestações restitutivas só poderão conduzir à atenuação da pena se, por via delas, se mostrarem parcialmente cumpridas as finalidades a que o sancionamento criminal se dirige. Na expressão do legislador, se a reparação dos danos causados for manifestação de "arrependimento sincero" (art. 72.º, n.º 2, al. *c*), do CP)[39]. A fórmula, embora não faça ressonância da qualidade moral do impulsos à reparação, sublinha a necessidade de a reparação traduzir pelo menos o repúdio pelo agente da infração cometida e permitir a formulação de um juízo de confiança no seu comportamento futuro. A reparação não apaga o ilícito penal e nada diz sobre a maior ou menor culpa pelos factos, mas o juízo de autocensura e a reparação dos danos não deixam de ser sintoma de uma menor perigosidade ou necessidade de socialização e, ao mesmo tempo, possível instrumento de reafirmação da confiança comunitária na vigência das normas violadas.

Nos crimes tributários, que são indiscutivelmente crimes de vítima abstrata, a reparação do dano não pode fundar *de per si* a exclusão da pena; justifica-a na estrita medida em que realize a sua tarefa de defesa prospetiva do bem jurídico reconhecida à pena. E dado que a abdicação punitiva não encontra aqui justificação numa ideia de cuidado pela vítima, a regularização tributária só poderá conduzir à impunidade caso haja outras razões político-criminais que façam dela, verdadeiramente, um *equivalente funcional da própria pena*.

3. A compreensão das cláusulas de regularização tributária que identificámos no nosso pequeno exercício de direito comparado não pode desconsiderar um elemento muito importante: a *voluntariedade*. O centro de gravidade do instituto não é o pagamento da dívida tributária, mas a conduta voluntária de autodenúncia. Se o fundamento da exclusão da pena fosse a reparação do dano, não se compreenderia que dela não beneficiasse o contribuinte que aguardasse a promoção de diligências de auditoria ou inspeção para regularizar a sua situação fiscal. O dano patrimonial não deixa de ser reparado e o desvalor de resultado eliminado nos casos de restituição coativa ou hétero-determinada. Por que razão o ordenamento jurídico-penal se empenha tanto na "voluntariedade"?

A interrogação encontra paralelo no regime da desistência da tentativa. Também aqui a voluntariedade é, mais do que pressuposto da impunidade, "a autêntica *ratio*

atentam contra bens jurídicos coletivos, cf. AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais*, cit., p. 315. Sobre o conceito de bens jurídicos coletivos, veja-se SILVA DIAS, Augusto, "'What if everybody did it?': sobre a 'incapacidade de ressonância' do Direito Penal à figura da cumulação", *RPCC* 13 (2003), pp. 303 ss.

[38] Como se propunha no "Projeto Alternativo sobre a Reparação", *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)*, München: C.H. Beck, 1992.

[39] Com esta exigência, na doutrina, cf. HIRSCH, Hans Joachim, "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", in: ESER *et al.*, *De los delitos y de las víctimas*, cit., pp. 74-75.

essendi do instituto"[40]. E também aqui não se pode falar propriamente de desistência da tentativa – que nem sequer existe como instituto *a se* –, mas tão-só de desistência voluntária.

Claro que a regularização fiscal não impede a consumação dos crimes eventualmente cometidos pelo agente, e nem sequer obsta à sua terminação ou conclusão – entendida como a produção do resultado atípico inerente à completa realização do ilícito material (cf. art. 24.º, n.º 1, parte final, do CP). Ainda assim, a aproximação dogmática à desistência da tentativa não deixa de ser profícua. Não apenas por vincular a impunidade à voluntariedade da conduta, mas sobretudo porque obriga a olhar o "facto" do agente na sua globalidade: tal como não pode dissociar-se a não punição da desistência da punibilidade da tentativa, não poderemos compreender a exclusão da pena na regularização tributária sem previamente captarmos o sentido do ilícito penal (fiscal o não)[41].

A punibilidade da tentativa evidencia que à justiça criminal importa o desvalor intrínseco do comportamento do agente[42]. E não se trata de um desvalor ainda vinculado ao perigo da produção do resultado, como pretendem certas compreensões de ilícito objetivo[43]. Num sistema dogmático assente numa compreensão objetivante do ilícito não se compreenderia a punição da tentativa inidónea não aparente. Em caso de inaptidão do meio ou inexistência do objeto, não há sequer um perigo remoto de lesão do bem jurídico, de produção de um resultado desvalioso. Então porque é que a punição só é afastada se a inidoneidade for "manifesta" (cf. art. 23.º, n.º 3, do CP)?

É assim porque o direito penal exerce a sua função de tutela subsidiária de bens jurídicos de uma forma particular: proibindo comportamentos adequados a lesar esses bens jurídicos ou impondo as ações destinadas a evitar danos ou perigos, e cominando penas para a violação dessas determinações[44]. A estruturação do direito penal em torno de normas de conduta converte a pessoalidade em marca essencial do conceito de crime: apenas as pessoas podem ser destinatárias de proibições/imposições e apenas elas as podem violar. E essa nota "pessoalização" deve estar presente em

[40] FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral*, I, Coimbra: Gestlegal, 2019, Cap. 29.º, § 9.

[41] RIBEIRO DE FARIA, Jorge, "Sobre a desistência da tentativa", *BFD*, vol. 57 (1981), pp. 129 ss., e GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa: novas e velhas questões*, Lisboa: Aequitas, 1993, nm. 1.

[42] Cf. PALMA, Maria Fernanda, *Da "tentativa possível" em direito penal*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 25-27, ilustrando com o regime da tentativa impossível não aparente a que nos referimos a seguir em texto.

[43] Por exemplo, a defendida, entre nós, por FARIA COSTA, José, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2000, pp. 13 ss., 22 ss., e, do mesmo autor, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017.

[44] As proposições jurídico-penais assumem, essencialmente, a natureza de "normas de determinação ou conduta" (*Bestimmungs-, Verhaltensnormen*), por contraposição às "normas de valoração ou decisão" (*Bewertungs-, Entscheidungsnormen*), que caraterizam, por exemplo, o direito civil (cf. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, cit., pp. 2 ss.). Com a aceitação deste binómio não pretendemos exprimir uma relação de oposição absoluta entre determinações e valorações. As normas penais, porque se destinam a preservar os bens tidos como mais valiosos e carecidos de proteção, não são obviamente alheias a valorações. É punido quem incumpre a norma de comportamento, mas essa norma tem subjacente um prévio quadro de valores sem o qual qualquer proibição/imposição de condutas (para mais penalmente sancionada) seria ilegítima. Não se adere, pois, a qualquer conceção voluntarista ou positivo-legalista do direito, assente na compreensão da ilicitude como mera desobediência formal à norma.

todos os patamares dogmáticos em que o conceito de crime se analisa. Não basta exigir uma ação humana e a culpa do agente como elemento essencial; nem é suficiente uma interpretação "minimalista" do ilícito pessoal, que se limita a trazer o dolo e a negligência (também) para o plano da ilicitude, erigindo um tipo subjetivo ao lado do tipo objetivo[45]. Numa compreensão de ilícito pessoal levada às últimas consequências, como a defendida por A.M. Almeida Costa, não há em rigor lugar a uma separação dogmática entre tipo objetivo e tipo subjetivo. A conduta descrita no tipo apenas interessa enquanto obra ou realização de uma pessoa. Não existe um ilícito em si mesmo, impessoal e objetivo, descarnado de uma atuação humana. A afirmação da ilicitude penal supõe, não uma *situação* contrária ao dever-ser jurídico-penal, mas uma *atuação pessoal* contrária a esse dever, em que se exterioriza uma atitude pessoal de contrariedade ou indiferença, de descuido ou leviandade perante os bens jurídicos. E esse juízo de contrariedade/descuido toma como parâmetro de valoração o que a ordem jurídica pode exigir aos seus destinatários: as pessoas[46]. Culpa e ilicitude integram, pois, distintos juízos de valor sobre o mesmo substrato de valoração: o comportamento externo do agente. Na culpa, o critério de valoração é individual-subjetivo: a conduta é valorada à luz do que naquelas circunstâncias seria exigível ao indivíduo-autor, consideradas as suas particulares caraterísticas psicológico-emocionais[47]. A ilicitude assenta num critério pessoal-objetivo de valoração: o *standard* do homem médio. A pessoa social, o homem médio que o legislador projeta como destinatário ideal dos comandos penais, é naturalmente a "bitola pela qual se medem as exigências gerais das suas normas"[48].

Uma vez que a antijuridicidade penal supõe uma atuação pessoal contrária às normas, a pedra angular do ilícito-típico reconduz-se ao desvalor de ação, e não à eventual verificação de uma lesão ou perigo para o bem jurídico[49]. Sem dúvida os crimes consumados são mais severamente punidos do que as simples tentativas, e não se ignora que em certos casos o próprio legislador faz depender a ilicitude da verificação de um resultado lesivo ou perigoso (*v.g.*, nos crimes negligentes). A afirmação da centralidade do desvalor de ação não anula a importância do desvalor de resultado para o direito penal, nem o converte em mera condição objetiva de

[45] Cf. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, cit., pp. 9 ss., e LÍBANO MONTEIRO, Cristina, *Do concurso de crimes ao "concurso de ilícitos" em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 190 ss.

[46] ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, cit., pp. 567 ss., e LÍBANO MONTEIRO, *Do concurso de crimes*, cit., 190 ss., onde colhemos algumas das expressões usadas em texto.

[47] A assunção de um parâmetro de valoração subjetivo-individual não equivale a aceitar como critério de juízo o quadro de valores do concreto agente. O padrão valorativo é, por definição, normativo – como dizia Kohlrausch, "não se forma na cabeça do autor da conduta, mas na cabeça do juiz". E nem poderia ser de outra forma, sob pena de nenhuma conduta ser afinal culposa. Na perspetiva do sujeito individual, agir de outra maneira implicaria as mais das vezes ser outra pessoa.

[48] LÍBANO MONTEIRO, *Do concurso de crimes*, cit., 194.

[49] Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal – Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, § 470, e ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, cit., pp. 3 ss., 567 ss.; contra FARIA COSTA, José, "A analítica, a dogmática penal e o injusto: reflexões a partir da conduta omissiva imprópria e da desistência da conduta tentada", in: FARIA COSTA, José *et al*. (org.), *Estudos e Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, I,* Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, p. 366.

punibilidade. Um e outro concorrem para a caraterização da antinormatividade criminal. Ao sublinharmos aquela centralidade pretendemos apenas assinalar que a produção de um resultado lesivo para o bem jurídico só releva se for materialização do perigo inerente à conduta, ou seja, se for expressão da atitude de contrariedade ou descuido perante os bens jurídicos que se exprime na desobediência à norma de determinação[50].

Em caso de violação (ilícita, culposa) da norma de comportamento, segue-se em princípio a sanção. O direito penal procura evitar o ataque, no futuro, a bens jurídicos essenciais, mas não dispensa para que a pena atue a prévia ocorrência, no passado, de uma conduta adequada à sua lesão ou do perigo de lesão. A ação punitiva do Estado é sempre uma reação. E ambas, ação delituosa e reação sancionatória, são expressão de sentido normativamente relevante. A atuação do agente exterioriza uma atitude de contrariedade ou descuido perante a ordem de valores jurídico-criminal? Pois bem, através da reação criminal o Estado sinaliza que a norma continua a valer apesar da violação. A confirmação dinâmica da norma não é um efeito contingente ou secundário da pena, mas uma sua consequência intrínseca e intencional: a reprovação penal é, pois, um ato ilocutório[51].

Como é óbvio, a realização do direito não depende sempre da imposição de uma pena. A função de tutela do direito penal cumpre-se em primeira linha quando os destinatários das normas de conduta obedecem aos seus comandos. A sanção intervém em segundo plano, nos casos residuais de violação, como sucedâneo da observância do dever primário, tornada impossível pelo cometimento do delito[52]. E ainda assim punir quem provocou a lesão ou o perigo para os bens jurídicos não restaura esses bens na esfera do ofendido, não os repõe na situação de tranquilidade em que se encontrariam se a atuação ilícita não tivesse ocorrido. A imposição da pena é um substituto pobre da observância da norma na preservação dos bens mais valiosos da comunidade. Pode dizer-se, com Welzel, que desse ponto de vista "o direito penal chega quase sempre tarde demais"[53].

Já vimos que o direito penal se realiza, a montante da pena, no comportamento conforme às normas; da mesma forma, também a sanção pode ser substituída, a jusante, por condutas voluntárias a que se reconheça, intersubjetivamente, a capacidade de realizar a mesma prestação funcional. Com efeito, se o cerne do ilícito repousa no desvalor de ação, no desrespeito pela norma de conduta que protege bens jurídicos essenciais, e se o comportamento cooperativo do agente é o mecanismo de realização do direito por excelência, então mais do que o momento importa a intencionalidade de sentido que no comportamento se exprime. Nada exclui em absoluto que uma

[50] ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, cit., pp. 3 ss., 567 ss.

[51] Neste sentido, MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 329-330.

[52] MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 331-332. A efetividade do direito, como expressão de uma ordem institucionalizada de liberdade, depende do seu cumprimento voluntário pela esmagadora maioria dos cidadãos; a função de reafirmação contrafáctica atribuída à pena supõe que a violação das normas se mantenha em níveis de excecionalidade.

[53] WELZEL, Hans, *Das deutche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Berlin: De Gruyter, 1969, p. 3.

conduta voluntária posterior ao delito possa realizar, pelo menos em parte, a tarefa de tutela prospetiva de bens jurídicos a que se dirige a pena[54].

Regressemos à desistência da tentativa e ao arrependimento ativo. Fizemos notar que a punibilidade da tentativa decorre do desvalor de ação da conduta. Mas se é assim, não faria sentido dizer que na desistência se trata de premiar a evitação do resultado lesivo[55]. A isenção de pena supõe que a desistência seja voluntária, que possa ver-se como obra ou realização pessoal do agente, de certa forma "compensando" o desvalor de ação da atuação inicial. "É o sentido político-penalmente *positivo* de valor ínsito nesta contribuição *pessoal* para o facto global que faz ganhar ao 'regresso ao direito', à 'inversão do perigo', à 'reversibilidade do processo lesivo', o seu efeito privilegiador". Por outras palavras: é o valor de ação que se exprime no agir autónomo do desistente que "permite à desistência ser arvorada em fundamento da impunidade da tentativa" [56]. Pode até suceder que a não consumação ou a não produção do resultado atípico fiquem a dever-se à ação de outra pessoa ou a um facto natural; ainda assim o agente não será punido se tiver empreendido esforços sérios de salvação do bem jurídico (arts. 24.º, n.º 2, e 25.º, do CP). E esforços sérios são os que se apresentem, na convicção do agente, como os mais promissores, e não aqueles que se mostrem, objetivamente, como os mais idóneos[57]. Note-se, de resto, que em certos casos da parte especial e da legislação avulsa o prémio penal subsiste mesmo que *ninguém* tenha conseguido evitar a lesão ou anular a perigosidade para o bem jurídico. Por exemplo, exige-se que o agente se esforce seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações criminosas, mas não que o consiga efetivamente (art. 299.º, n.º 4, do CP)[58]. E impõe-se que abandone a sua atividade ou faça diminuir sensivelmente o perigo por ela provocado, ainda que a organização terrorista continue ativa (art. 4.º, n.º 13, da Lei de Combate ao Terrorismo, LCC)[59].

As mesmas considerações poderão tecer-se a respeito da regularização tributária nos ordenamentos que lhe atribuam relevância como causa pessoal de exclusão da pena. Embora não importem os motivos da conduta – nobres ou vis, valiosos ou abjetos –, o elemento chave da regularização é sempre a sua voluntariedade. E a

[54] MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 332, nota 108.

[55] Como sublinha PALMA, *Da "tentativa possível"*, cit., p. 16, se em direito penal prevalecesse, em termos de exclusividade, uma lógica de desvalor de ação, a tentativa constituiria a forma nuclear do ilícito; se prevalecesse uma lógica de desvalor do resultado levada ao extremo e assente na exigência de dano, a tentativa jamais atingiria a dignidade de ilícito criminal.

[56] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, cit., Cap. 29.º, § 10.

[57] Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, cit., Cap. 29.º, § 28, como a doutrina maioritária na Alemanha; contra, cf. FARIA COSTA, "A analítica, a dogmática penal e o injusto", cit., 375, nota 33, e COSTA PINTO, Frederico, *A relevância da desistência em situações de comparticipação*, Coimbra: Almedina, 1992, pp. 209 ss.

[58] FIGUEIREDO DIAS, Jorge, "Artigo 299.º", in: FIGUEIREDO DIAS, Jorge (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, § 40.

[59] BRANDÃO, Nuno / VEIGA, António Miguel, "Artigo 4.º", in: AROSO LINHARES, José Manuel / ANTUNES, Maria João (coord.), *Terrorismo: Legislação Comentada, Textos Doutrinais*, Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2019, § 267, 270.

regularização será voluntária sempre que se apresente como realização pessoal, "o que pressupõe que o agente seja *senhor da sua decisão* e não seja submetido a uma pressão desrazoável da situação exógena" [60]; numa palavra, que tenha atuado de forma autónoma ou autoimposta. Por razões de certeza jurídica, as legislações onde a figura é admitida normativizam o conceito de decisão voluntária identificando concretos momentos temporais ou "causas bloqueio" que funcionam como fatores coativos externos irritadores da autonomia da ação. Uma interpretação adequada destas cláusulas obriga a considerá-las como elementos indiciadores de uma conduta não voluntária, mais do que como estritos *deadlines*. Ultrapassados os *timings* legais, compete ao contribuinte provar que o fator de bloqueio não exerceu qualquer influência material sobre a sua decisão de regularizar a dívida[61].

A atuação voluntária do agente é condição necessária, mas não suficiente. Para que a regularização tributária se apresente como *equivalente funcional da pena*, é ainda preciso que o contribuinte retifique as suas declarações tributárias e, havendo quantias em falta, liquide a dívida tributária. A liquidação da dívida tributária não tem apenas o sentido de uma reparação patrimonial, de uma compensação do desvalor de resultado e reintegração do bem jurídico[62]. Se olharmos atentamente para as leis alemã e espanhola, notaremos que objeto da regularização não são os tributos em falta (o objeto do dever primordial imposto pela norma de conduta), mas a totalidade da dívida tributária (incluindo juros e encargos). O dever de pagar os juros e encargos nasce com o desrespeito da norma de conduta. Por isso, no pagamento integral da dívida tributária vai implicada uma comunicação socialmente relevante de reconhecimento da infração e de reafirmação da validade da norma[63]. E essa assunção voluntária da infração justifica a formulação de um juízo de confiança no comportamento futuro do agente, cumprindo as funções preventivas que à pena criminal se adscrevem e legitimando a sua supressão[64]. Numa interpretação

[60] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, cit., cap. 29.º, § 39, a propósito da desistência da tentativa.

[61] MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 336-337. Em favor de uma interpretação flexível das "causas de bloqueio" pode apontar-se o § 371, II, 2, 2, AO, onde se estabelece que a pena não é dispensada quando "uma das infrações fiscais tiver já sido descoberta, no todo ou em parte, ao tempo da retificação, aditamento ou comunicação e o agente souber disso ou estiver em condições de o prever de acordo com uma avaliação prudente da situação" – a tónica é colocada no conhecimento efetivo ou na oportunidade de conhecimento, mais do que em estritos limites formais.

[62] A ideia de que o pagamento da dívida tributária compensa o desvalor de resultado é mais fácil de aceitar para quem defenda uma conceção *patrimonialista*, que reconduz o bem jurídico ao "património fiscal do Estado", entendido como "conjunto das receitas fiscais de que o Estado é titular" (assim, SILVA DIAS, Augusto, "Crimes e contra-ordenações fiscais", in: SOUSA, Alfredo José *et al.*, *Direito Penal Económico e Europeu* II, cit., pp. 445-448, e AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais*, cit., pp. 288 ss.). Para as teses *funcionalistas ou institucionalistas*, que identificam o objeto de proteção dos crimes tributários com a função recaudatória do Estado, a reparação do dano ao bem jurídico basta-se com a reposição da verdade fiscal (é suficiente retificar a declaração fiscal errada ou incompleta), tornando-se incompreensível, à luz de uma orientação estritamente político-criminal, o requisito do pagamento integral (cf. BUSTOS RUBIO, "La regularización del fraude", cit., pp. 258-259).

[63] MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 338.

[64] BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *La exención de responsabilidad penal*, cit., pp. 31-32, e IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 248.

mais exigente, a assunção voluntária do crime permitirá pelo menos afirmar uma menor necessidade de pena e justificar uma cláusula de atenuação especial ou, por apelo aos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, até mesmo de total exclusão da punição[65].

4. Autodenúncia voluntária e pagamento da dívida – é este o dístico que legitima a opção assumida por alguns ordenamentos de converter a regularização tributária em causa de exclusão da pena. Na falta de algum destes elementos, a reposição da verdade fiscal não tem a virtualidade de se apresentar como equivalente funcional da pena. Sem uma atuação voluntária, a conduta não tem o sentido de um efetivo regresso à legalidade ou honestidade tributária. E sem pagamento da dívida, a eventual retificação das declarações fiscais não tem a capacidade expressiva suficiente para ser assumida pela comunidade como negação simbólica do delito e reafirmação dinâmica da norma de conduta[66].

Naturalmente, os ordenamentos jurídicos não estão obrigados a prever cláusulas de regularização tributária análogas às que vimos em Espanha e na Alemanha. Quisemos apenas sublinhar que, estando tais cláusulas fundadas em razões político-criminais válidas, a sua eventual introdução no ordenamento português não comprometeria a autonomia do direito penal tributário, mantendo-o a salvo das pressões predatórias da Administração Fiscal e da primitiva vassalagem perante os interesses recaudatórios do Estado.

IV. Os Regimes Extraordinários de Regularização Tributária (RERT): quem disse que o crime não compensa?

1. Nos últimos anos, o cenário mundial de crise económica e as necessidades extraodinárias de arrecadação de impostos conduziram os Estados a instituir, com uma regularidade talvez indesejável, regimes ditos *excecionais* de regularização voluntária de dívidas fiscais relacionadas com ativos financeiros colocados no estrangeiro – um expediente de resto sugerido pela OCDE no estudo de 2010 sobre "*Offshore voluntary disclousure*"[67]. Entre nós, esse propósito foi corporizado nos sucessivos Regimes Extraordinários de Regularização Tributária: o RERT I (2005), o RERT II (2010) e o RERT III (2011)[68].

---

[65] BUSTOS RUBIO, "La regularización del fraude", cit., p. 260.

[66] MONTERO, "La regularización tributaria", cit., pp. 340, explicando que, em virtude da prévia desobediência à norma de determinação, todo o comportamento posterior ao facto apresenta um défice estrutural de credibilidade, tornando-se necessário um ato material que abone ou caucione a intenção de regresso à juridicidade exteriorizada na declaração de autodenúncia. Nos crimes fiscais, esse ato material é a liquidação total da dívida.

[67] OCDE, "Offshore Voluntary Disclosure: Comparative Analysis, Guidance and Policy Advice", 2010, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/46244704.pdf>, atualizado em 2015, OCDE, "Update on Voluntary Disclosure Programmes: a pathway to Tax Compliance", https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Voluntary-Disclosure-Programmes-2015.pdf.

[68] Os referidos pacotes legislativos foram aprovados, respetivamente, pelo artigo 5.º da Lei n.º 39-A/2005, de 29 de julho (Orçamento retificativo de 2005), pelo artigo 131.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril (Orçamento de Estado para 2010) e pelo artigo 166.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012). Por meio destes expedientes, o estado português conseguiu arrecadar, em impostos,

Cumpridos os requisitos estabelecidos na lei, que podiam ou não incluir a necessidade de repatriamento dos ativos patrimonais (apenas o RERT II impôs essa exigência), a apresentação da declaração de regularização tributária acompanhada do pagamento de uma taxa de imposto muito reduzida (5% nos RERT I e II, 7,5% no RERT III), implicava: (i) a extinção das obrigações tributárias relativas àqueles elementos e rendimentos; e (ii) a exclusão da responsabilidade pelo crime de fraude fiscal e pelas contraordenações tributárias resultantes da ocultação ou alteração de dados contabilísticos ou fiscais (arts. 2.º e 4.º, n.º 1, dos RERT I, II e III). Os demais crimes e contraordenações, designadamente aqueles que pudessem ter estado na origem dos ativos não declarados (corrupção, peculato, branqueamento, tráfico de armas, de drogas ou de pessoas, branqueamento, etc.), continuariam a poder ser investigados pelas autoridades e punidos nos termos gerais[69].

A produção dos efeitos fiscais e penais favoráveis implicava sempre uma atuação voluntária. E essa voluntariedade estaria afastada se, à data da apresentação da declaração de regularização, o contribuinte tivesse já conhecimento "nos termos da lei" – o legislador parecia interessar-se apenas pelo conhecimento formal – de se ter iniciado procedimento para apuramento da situação tributária ou processo penal ou contraordenacional relacionada com os elementos patrimonais suscetíveis de beneficiar do regime (art. 4.º, n.º 2, dos RERT I e II, e art. 4.º, n.º 3, do RERT III).

2. Que dizer destes regimes excecionais de regularização de dívidas tributárias?

Já assinalámos que ao liquidar voluntariamente as suas dívidas tributárias o contribuinte transgressor manifesta a sua intenção de regressar à juridicidade e contribui para a diminuição das exigências preventivas do caso – fazendo com que o facto, na sua imagem global, deixe de atingir os limiares mínimos de carência de tutela penal. A regularização tributária funciona, nesses casos, como um equivalente funcional da pena.

Não podemos, todavia, obnubilar que uma coisa é exonerar de responsabilidade penal quem reconheça a infração e liquide espontaneamente a totalidade da dívida tributária para um determinado tipo de imposto, outra muito distinta é isentar de pena o contribuinte que, sem pagar os tributos devidos, liquide uma taxa especial de atração de capitais particularmente favorável (correspondente, em certos casos, a apenas 10% da taxa de imposto aplicável aos elementos patrimonais em causa)[70]. A expressão "regularização tributária"

43,4 milhões de euros, com o RERT I, 82,8 milhões de euros, com o RERT II, e 258,4 milhões de euros, com o RERT III.

[69] Por resolver ficava a questão de saber se em caso de regularização da situação tributária pelo autor a extinção de responsabilidade criminal beneficiaria também os eventuais participantes na prática do crime fiscal – p. ex., o banco que tivesse facilitado dolosamente a colocação irregular de elementos patrimonais no estrangeiro. Considerando estar-se aqui perante causas materiais de exclusão da pena, de que beneficiam também os cúmplices, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, cit., cap. 32.º, § 16.

[70] Como se sabe, os rendimentos das pessoas singulares são tributados com taxas progressivas que podem chegar a quase 50% do rendimento efetivo. Mas o benefício para o contribuinte não resulta apenas da taxa reduzida de 5% ou 7,5% Também o apuramento da matéria coletável pode comportar vantagens significativas: são considerados apenas os ativos financeiros detidos no exterior, ignorando-se, portanto, os ativos não financeiros (património imobiliário, jóias, obras de arte), os elementos financeiros transferidos para Portugal e eventuais réditos que se tenham perdido em investimentos ruinosos (CANTISTA TAVARES, Tomás,

surge aqui como um irritante eufemismo: do que se trata é, verdadeiramente, de uma "aministia fiscal".

A circunstância de estes regimes premiarem os contribuintes relapsos com uma menor tributação efetiva altera o juízo positivo que a doutrina faz, em geral, das claúsulas de regularização tributária. E as críticas não se esgotam no estrito plano político-fiscal, projetando-se decisivamente no horizonte político-criminal. Pergunta-se: com estas medidas os contribuintes trangressores não são colocados numa situação de claro privilégio em face dos contribuintes cumpridores? E não se estará aqui perante uma ostensiva violação dos princípios da igualdade fiscal e da progressividade sistema tributário como um todo? Que fundamento existe para que sejam tributados com taxas especialmente reduzidas os contribuintes com maior capacidade económica? (são esses, em regra, que colocam ativos patrimoniais no estrangeiro). Noutro prisma: não estará subjacente a estes instrumentos uma mera finalidade de arrecadação de receitas fiscais e uma inversão de marcha no caminho de eticização do direito penal tributário, de novo convertido em instrumento ao serviço do sistema fiscal?

Em Espanha, onde o legislador introduziu um mecanismo similar de "amnistia fiscal", o Tribunal Constitucional considerou, numa decisão aplaudida pela doutrina, que este regime fiscal privilegiado comprimia de forma constitucionalmente inadmissível o dever de contribuir para os gastos públicos (art. 31,1 CE). E afastou com a argumentação que se transcreve qualquer pretendido paralelismo entre estas normas e a cláusula geral de regularização tributária: "*Neste tipo de regularização [o do regime geral] o que se exclui são as consequências punitivas (...), mas não se exonera [o contribuinte] do cumprimento da obrigação de pagamento da dívida tributária*". Pelo contrário, o regime especial "*não se limita a afastar as consequências acessórias da resposnabilidade tributária, isto é, os juros de mora (...) e eventuais sanções (...) ou, se for esse o caso, os encargos devidos pelo cumprimento voluntário tardio; exclui também, de forma muito importante, a própria responsabilidade tributária*". O juízo final de censura não podia ser mais claro e veemente: "*Em suma, a adoção de medidas que, em vez de servirem a luta contra a fraude fiscal, se aproveitam dela a pretexto de obter receitas (...) num quadro de grave crise económica, supõe uma abdicação do Estado na sua obrigação de tornar efetivo o dever que impende sobre todos de concorrer para os gastos públicos*"[71]. Pior: o prémio ao infrator legitima como opção válida, aos olhos da comunidade, a conduta dos que incumprem os seus deveres em matéria fiscal, incluindo os que emergem de normas de comportamento de natureza penal. E, desta forma, provoca a erosão da capacidade orientadora das normas, o enfraquecimento dos seus imperativos; em suma, o menoscabo da função de proteção de bens jurídicos cometida ao direito penal.

"Regimes excecionais de regularização tributária (RERT)", in: LOBO MOUTINHO, José (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2872 ss.)

[71] Cf. Sentença n.º 73/2017, de 8 de junho (BOE n.º 168, de 15 de julho de 2017), disponível online em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8345>.

Na linha do que acima se afirmou, entendemos que sem uma "autodenúncia" voluntária e completa e o pagamento integral das dívidas tributárias, a regularização tributária não tem as qualidades que permitam alçá-la a fundamento de exclusão da pena. Os RERT traduziram, pois, uma opção política-criminal injustificadamente generosa para com os contribuintes infratores[72].

3. Porventura alertado para alguns dos possíveis efeitos nefastos destes regimes, o legislador introduziu, no artigo 303.º da Lei Orçamento de Estado de 2019, um conjunto de regras específicas em matéria de RERT.

No essencial, passou a franquear-se o acesso pela Administração Fiscal às declarações de regularização que, até agora, estavam confiadas ao âmbito de reserva do sistema financeiro e em particular do Banco de Portugal[73]. Concretamente: (i) faz-se impender sobre as instituições financeiras o dever de transmitir à Administração Fiscal todas as declarações de regularização tributária que tenham recebido (art. 303.º, n.º 1, LO2019); (ii) impõe-se aos contribuintes o dever de fornecerem informações sobre aquelas declarações sempre que as invoquem como fundamento de regularização tributária no âmbito de uma inspeção ou processo de liquidação de impostos (art. 303.º, n.º 2, LO2019); e (iii) permite-se à Administração Fiscal que, no prazo de dois anos a contar da disponibilização das declarações, possa aceder às informações bancárias dos aderentes aos RERT, sem necessidade do seu consentimento prévio (art. 303.º, n.º 6, LO2019).

O desvelar destes elementos tem, na intenção do legislador, uma eficácia circunscrita ao plano tributário. Pretende-se, por um lado, facultar à Administração Fiscal elementos para aferir da veracidade e completude das declarações de regularização apresentadas, no sentido de tornar efetiva – muito serodiamente, diga-se – a cominação prevista nos diversos RERT para as declarações falsas ou parciais: o pagamento dos impostos em falta com uma majoração de 50% (RERT I) ou 60% (RERT II e III). Por outro lado, quer-se desocultar fontes de rendimentos mantidas em sigilo, fazendo-as ingressar no circuito legal e colocando-as ao alcance do braço fiscal.

A fronteira entre o universo tributário e o penal é garantida por uma proibição de valoração: os elementos apresentados pelas instituições bancárias ou pelos contribuintes no cumprimento dos recém instituídos deveres de informação e colaboração "não podem ser utilizados como prova dos valoradas dos factos neles descritos contra os seus autores" (art. 303.º, n.º 5, LO2019). A utilidade destes elementos fica circunscrita à verificação da exatidão das declarações prestadas e, se for caso disso, à correção da situação tributária do contribuinte e à liquidação adicional de impostos. Desta forma,

[72] Com esta conclusão, dirigida à "declaração tributaria especial" espanhola, GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, "Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria: la declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Extraordinario, n.º 1 (2013), p. 66.

[73] Para assegurar a confidencialidade dos dados e estimular a adesão aos RERT, o legislador instituiu um mecanismo de pagamento por autoliquidação com intermediação do sistema bancário – os contribuintes entregavam a declaração e efetuavam o pagamento junto das instituições bancárias, que depois faziam chegar as receitas ao Fisco, sem identificação dos aderentes.

evitam-se – ou, pelo menos, reduzem-se – potenciais espaços de conflito com o direito à não autoincriminação[74].

A referida separação não está, todavia, garantida por muros intransponíveis, antes que por linhas convencionais e mais ou menos imaginárias, como usam ser as das fronteiras. Pode suceder que os elementos facultados pelo contribuinte ao abrigo do seu dever de colaboração *indiciem* a prática de crimes. Crimes de fraude fiscal que não beneficiaram, afinal, de exclusão de responsabilidade por não ter sido verdadeira e completa a declaração RERT apresentada. Ou então os delitos que estiveram na origem da riqueza não declarada, *ab initio* não abrangidos pelo prémio penal (corrupção ou peculato, tráfico de drogas ou de armas, branqueamento de capitais, etc.). Pode depois dar-se o caso de esses indícios chegarem ao conhecimento das autoridades de perseguição penal – ocorrência não impossível, apesar do proclamado sigilo fiscal (art. 303.º, n.º 5, LO2019). E, tendo em conta o princípio da oficialidade e da legalidade da promoção processual, nada impede (acontece precisamente o oposto) que tais crimes sejam investigados e a responsabilidade penal do agente apurada. Ponto é, como se disse, que não sejam usadas como meios de prova contra o arguido as declarações e informações que ele foi obrigado a entregar ao abrigo do seu dever de colaboração. Nisso se traduzem as proibições de valoração, que são um *minus* em relação às proibições de utilização: estas impedem todos os possíveis usos processuais dos elementos coativos e produzem *ipso iure* "efeito-à-distância"; aquelas apenas osbtam à utilização dos mesmos elementos para fins probatórios, mas não prejudicam a sua utilidade como *noticia criminis*, nem impedem a valoração de quaisquer provas secundárias ou derivadas[75].

Conclusão

Na discussão sobre o valor da regularização de dívidas fiscais não pode seguramente perder-se de vista a centralidade dos interesses patrimoniais do Fisco na definição do programa de proteção do direito penal tributário. Pela mais elementar razão de que é precisamente para proteger esses interesses que o direito penal tributário, em última instância, existe[76].

Em todo o caso, a legitimidade da intervenção penal, reconhecidas as suas fragmentariedade e subsidariedade, supõe que as condutas tipificadas como crimes fiscais apareçam claramente recortadas como portadoras de dignidade penal e necessidade de pena, marcas do ilícito criminal. A exigência tornou-se ainda mais evidente a partir do momento em que a prisão passou a constituir a sanção normal no direito penal tributário, assim se superando em definitivo o limbo ético-axiológico em que as

[74] Sobre o tema, desenvolvidamente, cf. SILVA DIAS, Augusto / COSTA RAMOS, Vânia*, O Direito à não auto-inculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, e OLIVEIRA E SILVA, Sandra, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio* nemo tenetur se ipsum accusare, Coimbra: Almedina, 2018.

[75] Para um recorte exato destas figuras, cf. ROGALL, Klaus, "Das Verwendungsverbot des § 393 II AO", in: HIRSCH, Hans Joachim / WOLTER, Jürgen / BRAUNS, Uwe (hrsg.), *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, Köln: Otto Schmidt, 2003, pp. 478-486.

[76] COSTA ANDRADE, "A Fraude fiscal", cit., 270.

infrações fiscais, como *Kavaliersdelikt*, se encontravam[77]. A mobilização pelo Estado do seu arsenal de meios sancionatórios mais gravosos não encontraria justificação ética se em causa estivesse apenas a tutela da sua posição de credor ou dos seus interesses como sujeito ativo da relação jurídico-tributária. O *ius puniendi* não pode ser visto como um privilégio creditório especialíssimo de que está armado o Estado-Fisco. Entre a pretensão de recebimento dos diversos impostos e a intervenção punitiva estatal deve existir um sólido interposto valorativo, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

Por outras palavras: a incriminação de certas condutas de não liquidação, de liquidação fraudulenta ou de não entrega de tributos só é constitucionalmente legítima se for imprescindível como mecanismo subsidiário de tutela de bens jurídicos com suficiente dignidade axiológica. E a efetiva aplicação da sanção penal deve ocorrer apenas quando se mostre vital para a reafirmação contrafáctica das normas de comportamento em que se precipita o direito penal, contribuindo para a realização *no futuro* dos bens jurídicos por elas protegidos.

Ainda que a conduta cumpra todos os predicados indispensáveis à ativação do direito de punir (tipicidade, ilicitude, culpa, punibilidade), a pena pode ser atenuada ou não chegar mesmo a ser aplicada. São várias as razões político-criminais que justificam a previsão de "prémios" penais, materializados em atenuações ou dispensas de pena. Por vezes, o benefício prende-se ainda com a menor dignidade penal do facto, a que se associa a desnecessidade de pena em virtude de algum comportamento pós-delitual positivo e a que se somam preocupações de tutela do próprio delinquente contra o perigo de estigmatização. É assim nos crimes bagatelares, se o dano tiver sido reparado e não subsistirem já exigências de prevenção. Noutros casos, o prémio liga-se ao contributo do agente para a identificação e responsabilização de outros responsáveis, normalmente em domínios de criminalidade grave ou de difícil investigação, como a corrupção e delitos afins, o tráfico de drogas, o branqueamento, o terrorismo. A estes dois núcleos típicos se reconduzem, respetivamente, a dispensa de pena do n.º 1 do artigo 22.º do RGIT e a atenuação ou "isenção" de pena do artigo 100.º do RGIT.

A reparação do dano é outra das circunstâncias que pode conduzir à atenuação ou à exclusão da pena: ou porque a essa reparação se liga a satisfação dos interesses da vítima do crime; ou porque atenua de forma sensível as exigências preventivas do caso. Nos crimes tributários, a que quadra bem a designação de *victimless crimes*, apenas considerações deste último timbre podem fundar a não punição do contribuinte que regularize tardiamente a sua situação tributária. As cláusulas de atenuação ou exclusão da pena não encontram suporte numa ideia de cuidado pela vítima. E, como já se sublinhou, não podem ser lidas à luz de um interesse meramente político-fiscal, como expedientes pré-ordenados a maximizar o ingresso de receitas nos cofres do Estado. A sanção criminal só pode ser excluída ou atenuada se a regularização tributária

[77] COSTA ANDRADE, Manuel, "O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um Acórdão) do Tribunal Constitucional", in: MIRANDA RODRIGUES, Anabela *et. al.*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, III, cit., pp. 232-233.

for suficiente para evitar futuros comportamentos proibidos, quer dizer, se se apresentar como um *equivalente funcional da pena*. Para que isso aconteça é necessário que a atuação do agente tenha sido voluntária ou auto-determinada, assim "compensando" o desvalor de ação da conduta inicial. É ainda de capital importância que o contribuinte relapso liquide a totalidade dos tributos em falta e acessórios legais; de outra forma faltaria à reposição da verdade fiscal a força expressiva suficiente para ser assumida pela comunidade como negação simbólica do delito e como sinal da vitalidade da norma de conduta.

Tendo estas ideias como pano de fundo, parecem-nos claramente falhas de acerto e de pertinência algumas das opções do legislador português.

As primeiras críticas dirigem-se à imposição do dever de liquidar a dívida tributária como condição *obrigatória* da suspensão. Ficou-nos muito viva a impressão, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional apenas contribui para reforçar, de que o legislador se empenha *à outrance* na cobrança dos créditos tributários a ponto de converter o direito penal em braço armado do sistema fiscal. A mesma instrumentalização da justiça criminal está presente na atenuação *obrigatória* da pena com fundamento na regularização das dívidas fiscais. Cada um daqueles institutos constitui, de resto, a face e o reverso da mesma moeda. Na suspensão da prisão, o Estado incentiva ao pagamento *ameaçando* com a privação da liberdade; na atenuação da pena, estimula a liquidação das dívidas fiscais *prometendo* uma pena atenuada. Pagamento das dívidas em troco da liberdade (ou de menos prisão) são os termos do *deal* com benefícios e concessões recíprocas que se firma entre o contribuinte-deliquente e o Estado, simultaneamente credor fiscal e titular do *ius puniendi*.

Concedemos que também a regularização não voluntária, resultado de um estrito cálculo de custos/benefícios, pode produzir efeitos político-criminais positivos, a considerar pelo juiz, ora na escolha da pena, ora na sua medida. Não pode é ficcionar-se que esses efeitos se produzem sempre, justificando sempre a atenuação da pena. Menos ainda pode presumir-se *iuris et de iure* que, sem a liquidação das dívidas tributárias, a execução da prisão nunca pode ser suspensa. E se a primeira solução, *favor reo*, ainda se compatibiliza com os princípios de subsidiariedade e intervenção mínima do direito penal, a segunda já não pode aceitar-se com a mesma condescendência, a pretexto de que assim se favorece a "eficácia do sistema fiscal".

Os reparos não se ficam por aqui. Dirigimo-los também ao tratamento especialmente benevolente concedido aos contribuintes transgressores no âmbito dos RERT. A abdicação punitiva do Estado não se funda aqui em considerações de desnecessidade ou menor carência de pena, mas numa pura estratégia – fundada ou não – de captação imediata de receitas fiscais. Uma estratégia a que não podem deixar de associar-se pesados custos político-criminais. Num tempo em que parecia já definitivamente consolidada a celebrada eticização do direito fiscal, o tratamento de privilégio oferecido aos grandes incumpridores reaviva no consciente coletivo a impressão de que a fuga aos impostos é não apenas um comportamento tolerado, como premiado pelo Estado. No fundo, aministias ficais desta natureza funcionam como um *snipall* invertido: ao contrário do costume observado por *Gulliver* em *Liliput*, o prémio é atribuído ao infrator da lei e não quem fielmente a cumpre. E desta forma é a própria capacidade

de orientação das normas penais que se debilita, o direito penal que se desacredita na sua função de tutela dos bens jurídicos mais valiosos da comunidade e os delitos fiscais que de novo se reduzem a "crimes de cavalheiros" – a crimes que os cavalheiros (e apenas eles) podem impunemente cometer.

Post Scriptum: Os livros fizeram-se para levar mais longe as palavras. Mais longe no espaço, a geografias que a voz humana não pode alcançar. Mais longe no tempo, aos destinatários de um porvir em construção. Possam estas que agora modestamente se escrevem cumprir a amiga intenção que as anima: continuar o sempre profícuo e amável diálogo científico com o Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias, a quem *in memoriam* são dedicadas.

ALTERAÇÃO DE FACTOS E VINCULAÇÃO TEMÁTICA EM PROCESSO PENAL

Teresa Pizarro Beleza* **/ Frederico de Lacerda da Costa Pinto****/*****

SUMÁRIO: Introdução; I. Os valores da estrutura acusatória e os princípios fundamentais do regime do objecto do processo; II. A vinculação temática num modelo tendencialmente rígido de variação do objecto do processo; III. A alteração de factos com relevo para a decisão da causa.

Introdução

O regime da alteração de factos em processo penal tem sido um dos temas com maior relevância teórica e prática durante os trinta anos de vigência do Código de Processo Penal (CPP). As soluções legais acolhidas em 1987 foram parcialmente mantidas (com alterações importantes em 2007), mas também evoluíram de forma significativa, resolvendo a lei alguns problemas e deixando outros às tendências doutrinárias e jurisprudenciais.

A questão essencial que é objecto deste estudo traduz-se em saber quando é que existe uma «alteração de factos» que motiva a aplicação subsequente dos filtros previstos no regime legal. Aspecto em si decisivo, já que a existência de uma alteração de factos é um pressuposto essencial da sua posterior qualificação como substancial ou não substancial. Com estes contornos o problema existe entre nós desde o início da vigência do Código de Processo Penal de 1987 e não foi resolvido nas várias reformas legislativas realizadas.

Com a publicação deste estudo, prestamos uma singela mas sentida homenagem ao nosso querido Colega e Amigo Augusto Silva Dias. Um académico dedicado e exemplar, um professor empenhado e atento aos estudantes, um estudioso sério, profundo e consequente e, acima de tudo, um companheiro muito amigo, sempre presente na academia e na vida. A vida que apreciava e partilhava com muitas pessoas e em tantas e tão diferentes situações. Uma amizade com mais de trinta anos não cabe neste pequeno trabalho. A enorme saudade que ficou também não, Augusto.

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coordenadora da *Criminalia* (Grupo de investigação do CEDIS, Nova Direito).

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Assessor do Conselho de Administração da CMVM. Membro da *Criminalia* (Grupo de investigação do CEDIS, Nova Direito) O presente texto contém opiniões pessoais que não podem ser atribuídas às instituições referidas.

*** Por opção dos Autores, não se utiliza o Novo Acordo Ortográfico.

I. Os valores da estrutura acusatória e os princípios fundamentais do regime do objecto do processo

O decurso de um processo penal pressupõe a identificação dos *factos* que, tendo relevância criminal, podem ser imputados ao arguido através do processo. Essa selecção dos factos é uma exigência, desde logo, das normas penais substantivas que serão aplicadas, já que elas próprias descrevem factos e circunstâncias de factos que, uma vez imputados ao arguido no processo, podem gerar responsabilidade criminal. Sem factos a subsumir à previsão típica, não podem ser aplicadas as normas penais substantivas em nenhuma fase do processo. Sem factos, não está realizado o tipo, sem factos não existe processo. A identificação dos factos relevantes é, assim e pelo menos, usando a terminologia de Schild[1], «um ponto exterior de referência» para a selecção e aplicação do Direito: um pressuposto essencial da realização típica e, simultaneamente, fundamento material e processual para o desenvolvimento do processo.

1. O debate sobre a responsabilidade do agente será efectuado sobre *factos* que no processo lhe são indiciariamente imputados pelo Ministério Público (artigo 283.º do CPP) e/ou pelo assistente, caso o mesmo esteja constituído e tenha requerido abertura de instrução (artigo 287.º, n.º 1 alínea b) do CPP) ou deduzido acusação particular (artigos 284.º ou 285.º do CPP).

Toda a problemática que envolve o tema do objecto do processo assenta na necessidade de estes factos não estarem em constante mutação ao longo do processo, mas ficarem «cristalizados» a partir de certo momento (em regra, o momento da acusação). Por outro lado, essa cristalização dos factos imputados ao arguido implica igualmente que não devem existir variações sensíveis (ou intoleráveis, à luz de certos valores e fins) desses factos durante o subsequente processo, em especial variações que possam descaracterizar o complexo de factos (e, consequentemente, o enquadramento jurídico dos mesmos) anteriormente imputados ao arguido na acusação.

Esta pretensão de *estabilidade factual* corresponde igualmente a uma pretensão de manutenção da *identidade do objecto do processo* (ou seja, a preservação da identidade do conjunto de factos – os elementos do acontecimento histórico - que no processo serão imputados ao arguido). Uma identidade fáctico-jurídica, decisiva para a delimitação da verdade material e a afirmação do direito de defesa, mas que não é, de modo algum, absoluta: na verdade, essas exigências de estabilidade e identidade do objecto do processo (entenda-se, dos factos criminalmente relevantes que serão imputados ao arguido no processo) variam de acordo com as fases processuais. Em breve síntese, elas não se verificam no inquérito e, inversamente, atingem a sua máxima intensidade nas fases de julgamento e de recurso.

Estas exigências são expressivamente descritas por Castanheira Neves nos seguintes termos: «... o problema que aqui se põe não é outro que o de saber em que termos – de que modo ou mediante que critérios – se pode dizer assegurada a identidade

[1] W. Schild, *Die «Merkmale» der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach: Verlag Rolf Gremer, 1979, p. 88.

entre o acusado, o conhecido e o decidido»[2]. Nestes três momentos (acusação, julgamento e decisão) deve assim existir uma estabilidade mínima da realidade factual levada para o processo, os factos apreciados em julgamento e conhecidos na decisão final sobre a responsabilidade do arguido.

Por que razão esta exigência de estabilidade e de identidade do objecto do processo é assim tão premente? A resposta a esta interrogação passa pela identificação dos valores subjacentes aos princípios fundamentais que estão em causa quando se enuncia o tema e pelo conhecimento dos contornos jurídico-legais do problema na nossa legislação.

2. Num plano mais imediato, deve invocar-se, por um lado, o *princípio da identidade* do complexo de factos que integram o objecto do processo, de acordo com o qual as oscilações da matéria de facto durante o processo não podem em regra afectar a identidade (fáctico-normativa) do objecto do processo definido na acusação[3]; por outro lado, o *princípio da estabilidade*, ou seja, a preservação do círculo de factos ao longo do processo sem oscilação significativas ou intoleráveis. Finalmente, ainda, o princípio da *indivisibilidade do objecto* do processo, através do qual se veda a segmentação da sequência de factos que, em função da sua conexão interna e da sua unidade jurídica, devem ser tratados conjuntamente e não ser objecto de fragmentações processuais discricionárias[4]. Daqui resulta, por seu turno, um *princípio de consumpção* dos poderes de cognição do Tribunal que se esgotam não só no efectivamente conhecido, como também naquilo que, estando em sequência normativa unitária com o acusado e o que foi conhecido, deveria ter sido efectivamente apreciado pelo Tribunal, ficando desse modo preterida a possibilidade do seu conhecimento autónomo em momento posterior[5].

Neste exacto sentido, o problema da delimitação do objecto do processo não é apenas o da identificação do complexo natural de factos efectivamente descritos na acusação e realmente conhecidos pelo Tribunal, mas sim o problema da *delimitação factico-normativa* dessa realidade, que tanto abrange os factos reais (o facto histórico, identificado no mundo da vida), como os factos hipotéticos em unidade sequencial com aqueles (caso dos fragmentos de acções não descritas numa acusação que impute ao arguido a prática de um crime continuado). Por isso mesmo, para Eduardo Correia os factos não eram relevantes por si só, mas sim num determinado horizonte

[2] A. Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal,* Dactilografados por João Abrantes, Coimbra, 1968, p. 208.

[3] A. Castanheira Neves, *Sumários* (cit. nt. 2)*,* 1968, p. 211 e ss. Anteriormente, já Eduardo Correia, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz,* Coimbra: Livraria Atlântida, 1948, p. 29 e ss. Depois, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal,* Primeiro Volume, reimpressão da 1.ª edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 144 e ss.

[4] Eduardo Correia, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 34 e ss. A. Castanheira Neves, *Sumários* (cit. nt. 2)*,* 1968, p. 214; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 3), 1984, p. 145; Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal,* Coimbra: Almedina, 2013, p. 144.

[5] Eduardo Correia, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 34 e ss, e p. 76 e ss. Depois, A. Castanheira Neves, *Sumários* (cit. nt. 2)*,* 1968, p. 218, e Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 3), 1984, p. 145.

normativo[6]. E, também em parte por isso, compreende-se que Germano Marques da Silva delimite o objecto do processo com uma dupla referência: os factos alegados na acusação e a pretensão jurídica igualmente formulada na acusação[7]. A relevância jurídica destas duas dimensões não é, contudo, a mesma no sistema adoptado pelo legislador nacional, pois a alteração da qualificação jurídica encontra-se apenas condicionada pela possibilidade de contraditório oferecida à defesa.

Vejamos o significado destes problemas à luz dos valores fundamentais do sistema penal português.

3. O problema da estabilidade, identidade, indivisibilidade e consunção do objecto do processo torna-se particularmente delicado nos modelos de processo penal de matriz acusatória, ao ponto de Castanheira Neves afirmar que se trata de um problema específico deste modelo de processo penal[8]. O que se afigura correcto no plano dos valores que estruturam o modelo acusatório e na importância que neste modelo de processo assume o princípio da acusação.

Existe, contudo, uma dimensão do problema que é independente da estrutura acusatória do processo penal, na sua vertente orgânica e funcional (ou seja, um aspecto distinto da separação entre acusação e julgamento): a flutuação do objecto do processo pode colidir severamente com o direito de defesa do arguido e, de forma mais genérica, com o princípio do contraditório e com o princípio da confiança; além de, em situação extrema, poder lesar de igual modo a lealdade entre os sujeitos processuais. Na verdade, a possibilidade de sucessiva variação processual dos factos pode inutilizar a defesa exercida ou ser uma forma de tentar corrigir inadmissivelmente erros da acusação, gerando, em qualquer caso, uma instabilidade processual incompatível com a lisura ética e jurídica do processo penal no Estado de Direito[9].

É evidente que uma hipótese desta natureza é especialmente sensível num processo de matriz acusatória, onde todas estas componentes devem ser garantidas para que o sistema não fique descaracterizado. Mas, se é certo que o problema em causa ganha uma especial e essencial atenção nos processos de matriz acusatória, deve igualmente ser sublinhado que a questão adquire outras dimensões e contornos num processo penal que acolha uma matriz essencialmente acusatória, mas integrada por um princípio complementar de investigação (cfr. artigos 294.º, 299.º, 301.º e, em especial, artigo 340.º, 1 e 2 do CPP)[10]. Se ao Tribunal (de instrução ou de julgamento) se reconhece

[6] Eduardo Correia, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, designadamente, p. 76 e ss.

[7] Germano Marques da Silva, *Direito Processual Penal*, Vol. I, 2ª edição, Lisboa: UCE, 2017, p. 368.

[8] A. Castanheira Neves, *Sumários* (cit. nt. 2), 1968, p. 208. No mesmo sentido, Paulo de Sousa Mendes, *Lições* (cit. nt. 4), 2013, p. 143.

[9] Fundamental, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 3), 1984, p. 144-145.

[10] Sobre esta caracterização, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal,* fascículos com as lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra: FDUC, Secção de Textos, 1988-89, p. 46 e ss, e «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal?, *RPCC* 18 (2008), p. 368. Depois, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Direito Processual Penal,* fascículos policopiados, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 32-39; Paulo de Sousa Mendes, *Lições* (cit. nt. 4), 2013, p. 31 e ss; Maria João Antunes, *Direito Processual Penal,* 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 24 e ss.

um estatuto activo na busca da verdade material, o que é reforçado pela centralidade da audiência de julgamento[11], então o problema da identidade, estabilidade e indivisibilidade do objecto do processo projecta-se não apenas no estatuto do arguido, como também nos poderes do próprio Tribunal. O facto de estes poderes terem simultaneamente a natureza de deveres acentua o problema. Importa desde logo reconhecer que esses poderes autónomos de investigação do Tribunal supõem uma acusação (princípio da acusação) e, quando exercidos efectivamente, se contêm nos limites temáticos do acusado (vinculação temática), não os podendo livremente exceder. Esse círculo de vinculação é traçado pela factualidade acolhida na acusação.

Num modelo acusatório, mesmo integrado pelo princípio (complementar) da investigação, não cabe ao Tribunal de julgamento compor livremente o objecto do processo. E a ser «reformulado» esse objecto após a acusação – o que apenas excepcionalmente se admite no nosso modelo de processo – tal só poderá acontecer com o acordo dos demais sujeitos processuais (MP, arguido e defensor, mas também do assistente). De outro modo será lesada a estrutura acusatória e limitado o princípio do contraditório.

O Tribunal de julgamento não pode reformular livremente o objecto do processo pois, entre outras razões, estará simultaneamente a investigar e a julgar os factos criminalmente relevantes. E se o fizer unilateralmente viola ainda o princípio do contraditório e degrada as garantias de defesa. Por isso, na nossa lei, uma reformulação do objecto do processo em julgamento, que altere a sua identidade essencial, só é possível com o acordo de todos os sujeitos processuais (artigo 359.º, n.º 2, do CPP). Isto porque, exactamente, está em causa o princípio da acusação, a vinculação temática associada à estrutura acusatória, a garantia de imparcialidade do tribunal de julgamento, o direito de defesa do arguido e, de forma mais genérica, o contraditório decorrente da existência de diferentes pretensões de natureza penal, assumidas no processo perante um objecto específico já delimitado.

A verdade material, por seu turno, fito essencial de um processo (cfr. artigos 53.º, n.º 1, 299.º, n.º 1 e 2, 340.º, n.º 1, do CPP) que procura, dentro dos limites da instância, identificar a verdade histórica sobre os factos eventualmente geradores de responsabilidade, pode igualmente induzir alterações ao objecto do processo. Mas a verdade material não é um fim que justifique todos os meios. Não é um fim absoluto, mas sim um fim a prosseguir de forma condicionada, nos limites dos factos acusados (cfr. artigos 303.º, 309.º, 311.º, n.º 2, alínea b), 359.º e 379.º, do CPP) e, dentro deste círculo, de tudo aquilo que o Tribunal pode e deve conhecer, sob pena de esse conhecimento ficar definitivamente preterido (princípio da consumpção do objecto do processo). Em breve conclusão, a verdade material corresponde a um fim que tem de respeitar as garantias de defesa, o princípio da acusação e a estrutura acusatória.

Em suma, num modelo de processo penal que acolha uma estrutura acusatória, o tribunal de julgamento estará vinculado tematicamente pelo conteúdo material da

[11] Sobre o significado e a importância da fase de julgamento no modelo de processo acolhido entre nós, Sandra Oliveira e Silva, «A centralidade do julgamento na economia do processo», *RPCC* 28 (2018), p. 43 e ss, com mais informação sobre o tema na literatura nacional.

acusação (ou da pronúncia, caso tenha existindo instrução), isto é, o conjunto de factos descritos na acusação (ou na pronúncia) que foram indiciariamente imputados ao arguido e em relação aos quais pode exercer o seu direito de defesa. O conhecimento de outros factos, que não tenham sido legitimamente integrados no objecto do processo, só pode ocorrer dentro de certos limites e regimes previstos na lei processual penal.

II. A vinculação temática num modelo tendencialmente rígido de variação do objecto do processo

A lei portuguesa não enuncia expressamente os diversos princípios acima referidos, como o princípio da identidade do objecto do processo, a sua indivisibilidade ou a força consumptiva do caso julgado. Mas o regime legal da alteração de factos e a consequente vinculação temática, acima referida, nomeadamente do Juiz de Instrução Criminal (JIC) e do Tribunal de julgamento (TJ), a par da regra constitucional *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da CRP) adoptam formulações e sugerem critérios densificadores de tais princípios.

1. A técnica legislativa adoptada pelo CPP traduziu-se em traçar o conceito de alteração substancial de factos, no n.º 1, alínea f) do CPP, e usar depois esse conceito ao longo do seu texto para limitar tematicamente certos actos (a acusação particular ou o saneamento, por exemplo) ou os poderes de cognição do tribunal (JIC e Tribunal de julgamento)[12]. Assim, desde logo, a acusação do MP e do assistente limitam-se reciprocamente, consoante a natureza dos crimes: nos crimes públicos e semi-públicos a acusação do MP (artigo 283.º) vincula tematicamente (entenda-se, quanto à factualidade nela descrita) a (eventual) acusação subordinada do assistente (artigo 284.º, n.º 1 do CPP) e nos crimes particulares a acusação do assistente vincula tematicamente a acusação (facultativa) do MP (artigo 285.º, n.º 3 do CPP). A pronúncia (artigo 303.º) está tematicamente vinculada pela acusação (artigo 283.º, 284.º e 285.º do CPP) e pelo requerimento para abertura de instrução (artigo 287.º, n.º 1). E, finalmente, o Tribunal de julgamento está tematicamente vinculado pela acusação ou pela pronúncia (caso tenha existido instrução) (cfr. artigos 311.º, 358.º, 359.º e 379.º do CPP).

A violação desta regra da vinculação temática é cominada pelo CPP com invalidades de diferente natureza e grau: uma nulidade mista no caso da pronúncia (artigo 309.º), já que depende de arguição e se sana com o decurso do prazo de 8 dias; uma nulidade absoluta no caso da decisão final do julgamento (artigo 379.º), de conhecimento oficioso, e que afectará parcialmente a decisão (artigo 379.º, n.º 2), isto é, exactamente (e apenas) na parte em que representar uma alteração substancial de factos. A lei prevê ainda a hipótese da rejeição parcial da acusação no despacho de saneamento do processo (artigo 311.º, n.º 2, alínea b), do CPP) por violação dos limites do objecto do processo aferida à luz do conceito de alteração substancial de factos.

[12] A evolução histórica do problema e dos regimes legais encontra-se em Frederico Isasca, *Alteração substancial de factos e a sua relevância no processo penal português,* Coimbra: Almedina, 1992, p. 25 e ss.

2. À luz deste regime, pode dizer-se que o modelo adoptado pelo CPP quanto à variação do objecto do processo é livre no *inquérito*, aparentemente rígido na *instrução* e tendencialmente rígido no *julgamento* (incluindo o julgamento realizado na fase de recurso).

a) A fase de inquérito destina-se ao apuramento dos factos, identificação de possíveis responsáveis e recolha de provas e, por isso mesmo, a variação dos factos descobertos faz naturalmente parte desta fase processual. Assim, durante a investigação não se cristaliza um objecto do processo, excepto quando são tomadas decisões que pressupõem essa fixação de factos, como o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º) ou a suspensão provisória do processo (artigo 281.º)[13]. Pode ainda acrescentar-se a desistência homologada, nos crimes semi-públicos e particulares (artigo 116.º do Código Penal e artigo 51.º do CPP), pois a homologação impede a repetição da queixa pelo desistente (pelos mesmos factos) ou mesmo por outros ofendidos cuja legitimidade tenha ficado preterida pelo exercício do direito de queixa.

Nestes casos existe uma «fixação de factos» em função dos quais se toma uma decisão que pode pôr fim ao processo e que, quando proferida, tem um efeito preclusivo equivalente ao caso julgado: tornando-se tais decisões de arquivamento definitivas, tais factos não podem motivar um novo processo criminal[14]. Tirando estes casos, a evolução da investigação não é condicionada pelo princípio da vinculação temática[15], embora existam consequências jurídicas decorrentes da variação dos factos e dos respetivos enquadramentos jurídicos.

Entre as consequências mais significativas, podem identificar-se a vinculação das medidas de coacção aos pressupostos fácticos que as motivam e o regime de certos meios de obtenção de prova a factos com um enquadramento jurídico preciso: crimes que admitem ou não certas medidas de coacção (artigo 196.º e ss, do CPP) ou certos meios de obtenção de prova (como as escutas telefónicas, artigo 187.º CPP) vinculados a um crime previsto num catálogo que fundamenta uma concreta autorização judicial para o efeito. Nestes casos, a mudança do rumo da investigação quanto aos factos e ao seu enquadramento jurídico pode fazer com que se alterem os pressupostos fáctico-normativos de uma medida de coacção aplicada, com a sua consequente revisão ou extinção, ou a impossibilidade de serem usadas as escutas telefónicas obtidas com um fundamento típico que não se mantém no desenrolar da investigação. Em tais

[13] Neste sentido, José de Souto Moura, «Notas sobre o objecto do processo: A pronúncia e a alteração substancial de factos», *in* Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal,* Vol. II, Lisboa: AAFDL, 1993, p. 22 e ss.

[14] A questão chegou a ser judicialmente controvertida, na primeira década de vigência do código, designadamente em casos de suspensão provisória do processo, mas foi ultrapassada pela doutrina e pela jurisprudência. Referências fundamentais em Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal,* 4.ª edição, Lisboa: UCE, 2011, p. 752.

[15] Em sentido diverso, Damião da Cunha, «Ne bis in idem e exercício da acção penal», *Que Futuro para o Direito Processual Penal,* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 571, defendendo limitações para a actuação do MP no exercício subsequente da acção penal em função das decisões tomadas anteriormente num inquérito.

casos, se forem abandonados os factos antigos e os novos crimes investigados não admitirem a medida de coacção já decidida ou as escutas telefónicas já realizadas isso implicará, necessariamente, a extinção da primeira e a inutilizabilidade subsequente das segundas. Em suma, não vigora o regime da vinculação temática no inquérito, mas as variações factuais e os seus enquadramentos normativos podem ter consequências sobre várias decisões processuais que pressuponham um acervo de factos alterado pelo curso da investigação.

b) Na instrução, o regime legal muda substancialmente, por comparação com o inquérito. Nesta fase processual, uma alteração de factos pode dar origem a duas linhas de solução distintas: se a alteração for não substancial, a lei exige, para que possa ser conhecida, o cumprimento do dever de informação e a possibilidade de contraditório do arguido quanto aos novos factos, caso contrário o seu conhecimento será processualmente ilícito; se, diversamente, se tratar de uma alteração substancial vigora uma proibição de conhecimento, por força do n.º 3 do artigo 303.º, cuja violação é cominada com uma nulidade nos termos do artigo 309.º do CPP. A única forma de introduzir legalmente alterações substanciais de factos na instrução é incluí-las no requerimento de abertura de instrução (artigo 287.º do CPP), que legitima o conhecimento desses factos pelo JIC e permite a defesa do arguido contra a nova pretensão factual.

Na aparência, o regime da variação do objecto do processo na instrução é algo rígido: alterar o objecto do processo é possível (respeitado o contraditório) se a alteração for não substancial e é (processualmente) proibido se a alteração for substancial. Mas, na realidade, a nulidade cominada vale apenas para a alteração substancial de factos (não abrange nem a alteração não substancial, nem a alteração da qualificação jurídica) e, mesmo assim, de forma limitada, pois a sua arguição está sujeita a um prazo que, uma vez esgotado, sem que a mesma seja invocada, implica a convalidação do objecto do processo com os novos factos. Por outro lado, se a alteração de factos for não substancial, a violação do regime de contraditório gera apenas uma irregularidade (artigo 118.º, n.º 2, do CPP), cuja produção de efeitos depende da sua arguição no prazo de três dias (artigo 126.º do CPP), o mesmo se passando com a alteração da qualificação jurídica estabelecida sem respeito pelo regime de contraditório (artigo 303.º, n.º 5), já que a violação deste regime também não está prevista no artigo 309.º do CPP.

Ou seja, a rigidez do objecto do processo na fase de instrução é mais aparente do que real, pois o regime legal acaba por consentir, por vias diversas, um alargamento efectivo do objecto do processo com os novos factos surgidos nessa fase. O regime é aceitável, porque a instrução é ainda uma fase preliminar do processo.

c) Na fase de julgamento o regime de variação do objecto do processo torna-se mais rígido. As alterações não substanciais de factos podem ser conhecidas se for respeitado o contraditório quanto ao tema (artigo 358.º, n.º 1, CPP), dispensando-se o mesmo se os factos forem apresentados pela defesa (artigo 358.º, n.º 2, CPP). Mas a violação do regime legal passa a ser cominada com uma nulidade da sentença (artigo 379.º, n.º 1, alínea b), do CPP). No caso das alterações substanciais de factos a vinculação temática é mais intensa, pois a regra (reforçada em 2007) é a da proibição de conhecimento

(«para o efeito de condenação»)[16] com uma permissão condicionada pela formação do consenso entre todos os sujeitos processuais, seguida de prazo para contraditório pela defesa (artigo 359.º, n.º 3 e 4, CPP). Se assim não for, os novos factos autonomizáveis são participados ao MP que sobre eles abrirá novo inquérito e, se isso não se verificar, isto é, se os factos não forem autonomizáveis, apenas poderão ser tidos em conta para efeito de determinação da pena concreta pelo tribunal de julgamento[17].

Em síntese, o modelo adoptado pelo CPP em 1987 (e reforçado em 2007)[18] que visa assegurar a identidade do objecto do processo pela vinculação temática do tribunal é *um modelo tendencialmente rígido na fase de julgamento*: consente um mínimo de variações no objecto do processo, não prevê a reformulação da acusação e, quando permite alterações, sujeita-as a condições significativas, proibindo-as nos restantes casos.

O regime descrito visa promover o princípio da acusação, exigindo que esta seja o mais completa possível e limitando as variações factuais subsequentes. O que implica um inquérito mais intenso, profundo e completo, sob pena de os factos não investigados correrem o risco de ficar definitivamente preteridos.

III. A alteração de factos com relevo para a decisão da causa

O conceito de «alteração substancial de factos» é fundamental para delimitar as variações admissíveis ou inadmissíveis do objecto do processo, mas só parcialmente surge concretizado no artigo 1.º, alínea f), do CPP. Este preceito diz-nos quando é que uma alteração de factos se pode qualificar como substancial, mas não nos diz quando é que se verifica uma alteração de factos[19]. O regime legal da matéria na instrução (artigo 303.º CPP) e no julgamento (artigo 358.º e 359.º CPP) pressupõe a ocorrência processual de uma alteração de factos, que depois se discute se é ou não substancial, mas não esclarece os contornos da alteração que condiciona e motiva a selecção do regime legal. Assim, o conceito de «alteração de factos» e o problema de saber quando tal ocorre são partes essenciais do regime da vinculação temática da decisão instrutória e da decisão final do caso no Tribunal de Julgamento.

[16] O que não impede o uso de tais elementos para determinar e graduar concretamente a pena. Contra este entendimento, no entanto, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 938.

[17] O que suscita a questão de saber quando é que tais factos serão autonomizáveis, um dos problemas essenciais do regime depois da revisão de 2007 (neste sentido, José Manuel da Cruz Bucho, «Alteração substancial dos factos em processo penal», texto dactilografado, 2009, p. 13 e ss, disponível na página do Tribunal da Relação de Guimarães). Em nossa opinião, para os factos serem autonomizáveis devem possuir duas características: (i) realizarem por si (indiciariamente) um tipo de crime e (ii) a sua separação do processo em curso (para iniciar um outro processo) não inutilizar o objecto do processo em que foram identificados. A inutilização acontecerá sempre que o primeiro processo não possa prosseguir sem os factos a destacar ou quando a sua autonomização colidir com a proibição de litispendência ou proibição de repetição de julgados.

[18] O alcance da reforma de 2007 neste domínio encontra-se bem documentada em Paulo de Sousa Mendes, *Lições* (cit. nt. 4), 2013, p. 155-161. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o tema encontra-se recenseada em Maria João Antunes, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 10), 2021, p. 209-210.

[19] Neste sentido, precocemente, Frederico Isasca, *Alteração substancial de factos* (cit. nt. 12), 1992, p. 59 e ss.

1. A qualificação de uma alteração de factos como substancial só ocorre quando se identifica uma possível quebra da identidade do objecto do processo, traduzida numa alteração de factos[20]. Por isso, sempre que a lei recorre a tal conceito é fundamental analisar o problema em dois momentos distintos: primeiro, identificar se existe ou não uma alteração de factos e, em segundo lugar, ponderar se essa alteração de factos é substancial, de acordo com os dois critérios legais do artigo 1º, alínea f) (*qualitativo*, crime diverso, e *quantitativo*, pena máxima mais elevada). A primeira etapa (verificar se existe alteração de factos) permite colocar o problema no domínio do regime da variação do objecto do processo, enquanto a segunda etapa (classificação da alteração como substancial ou não substancial) permite selecionar o regime aplicável ao caso.

É seguro afirmar, desde Eduardo Correia, que aquilo que se exige não é uma identidade literal, nem uma identidade total entre o acusado e o decidido[21]. Uma tal equiparação acabaria por revelar tanto uma supremacia da acusação como uma desvalorização do julgamento - um e outro resultado incompatíveis com a estrutura acusatória e com os poderes complementares de investigação do Tribunal no nosso sistema penal. Tanto mais que o regime legal da acusação prevê que a narração dos factos possa ser apresentada (na acusação) de forma sintética (artigo 283.º, n.º, 3, alínea b), do CPP), o que contrasta com a especificação factual exigida na decisão do Tribunal de julgamento (artigos 368.º, n.º 2, e 374.º, n.º 2, do CPP). Um sistema desta natureza comporta, por isso, a admissibilidade de variações factuais no julgamento que correspondam à dinâmica própria desta fase processual e à diferença de conteúdo funcional entre as duas decisões em causa (acusação, decisão).

Significa isto que, pela natureza e conteúdo das decisões processuais em causa, a discrepância factual entre o conteúdo da acusação e o resultado do julgamento é relativamente fácil de acontecer. A identidade a ser exigida nunca pode, por isso, ser literal, mas sim essencial. Por isso mesmo, a jurisprudência nacional já considerou não existir sequer alteração de factos quando a sentença se limita a especificar pormenores do facto ilícito imputado na acusação[22]. O que em algumas situações é profundamente duvidoso, como veremos mais adiante.

[20] Em pormenor, Frederico Isasca, *Alteração substancial de factos* (cit. nt. 12), 1992, p. 59 e ss.

[21] Eduardo Correia, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 12 e ss. Neste sentido, também, Damião da Cunha, «Ne bis in idem e exercício da acção penal» (cit. nt. 15), 2009, p. 573: «saber quais são os «mesmos factos» - a identidade de facto – enquanto problema jurídico, não implica uma identidade «euclidiana» entre acusação e conteúdo da decisão.»

[22] Interessante o caso tratado no Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Março de 2016 (Elsa Paixão) (disponível em *www.dgsi.pt*) em que a acusação imputou ao arguido um crime de exploração ilícita de jogo, remetendo aspectos técnicos da forma de funcionamento das máquinas de jogo para uma perícia junta aos actos; no final do julgamento, a sentença condenatória acolheu no seu texto esses pormenores periciais, descrevendo-os e especificando-os. Em resposta ao recurso interposto pelo arguido, a Relação do Porto considerou que essa especificação feita na sentença (de elementos descritos na perícia) não era sequer uma alteração de factos, apesar de considerar pouco adequado (mas não ilegal) o reenvio que a acusação havia feito para a factualidade técnica contida na perícia. Sobre os limites dos reparos ou observações factuais que se podem fazer na decisão de recurso, que sejam mais do que simples melhorias de redacção do texto da decisão e se traduzam na criação de nova factualidade, com a correspondente necessidade de a subter ao contraditório da defesa, interessante também o Ac. do STJ, de 9 de Maio de 2019 (Gabriel Catarino) (disponível em *www.dgsi.pt*).

2. A questão fundamental que se coloca é a de saber quando é que existe «alteração de factos». Sendo a audiência de julgamento marcada pela dinâmica de produção de prova exigida pelo princípio da imediação (artigo 355.º do CPP) e com um contraditório pleno e subjectivamente amplo (artigo 327.º do CPP), ao contrário do que acontece no inquérito, é natural que surjam factos referidos em julgamento que não tinham referência precisa anterior.

A questão foi respondida por Frederico Isasca de forma simples e clara: «estaremos sempre perante uma alteração de factos quando se subtraiam ou aduzam aos factos conhecidos – independentemente do momento processual em que tal modificação se opere - algum ou alguns factos, ou outros factos, quer estes se relacionem com o tempo do cometimento, como o lugar, com o evento, com o nexo de causalidade, com o agente, com elementos subjectivos da imputação, etc.»[23].

O problema, não pode, contudo, ser reduzido a uma operação de aditamento ou eliminação de factos, pois a correspondência entre o acusado e o decidido não tem de ser aritmética e formal, mas sim substancial. Isto é, relevante para tutelar os valores essenciais do sistema. O que importa, por isso, é saber se a modificação que ocorre é relevante, no plano do seu objecto e dos seus efeitos: quer por dizer respeito aos factos probandos que constituem a matéria da proibição (do facto típico imputado ao arguido), quer por a modificação não poder ser livremente conhecida sem pôr em causa valores essenciais do sistema penal, designadamente a plenitude da defesa do arguido.

Para saber o que é ou não matéria do objecto do processo e da vinculação temática é importante começar por distinguir a alteração dos factos probandos que se imputam ao arguido das vicissitudes dos meios de prova e factos probatórios que sustentam essa imputação. Os primeiros (factos probandos) pertencem ao domínio do objecto do processo, mas os segundos (factos probatórios e meios de prova) constituem matéria da prova[24]. E, por isso, não geram necessariamente um problema de vinculação temática, mas antes um problema de admissibilidade do meio de prova, de validade do mesmo, de contraditório quanto ao seu conteúdo ou de fundamentação do juízo de prova.

Os regimes legais de uma e outra matéria são distintos e não devem ser confundidos sujeitando-os todos ao disposto no artigo 359.º do CPP. Em suma, variações factuais nos meios de prova só se tornam relevantes no domínio da vinculação temática quanto a factos probandos (directa ou indirectamente relacionados com a matéria da proibição) e não relativamente a factos probatórios ou aos meios de prova[25].

Assim, cabe perguntar: no âmbito do objecto do processo como é que se podem identificar as situações que motivam a aplicabilidade do regime da alteração substancial e não substancial de factos?

---

[23] Frederico Isasca, *Alteração substancial de factos* (cit. nt. 12), 1992, p. 99.

[24] Em A. Castanheira Neves, *Sumários* (cit. nt. 2), p. 209, encontra-se igualmente a distinção entre «factos constitutivos ou incriminadores» e «factos simplesmente probatórios ou instrumentais».

[25] Em sentido aparentemente diverso, José Damião da Cunha, «Ne bis in idem e exercício da acção penal» (cit. nt. 15), 2009, p. 566 a 569, associando os factos e as provas de forma densificar o princípio da acusação e a evitar que o arguido se tenha de sujeitar a uma dupla defesa. Crítico desta linha de entendimento, que pode estender o regime de variação do objecto do processo aos meios de prova que o documentam, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 45.

O denominador comum a estes dois conceitos resulta dos artigos 358.º e 359.º do CPP e corresponde a variações factuais ocorridas no julgamento que exigem no mínimo o respeito pelo princípio do contraditório (direito à informação, possibilidade de pronúncia, direito de impugnação) pois essa é a parte comum aos dois regimes legais citados. A variação que motiva o contraditório pode ser identificada à luz da função deste princípio: permitir que os sujeitos processuais conheçam e se pronunciem sobre aspectos relevantes do caso, pois o que se pretende vir a conhecer na decisão é diverso do que se tinha avançado na acusação.

Neste sentido, existirá uma «alteração de factos» quando a variação no conteúdo factual do processo exigir o contraditório quanto aos novos factos, o que pode acontecer em três situações: (i) são acrescentados factos que não estavam na acusação e, por isso, a defesa não se poderia ter pronunciado sobre eles (*omissão de contraditório*); (ii) são modificados factos que vinham da acusação e, por isso, a defesa pronunciou-se sobre uma versão diferente de tais factos (*inutilização do contraditório*), sendo necessário que conheça e se possa pronunciar sobre a nova versão dos factos; (iii) são eliminados factos que vinham da acusação que, por terem sido conhecidos pela defesa, geraram ou poderiam gerar uma pronúncia sobre essa realidade e, por isso, uma legítima expectativa sobre o uso dos mesmos na decisão (*expectativa de contraditório*). Ou seja, trata-se em todas as situações de «factos diversos» daqueles que eram conhecidos até aí, para usar a expressiva linguagem do artigo 379.º, n.º 1, alínea b), do CPP.

A correcção de erros ou simples lapsos da acusação ou da pronúncia pode estar em princípio fora do âmbito da alteração de factos se – e apenas se – forem, cumulativamente, inócuos no plano da imputação a realizar, neutros quanto ao facto inicial referido e não tiverem relevância para a defesa[26]. Contudo, sempre que o arguido se tenha pronunciado sobre factos que, por estarem errados, são corrigidos em decisão judicial posterior será necessário garantir o contraditório em relação à nova versão

[26] A jurisprudência nacional permite documentar, em períodos diferentes mas com alguma permanência, vários casos de alguma (discutível) permissividade em relação a este tipo de correções, como seja a «especificação do concreto modo de execução do crime» (decorrente de prova documental junto aos autos, mas não assumida na acusação), a «pormenorização de factos mais genéricos» da acusação, o acrescento de «meras circunstâncias explicativas», o aditamento de «meros factos concretizadores», a referência à «quantidade efectiva de droga que o agente tinha consigo» (sem alteração da realização do tipo), a «simplificação» na exposição dos factos ou mesmo a alteração da data, hora ou local do facto, como uma diferença de alguns metros na identificação do local onde a vítima morreu. Como resulta do texto, em nossa opinião não se pode sem mais entender que uma concretização, especificação ou correcção da factualidade descrita na acusação não corresponda a uma alteração de factos. Fundamental neste domínio foi o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 674/99, de 15 de Dezembro (Luís Nunes de Almeida), que assumiu uma posição crítica quanto à admissibilidade destas alterações de pormenor (com remissão para meios de prova sem documentar os pormenores factuais na acusação) sem respeito pelo contraditório. Vários elementos com interesse a este propósito encontram-se em Ivo Miguel Barroso, *Estudos sobre o objecto do processo,* Lisboa: Vislis, 2003, p. 19-28, e, depois, *Objecto do Processo Penal,* Lisboa: AAFDL, 2013, p. 42 e ss. Um elenco muito interessante de variação de circunstâncias que na perspectiva judicial não constituem «alteração de factos» (não criando por isso deveres de comunicação para o Tribunal) encontra-se em Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 930-931.

dos factos, caso a correcção ponha em causa a defesa anteriormente exercida. Diversamente, se a defesa percebeu o lapso e o teve em conta na sua intervenção processual torna-se desnecessário o contraditório. O facto de o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição determinar que o processo penal assegura «todas as garantias de defesa» constitui um apoio hermenêutico decisivo para resolver os casos duvidosos: sempre que existam dúvidas sobre se a correcção, especificação ou concretização realizada é ou não uma «alteração de factos», o respeito pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição exige que se garanta o contraditório quanto à mesma.

Em suma, estas variações factuais constituem «alteração de factos», que depois se poderá qualificar como substancial ou não substancial, em função das suas consequências jurídicas traçadas na alínea f) do artigo 1.º do CPP.

3. Para além desta delimitação, podemos traçar alguns limites negativos ao conceito de variação do objecto do processo, isto é, vicissitudes processuais que não constituem alteração de factos e variação do objecto do processo em curso.

a) Tal acontece, desde logo, com os factos completamente novos em relação ao objecto do processo. Os factos completamente novos são todos os acontecimentos estranhos à unidade histórico-social de acontecimentos plasmada na acusação que, por corresponderem a um ou vários tipos incriminadores, são imputados ao arguido no processo. Os factos completamente novos traduzem-se não numa simples variação ou numa diferente representação da realidade que integra o objecto do processo, mas sim numa realidade diferente e autónoma. São, nesse sentido, acontecimentos completamente estranhos à sequência unitária dos factos que já integram o objecto do processo. Não constituem uma modificação do que existe, mas uma realidade nova e distinta que acresce ao que existe[27].

Os factos completamente novos surgem em regra casualmente no processo criminal e a única relação que com ele mantêm consiste em ter alguma eventual ligação com o arguido. Aos factos completamente novos (e estranhos, portanto, ao objecto inicial do processo em que surgem) não se aplica o regime de alteração de factos (artigos 1º, alínea f), 303º e 358º e 359º do CPP), desde logo porque falta o pressuposto essencial que é o de serem «alterados» os factos que integram o objecto do processo. Os factos completamente novos não alteram os factos existentes, acrescentam eventuais imputações aos factos existentes.

Se, não obstante, o JIC ou o Tribunal de julgamento acabarem por conhecer factos novos, violarão o princípio da acusação e a estrutura acusatória do processo. Por estarem em causa estes princípios estruturantes do sistema processual penal português, em relação a factos novos não se pode sequer aplicar o regime do caso julgado de consenso, previsto no artigo 359.º, n.º 2, do CPP. Sendo aberto um novo processo por factos novos a única hipótese que se poderá colocar é a de o último processo a ser julgado conhecer também a factualidade e a pena aplicada no primeiro

[27] Assim, Eduardo Correia, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 144-145 e ss, por referência ao pensamento e ao texto de Beleza dos Santos.

processo, para efeito de cumprimento do regime da pena única (artigos 77.º e 78.º do Código Penal).

Deste enquadramento resulta também, para o problema da identidade do objecto do processo, o critério essencial de aferição destas variações: a identidade do objecto do processo só está verdadeiramente em causa quando os factos são novos em relação à factualidade acusada (ou objecto da pronúncia) mas mantêm alguma relação com essa factualidade, pois caso contrário serão factos completamente novos, isto é, estranhos ao objecto do processo. Tais factos devem, como se referiu, motivar novos processos (se tiverem autonomia) e não a modificação do objecto do processo em que surgem.

b) Não constituem igualmente alteração de factos as situações em que, por falta de prova quanto a uma circunstância favorável ao arguido, o Tribunal deixa de aplicar um tipo privilegiado e passa a aplicar uma norma incriminador com uma pena mais severa. Assim, por exemplo, se o arguido é pronunciado por homicídio a pedido da vítima (artigo 134º do CP) e não se prova a existência de um pedido com as características exigidas na lei penal, o Tribunal deixará de aplicar o tipo incriminador do artigo 134º e passará a aplicar o artigo 133º ou o artigo 131º do Código Penal consoante os casos (tipos incriminadores que prevêem penas abstractas mais graves).

Em situações desta natureza toda a factualidade relevante integra o objecto do processo desde a acusação ou desde a pronúncia, consoante os casos, por isso a ausência de prova sobre um dos factos não altera a identidade do objecto relevante. Casos como este devem ser tratados como alterações da qualificação jurídica, nos termos que adiante se expõem, e não como problemas da identidade factual do objecto do processo.

c) Após algumas divergências na doutrina e na jurisprudência sobre o regime da alteração da qualificação jurídica, a solução foi estabilizada pela própria lei com a criação, em 1998, do regime previsto no n.º 3 do artigo 358.º do CPP[28]. *Brevitatis causa*, o enquadramento jurídico da acusação não vincula o Tribunal de julgamento (o que implicaria uma inadmissível supremacia do Ministério Público sobre o Tribunal), mas a liberdade do Tribunal de julgamento para alterar a qualificação jurídica dos factos exige o respeito pelo contraditório. Portanto, a alteração da qualificação jurídica dos factos pelo Tribunal de julgamento é possível, mas não é completamente livre. A alteração da qualificação jurídica perante os mesmos factos não constitui uma alteração de factos, mas uma modificação da imputação que exige um momento específico de contraditório para ser respeitado o direito de defesa[29].

[28] Informação sobre as linhas de entendimento e clivagens na doutrina sobre o tema antes da reforma de 1998, Ivo Miguel Barroso, *Estudos sobre o objecto do processo penal* (cit. nt. 26), 2003, p. 103 e ss. Mais informação e desenvolvimentos em Maria João Antunes, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 10), 2021, p. 210-212. Fundamental, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 925 e ss. Agora, Henrique Salinas, «A alteração da qualificação jurídica dos factos em Processo Penal», *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: UCE, 2020, p. 956 e ss, e p. 962 e ss.

[29] A alteração da qualificação jurídica não implica necessariamente uma alteração da consciência da ilicitude, pois esta não equivale à consciência (psicológica) do tipo incriminador realizado, mas sim à exigibilidade

Sendo possível a alteração subsequente da qualificação jurídica ela não é, contudo, juridicamente inócua. Tem designadamente relevância para a definição dos pressupostos processuais (*v.g*. para a classificação processual do crime ou para a competência do Tribunal) e para a admissibilidade de meios de prova cuja obtenção tenha sido condicionada por suspeitas de um crime do catálogo. Neste último caso, a alteração da qualificação jurídica pode implicar a inadmissibilidade superveniente de uso de meios de prova que foram obtidos em função de um pressuposto jurídico que deixou de existir.

Mais relevante ainda é o facto de a alteração da qualificação jurídica poder, na verdade, agravar a responsabilidade do arguido em relação à imputação feita na acusação, conduzindo a uma pena mais grave. Pense-se no caso acima referido em que a falta de prova de elementos de um tipo incriminador privilegiado (artigo 133.º do Código Penal) conduz à aplicação do crime na forma simples (artigo 131.º do Código Penal). Para mitigar a erosão do estatuto do arguido, uma parte significativa da doutrina (Damião da Cunha, Germano Marques da Silva e agora Henrique Salinas)[30] defende que, em tal caso, o Tribunal de julgamento não deve poder aplicar pena concreta mais grave do que aquela contemplada na acusação. O que se justificaria ainda pelo facto de, surgindo durante ou no final do julgamento, tal hipótese acabar por limitar o direito de defesa do arguido noutras matérias, como a possibilidade de confissão ou recurso ao tribunal de júri.

As objecções apresentadas são compreensíveis e, em boa parte, fundamentadas, mas a solução proposta não parece aceitável, por várias razões. Desde logo, por constituir um limite à competência decisória do Tribunal de julgamento sem qualquer base legal que a sustente (ao contrário do que acontece com o uso do artigo 16.º, n.º 3, ou com o regime da proibição de *reformatio in pejus* do artigo 409.º), o que não é admissível num sistema processual marcado pelo princípio da legalidade processual (artigo 2.º). Em segundo lugar, por se traduzir numa supremacia da acusação sobre o julgamento, o que acabaria inverter completamente a axiologia e o relacionamento das fases processuais. Finalmente, por atribuir efeitos jurídicos vinculativos a uma pena legal abstracta correspondente à norma de sanção de um tipo incriminador que

normativa da consciência de que se actua contra o Direito. Assim, em diálogo com Germano Marques da Silva, Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal,* III Vol., Lisboa: AAFDL, 1995, p. 90-91, posição retomada em «Dizer e contraditar o Direito: a qualificação jurídica dos factos em processo crime», *Scientia Ivridica,* n.º 277-279, 1999, p. 85 e ss. Sobre o conteúdo da consciência da ilicitude, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I,* 3.ª edição, Coimbra: GestLegal, 2019, p. 638 e ss. Sobre a delimitação entre consciência da ilicitude, decisões por convicção e decisões de consciência, Augusto da Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência,* Coimbra: Almedina, 1986, p. 31 e ss. Elementos sobre o conteúdo exigível para determinar a consciência da ilicitude, e as respectivas divergências doutrinárias na matéria, em Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *A categoria da punibilidade na teoria do crime,* Tomo II, Coimbra: Almedina, 2013, p. 1177-1191.

[30] José Damião da Cunha, *O caso julgado parcial,* Porto: UCE, 2002, p. 437 e ss; Germano Marques da Silva, *Direito Processual Penal,* Vol. I (cit. nt. 7), 2017, p. 370 e ss e p. 386 e ss; Henrique Salinas, «A Alteração da qualificação jurídica dos factos em Processo Penal» (cit. nt. 28), 2020, p. 956 e ss e p. 965 a p. 972, considerando que a alteração da qualificação jurídica deverá em regra ser feita no momento do saneamento do processo e que, a ser feita em momento posterior, não poderá prejudicar o arguido, à luz das garantias constitucionais.

deixará de ser aplicado no processo em causa. Ou seja, a norma de sanção (integrada no tipo incriminador) invocada na acusação (uma simples imputação indiciária) limitaria a competência decisória do Tribunal quando este aplicasse uma norma de sanção mais grave do que aquela. O que não deixa de subverter também o princípio da legalidade das penas, pois a norma de sanção efectivamente aplicada seria limitada por uma norma de sanção invocada numa fase preliminar e abandonada posteriormente na fase de julgamento.

Em suma, sem prejuízo de se reconhecer que será sempre preferível o Tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos antes de iniciar o julgamento, um modelo de processo penal com uma estrutura basicamente acusatória (completada por um princípio da investigação subsidiário) não pode limitar o poder decisório do Tribunal de julgamento em função de enquadramentos jurídicos insuficientes assumidos na acusação. A desvalorização do julgamento, da verdade material e do estatuto do Tribunal que tal solução comportaria não são aceitáveis.

As garantias do arguido em tal situação acabam, em suma, por se reportar à posição que pode sustentar sobre a nova qualificação jurídica, à posição defendida nas alegações finais e à pretensão assumida em sede de recurso.

4. Na lei vigente nem toda a alteração de factos fica sujeita ao mesmo regime. O CPP contempla uma situação especial onde, apesar de se verificar uma alteração não substancial de factos, não se segue o regime do n.º 1 do artigo 358º. Trata-se da hipótese prevista no n.º 2 do preceito: se a alteração (não substancial) resultar de factos alegados pela defesa não se segue o regime especial do contraditório, previsto no artigo 358.º, n.º 1. Este regime compreende-se pelo facto de, nestes casos, o arguido conhecer previamente a factualidade que introduz no processo, sendo por isso desnecessário seguir a tramitação prevista no artigo 358.º, n.º 1 do CPP. Contudo, modificações subsequentes destes factos (ou novas versões dos mesmos) ficarão sujeitas a contraditório.

O que o preceito em causa não contempla é a necessidade de, no caso do artigo 358º, n.º 2 do CPP, se respeitar o contraditório relativamente aos novos factos quanto a outros sujeitos processuais, concretamente quanto ao assistente e ao MP. Em alguns casos a alteração não substancial de factos pode colidir com a pretensão acusatória do MP (ou do assistente), sendo razoável respeitar o contraditório mesmo à margem da letra do n.º 1 e 2 do artigo 358.º. Mas, na falta de uma cominação expressa, tal facto apenas pode constituir para aqueles sujeitos processuais uma irregularidade.

Nos casos descritos altera-se legitimamente o objecto do processo, simplesmente não se segue o regime previsto no artigo 358.º, n.º 1 do CPP. Em duas situações, contudo, o regime será diferente. Por um lado, a solução contemplada no n.º 2 do artigo 358.º do CPP apenas se aplica à alteração não substancial de factos e não aos casos, previstos no artigo 359.º, de alteração substancial de factos. Por outro lado, não existe um regime equivalente ao do artigo 358.º, n.º 2 do CPP para a fase de instrução, já que o artigo 303.º não contempla este caso. A omissão implicará assim que a violação do regime da alteração da qualificação jurídica será na instrução apenas

uma irregularidade, sujeita a arguição do interessado. Parece, no entanto, razoável que o artigo 358.º, n.º 2 do CPP seja analogicamente aplicado, por maioria de razão, na fase de instrução, pois os sujeitos processuais podem inclusivamente aceitar uma alteração substancial de factos nesta fase processual não arguindo a nulidade prevista.

Ao escrever algumas destas linhas, temos clara consciência da natureza controvertida de várias propostas e soluções. Aquelas, no fundo, que mereceriam também e sempre a reflexão serena e profunda de Augusto Silva Dias, com a seriedade e empenho que punha em tudo o que fazia.

Também por isso sentimos muito a tua falta, Augusto.

CONTRAORDENAÇÕES

QUESTÕES EM TORNO DAS SANÇÕES DO DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

Alexandra Vilela[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. Alguns princípios em matéria de coimas no âmbito do RGCO; 1. O princípio da legalidade e o da determinabilidade; 2. Exemplos da desconformidade de algumas normas com os princípios analisados: *a) O artigo 69.º do RJC*; *b) As molduras contra-ordenacionais abstractas para grupos de contra-ordenações;* II. Os critérios de determinação da medida da coima; III. A coima e as suas finalidades; IV. A retirada do benefício económico obtido com a infracção da esfera patrimonial do arguido; Conclusão.

Introdução

Não constitui novidade reafirmarmos que existe mais do que um tipo de contra-ordenações no âmbito do ilícito de mera ordenação social. Com efeito, o decorrer do tempo, e com ele a entrada de Portugal na agora União Europeia, a transposição para o direito interno de diplomas internacionais e, de um modo geral, a crescente complexidade de determinados sectores, trouxeram consigo as contra-ordenações que protegem bens jurídicos com dignidade penal e que possuem um "desvalor ético-social"[1].

Ao lado destes novos ilícitos contra-ordenacionais, permanecem aqueles que deram vida ao Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) e que se deixam reconduzir à simples violação de deveres administrativos e à violação de regras destinadas a ordenar e a promover a ordenação da vida em sociedade[2], mantendo, em parte, o clássico ilícito de mera ordenação social, aquele que seria caracterizado pela sua ilicitude ser destituída de relevância ético-social[3]. Fica, assim, claro que há muito

[*] Doutora em Ciências Jurídico-criminais pela UC / Professora Associada da ULP / Investigadora Integrada do CIDPCC.

[**] O presente artigo corresponde à versão desenvolvida e actualizada da conferência que fizemos no dia 18 de Setembro de 2017, no âmbito do *Colóquio sobre contraordenações – reforma, precisa-se? –*, organizado pelo *Fórum Penal*, no Palácio da Bolsa, Porto, e encontra-se escrito ao abrigo do antigo acordo ortográfico.

[1] Com efeito, assim pensamos, pelo menos desde finais do ano de 2010. Cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de «recorrência» e a de «erosão» do direito penal clássico,* Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 307 e ss.

[2] Como continua a defender, por exemplo, FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 43 e s.

[3] A este propósito, cf. CORREIA, Eduardo, "Direito penal e direito de mera ordenação social", in: *Direito Penal Económico e europeu: textos doutrinários,* I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, (pp. 3-18).

nos distanciámos da doutrina que continua a proclamar a indiferença ético-social de todas as contra-ordenações e a sua maior proximidade ao direito administrativo, e não ao direito penal[4]. Por essa razão, hoje, tal como *ontem*, nos sentimos bem mais próximos da doutrina que se situa nos antípodas desta[5]. Claro fica, outrossim, que continuamos convictos de que o direito de mera ordenação social é um direito sancionatório de grande valia, mas que sofre, tal como o direito penal, de um fenómeno de crescimento desmesurado, de uma contra-ordenacionalização excessiva, enfim.

Como decorrência da forma bipartida de enxergarmos o ilícito de mera ordenação social, advêm necessariamente consequências, quer no regime substantivo, quer no processual. Porém, neste pequeno estudo, concentramo-nos, apenas, em alguns aspectos do seu regime sancionatório, nomeadamente, no da coima, porquanto, se é certo que ela continua a ser a sanção principal deste ilícito, seja ele de que tipo for, também não é menos verdade que a determinação da sua concreta medida, no âmbito do segundo grupo de contra-ordenações, deverá merecer um olhar distinto, olhar esse que, igualmente, há muito vimos defendendo. Propomo-nos, deste jeito, revisitar o RGCO, em matéria referente às coimas, efectuar uma reflexão sobre as suas funções nos ilícitos de mera ordenação social, bem como um olhar crítico aos métodos de indicação de limites abstractos e do cálculo das coimas de alguns regimes sectoriais.

I. Alguns princípios em matéria de coimas no âmbito do RGCO

1. O princípio da legalidade e o da determinabilidade

Como sabemos, o artigo 2.º do RGCO, à semelhança do que faz o Código Penal (CP) português, consagra o princípio da legalidade, segundo o qual só será punido

[4] A propósito da maior aproximação do direito de mera ordenação social ao direito administrativo, e não ao penal, veja-se, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 160 e s.: os "fundamentos em seu tempo apontados por Eb. Schmidt para a autonomização do direito de mera ordenação social e para a sua consideração como direito administrativo, antes que como direito penal, permanecem intocados na sua essência: seja o relacionamento com a natureza do ilícito, seja o relacionado com a natureza da sanção, seja o relacionado com as especificidades processuais". Não obstante esta posição, FIGUEIREDO DIAS, recentemente, vem falar-nos das «grandes contra-ordenações» para passar a admitir, coisa que nós já fazíamos em 2010, a existência de dois grandes grupos de ilícitos contra-ordenacionais, afirmando que, dentro de certa acepção, a posição que defende, ao presente momento, é análoga à nossa, na medida em que importa "dividir a categoria das contraordenações em dois blocos, sobretudo consoante nelas estivesse ou não contida a referência a condutas de nula ou insignificante relevância axiológica ou antes significativamente relevantes". Cf. do autor, "Sobre as grandes contraordenações", in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade,* I, (org: José Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues*,* Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo), Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2017 (pp. 469-487), p. 476. Mais à frente, nessa mesma obra (p. 481), acrescenta que: à "partida nada impõe por natureza ou necessidade que a culpa de uma contra-ordenação seja completamente a mesma entidade que a de um crime".

[5] Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal – Parte Geral*, 3.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora Porto, pp. 138-141, com a ressalva, todavia, de que este autor entende que os bens jurídicos protegidos pelo direito de mera ordenação social não atingem a categoria de bens jurídicos com a dignidade penal. Cf. do mesmo autor e obra, p. 141.

como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática. Ora, daqui decorre que não é apenas a conduta contra-ordenacional que tem de se encontrar prevista na lei, mas também a coima. Na verdade, em matéria de direito sancionatório, seja ele penal, ou contra-ordenacional, não há volta a dar: as sanções não podem deixar de estar definidas na lei, porquanto é imperiosa a necessidade de serem conhecidas pelos seus destinatários. Ora, tal conhecimento apenas se alcança, se os montantes das sanções pecuniárias forem conhecidos ou, pelo menos, facilmente apreensíveis e passíveis de serem determinados em momento anterior ao da prática da infracção. Daí a fixação dos limites mínimo e máximo que formam a moldura penal ou contra-ordenacional abstracta. Razão, ainda, para que o próprio RGCO também fixe, no seu artigo 17.º, um limite mínimo e máximo para as coimas a aplicar aos ilícitos de mera ordenação social[6].

Assim, graças às molduras abstractas das sanções pecuniárias, qualquer um de nós, sabendo que determinado comportamento é sancionado com uma sanção pecuniária que vai de *x* a *y*, pode, conscientemente, avaliar, ponderar, se está disposto, ou não, a sofrer uma sanção compreendida entre aqueles valores. Graças ao arco formado pelos seus limites mínimo e máximo, o cidadão pode prever a escala pecuniária em que a sua sanção se inscreverá sem que tenha de recorrer a grandes cálculos aritméticos.

É claro que bem sabemos que, no âmbito do direito de mera ordenação social, para que se cumpra o princípio da legalidade, não é necessário que a contra-ordenação se encontre prevista em uma lei em sentido estrito, porquanto apenas o regime geral e o processamento das coimas o estão. Com efeito, nos termos da alínea *c)* do número 1 do artigo 165.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), incluem-se na reserva de lei, para além da classificação do ilícito como de mera ordenação social, a "definição do tipo de sanções aplicáveis às contra-ordenações e a fixação dos respectivos limites e das linhas gerais de tramitação processual"[7]. São, em síntese, razões de certeza e de segurança jurídicas que impõem que sejam dados a conhecer, e sem necessidade de se efectuarem grandes operações matemáticas, os limites mínimos e máximos das coimas. Só assim cada um dos diferentes infractores é livre para decidir conscientemente se aceita correr o risco de praticar uma contra-ordenação. Daí, enfim, também a razão de ser do artigo 2.º do RGCO.

Por sua vez, o próprio RGCO, no seu artigo 17.º, pretendeu impor que as contra-ordenações que viessem a ser criadas fossem sancionadas com coimas cujos limites mínimo e máximo ele próprio ali definiu. Assim, o limite mínimo actual fixa-se em

[6] Nesse mesmo sentido, cf. CAEIRO, Pedro, "Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao *Abuso de Posição Dominante*", in: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, (pp. 2429-2471), p. 2445.

[7] Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 33.

3,74 € e o máximo em 3.740,00 € e 44.891,81 €, respectivamente para pessoas singulares e colectivas, valores estes perfeitamente risíveis e que não são revistos desde o ano de 2001, momento em que o Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, procedeu à conversão dos valores em escudos para euros.

Por este motivo, sempre que o legislador pretenda criar contra-ordenações e prever as respectivas coimas que não caibam dentro destes limites, é necessário que se encontre munido de uma lei ou de um decreto-lei autorizado, sob pena de inconstitucionalidade. Desta forma, vai-se fazendo "letra morta" dos valores aqui indicados, o que nos convoca para o sentido desta mesma norma e sobre a pertinência da sua existência. A esse propósito, ocorre-nos pensar na sua imediata revogação – solução que nos levanta dúvidas – ou então pugnar pela sua alteração, no sentido de se tornar uma norma prestimosa, por exemplo, dispondo que é obrigatória a fixação de um limite mínimo e outro máximo para as coimas, sendo esses limites definidos pelos respectivos regimes onde se encontram previstas as contra-ordenações ou, de outro modo ainda, prevendo valores razoáveis e susceptíveis de actualização económica. Aliás, pensamos mesmo que, nesta norma, dever-se-ia ainda prever a obrigatoriedade de os montantes das coimas serem expressos em valores pecuniários facilmente apreensíveis pelo cidadão comum como é, por exemplo, a unidade de conta, solução que, de resto, não é desconhecida do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, no seu artigo 69.º, números 6 e 7.

Em síntese apertada: sempre que não sejam previstos limites mínimo e máximo para assim se alcançar a determinação da medida concreta da coima, há uma irritação normativa entre o RGCO e o diploma que assim prevê as coimas, e o princípio da determinabilidade da coima sai beliscado. Isto a menos que se entenda que tal ausência de previsão deva ser suprida com o artigo 17.º do RGCO, o que nos casos em apreço se revelaria ridículo[8].

2. Exemplos da desconformidade de algumas normas com os princípios analisados

a) O artigo 69.º do RJC

Dentro desta medida, não nos é possível afirmar a conformidade do teor dos números 2, 3 e 4 do artigo 69.º do RJC, ao não fixar o valor mínimo das coimas a aplicar, mas apenas o seu valor máximo. Bem sabemos que subjacente a tal decisão de política legislativa terá estado a possibilidade de o decisor possuir uma margem de escolha ampla que se apresente simultaneamente penalizante, considerando o caso concreto em que a infracção foi praticada e que permita "neutralizar", através do montante da coima, os benefícios económicos colhidos com a infracção. Tão ampla que aparece, pelo menos aos nossos olhos, como indefinida e incapaz de revelar a diferente gravidade da contra-ordenação ***A*** face à contra-ordenação ***B***.

[8] Sobre em que em texto se diz, cf., em igual sentido, CAEIRO, Pedro, "Punível com coima de até 10% de um montante qualquer", cit., pp. 2440-2442.

Note-se, porém, que a exclusiva previsão do montante máximo não só viola o princípio da determinabilidade, como igualmente o da legalidade, na medida em que o valor que tem de ser conhecido do agente (e que, por isso, deve constar da lei) é não apenas o do limite máximo, como também o do mínimo. Como vemos, não é isso que acontece no âmbito do RJC, porquanto deverá ser a própria Autoridade da Concorrência a concretizar a moldura contra-ordenacional abstracta da coima, por meio de "Linhas de Orientação a utilizar na aplicação de coimas, no âmbito do artigo 69.º, n.º 8" da Lei da Concorrência[9]. Não obstante, para justificar tal opção legislativa não pode, sequer, o legislador português invocar a vinculação do Estado Português ao direito da União Europeia, pois, como bem assinala Pedro Caeiro, a matéria referente à sanção dos ilícitos contra a concorrência é da competência dos Estados-membros, conforme o Regulamento 1/2003[10].

Ainda no âmbito do já mencionado artigo 69.º do RJC, é também criticável o modo como se define o limite máximo da coima, na medida em que o legislador prevê uma percentagem não fixa (até 10% ou até 1%), correspondente ao volume de negócios da empresa infractora, realizado no exercício económico imediatamente anterior à decisão condenatória. Com efeito, em momento anterior ao da prática da contra-ordenação, o valor necessário para se apurar o limite máximo da coima certamente não será conhecido pelo agente e, provavelmente, também não é determinável. Ora, em rectas contas, ele só será conhecido depois de praticada a infracção. Portanto, a este propósito, acompanhamos por inteiro Augusto Silva Dias, para quem, dada a ausência de um limite mínimo e dada a forma de cálculo do limite máximo, somos conduzidos "a uma indefinição total da coima aplicável, já que não é possível à partida vislumbrar qual seja, como comporta tantos limites máximos de coima quantas as empresas e as pessoas singulares infractores", assim concluindo que esta solução não cumpre minimamente com os desideratos do princípio da determinabilidade. Na verdade, e tal como acima apontámos, aquele autor conclui que o facto de o limite máximo da coima ser conhecido *a posteriori,* isto é, na fase de determinação da medida da coima, não exclui a insegurança jurídica que daqui advém, implicando igualmente "a realização de operações contabilísticas complexas"[11].

Para além deste problema, ainda com Augusto Silva Dias, o legislador socorre-se de um critério para fixação da coima, o "volume de negócios do exercício imediatamente anterior à decisão condenatória", que "não guarda relação com a prática da infracção",

[9] É o seguinte o teor do número 8 do artigo 69.º: "A Autoridade da Concorrência adota, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação contendo a metodologia a utilizar para aplicação das coimas, de acordo com os critérios definidos na presente lei". A este propósito, consultar o Documento da Autoridade da Concorrência, de 20 de Dezembro de 2012, acessível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Documents/Linhas_de_Orienta%C3%A7%C3%A3o_Coimas_DEZ2012.pdf. Sobre a questão em texto tratada, cf., outrossim, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, LOUREIRO, Flávia, "Determinação da medida da coima – Artigo 69.º", in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, (coord: Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, Gonçalo Anastácio), 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, (pp. 835-841), pp. 836 e ss.

[10] Cf. CAEIRO, Pedro, "Punível com coima de até 10% de um montante qualquer", cit., p. 2437.

[11] Cf. SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 77.

ou que "não mantém uma relação de dependência com os benefícios económicos extraídos da infracção"[12].

Em síntese, seja o valor da coima determinado pelo "volume de negócios do exercício imediatamente anterior à decisão condenatória", seja pelo "volume de negócios do último ano", entendido este último como o ano em que cessou a prática da infracção, conforme se discutiu no âmbito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011, de 12 de Julho[13], em qualquer destes dois casos, o legislador parte do pressuposto de que há uma relação directa entre os resultados do exercício que serve de base ao cálculo da percentagem para a obtenção do limite máximo e a infracção, facto que, se é altamente provável, não é absolutamente certo. Portanto, embora o segundo critério referido, vigente no âmbito do anterior RJC, possuísse uma ligação com a contra-ordenação (o ano em que esta cessou), ainda assim, temos para nós que o legislador aponta um critério de definição de um limite máximo de coima presumindo um facto, no momento em que assim legisla, que não é dele conhecido[14].

Aliás, saliente-se que o legislador é o primeiro a assumir que o valor obtido a partir do volume de negócios anual líquido do exercício económico anterior à data da decisão condenatória pode não ser determinável, porquanto o legislador do Regime Geral das Instituições de Créditos e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (RGICSF), no seu artigo 211.º, número 2, ressalva, na sua parte final, a possibilidade de o montante para elevar a coima poder ser determinável. Prova, enfim, de que o legislador não cumpre, de todo, com o princípio da determinabilidade[15].

b) As molduras contra-ordenacionais abstractas para grupos de contra-ordenações

Um outro problema que no nosso entendimento se levanta é o facto de o legislador prescindir de identificar uma moldura contra-ordenacional abstracta para cada infracção, optando por criar grupos de contra-ordenações e definindo para cada um deles molduras de coimas abstractas, como acontece, por exemplo, nos artigos 210.º e 211.º do

[12] Cf. SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-ordenações*, cit., p. 60. Ver, igualmente, nota 134, nessa mesma p. 60, a propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011, de 12 de Julho.

[13] Nos termos do referido acórdão, decidiu-se não julgar inconstitucional a "dimensão normativa reportada aos artigos 43.º, n.º 1, alínea *a)* e 46.º", ambos da anterior Lei da Concorrência, "no sentido de, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, se dever entender a referência feita a «volume de negócios do último ano» como significando aquele ano em cessou a prática ilícita". O mencionado Acórdão encontra-se publicado no Diário da República 2.ª série, n.º 190, 3 de Outubro de 2011.

[14] Para uma análise crítica e aprofundada sobre todo o artigo 69.º do RJC, cf., de novo, CAEIRO, Pedro, "Punível com coima de até 10% de um montante qualquer", cit., pp. 2443 e ss. Para além dessa crítica, o autor analisa, outrossim, de forma perfeitamente esclarecedora, a desconformidade com a CRP do número 2 do artigo 69.º, quer se entenda o valor dos 10% do volume de negócio como uma cláusula de bloqueio, quer a mesma seja compreendida "como *limite superior da moldura* das coimas aplicáveis aos ilícitos contra-ordenacionais tipificados no art. 68.º, desenhando-se a moldura propriamente dita nesse intervalo". Cf., a mesma obra e o mesmo autor, p. 2442.

[15] Nessa norma encontra-se prevista uma forma de agravamento das coimas.

RGICSF. Ou, ainda, quando o legislador agrupa as contra-ordenações em função da sua gravidade e, atendendo a este parâmetro, cria diferentes molduras de coima abstractas, como é o caso do artigo 388.º do Código de Valores Mobiliários (CVM). Nestes casos, parece que todas as contra-ordenações, dentro de cada grupo, possuem a mesma gravidade, pois as diferenças entre as contra-ordenações esbatem-se ou são mesmo anuladas. Usando tal metodologia, o juízo sobre a gravidade da contra-ordenação praticada só poderá ser efectuado pelo órgão que aplica a coima, já que ele dispõe de um enormíssimo arco entre os limites mínimo e máximo que lhe permite revelar o desvalor daquela infracção. Todavia, não compete ao decisor dar essa indicação. Não. A importância, a gravidade da contra-ordenação e o desvalor que ela merece são pontos que devem ser imediatamente apreendidos através da moldura abstracta de coima que lhe cabe, sendo, em consequência, tarefa do legislador.

Diga-se, por fim, que a técnica usada pelo legislador nesta sede, seja agrupando as contra-ordenações e criando grupos de molduras abstractas de coima, seja prescindindo de limites mínimos, conduz a que não seja imediatamente apreensível a gravidade da contra-ordenação, parecendo que este seu grau é, em abstracto, igual para todas as infracções. Em rectas contas, competirá à autoridade que decide revelar qual é efectivamente o grau de gravidade daquela mesma infracção.

Isto para além de que, ao ser amplíssimo o arco formado entre o valor mínimo e máximo da coima, parece que a escolha da medida concreta da coima não é encontrada por parâmetros definidos pelo legislador, mas sim por quem aprecia a contra-ordenação e, depois, aplica a coima. Não foi este, todavia, o entendimento do Tribunal Constitucional n.º 557/2011, de 16 de Novembro[16].

II. Os critérios de determinação da medida da coima

Preocupado, e bem, com a necessidade de o valor das coimas não ser fixado arbitrariamente, mas desconhecedor da gravidade que as contra-ordenações iriam assumir, o legislador do RGCO, ao criar as molduras de coima, previu um conjunto de critérios que permitiriam determinar a sua medida.

Nesse sentido, o número 1 do artigo 18.º do RGCO dispõe que a determinação da medida da coima se faça em função da gravidade da infracção, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico retirado pela prática da contra-ordenação. E, por sua vez, no número 2, estatui-se que, se não existirem outros modos de eliminar o benefício económico, o limite máximo da coima pode ser elevado até ao montante daquele benefício, com o limite de a elevação não poder exceder um terço do limite máximo legalmente permitido[17].

Da leitura desta norma, parece resultar que não são admitidos outros critérios para efectuar tal operação. Por isso, em uma futura alteração legislativa, seria importante que se esclarecesse se esses critérios são meramente exemplificativos, ou não, e se eles formam um núcleo que deve, em qualquer circunstância, ser seguido aquando da fixação da coima.

[16] Publicado no Diário da República n.º 243/2011, de 21 de Dezembro de 2011.

[17] A este propósito, cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., pp. 359-364.

A questão é importante não só porque nos movemos em matéria sancionatória, mas igualmente porque há muito que existe, no ordenamento jurídico português, um novo tipo de contra-ordenações, aquelas que possuem relevância ética, e em que as sanções passam a assumir funções semelhantes às da pena, devendo, em consequência, ser determinadas através de critérios próximos daqueles que são usados em matéria penal[18]. Daí a importância crucial que se deva dar à culpa, enquanto um dos critérios de fixação da coima. De qualquer modo, não vemos mal algum na previsão de outros critérios fora do artigo 18.º do RGCO, pois, afinal, nem o próprio CP, no seu artigo 71.º, enumera exaustivamente todas as circunstâncias às quais se deve atender para determinar a pena, assim abrindo espaço para outros.

Particular atenção também nos merece um outro parâmetro que consta do número 1 do artigo 18.º e que se prende com o benefício económico que o agente retirou da prática da contra-ordenação. Se concordamos que a coima deve ser mais alta, porque o benefício económico é também mais elevado, como decorre deste número do artigo 18.º, já não defendemos que este deva constituir um novo limite máximo da coima, conforme se prevê no número 2 daquele artigo, porque, quanto mais a determinação em concreto da coima for alheia a tal parâmetro, mais claro fica que estamos no âmbito de um direito sancionatório e que as suas sanções não podem, nem devem, servir fins confiscatórios.

Assim, e mau grado as observações que Augusto Silva Dias nos fez a este propósito, continuamos a entender que o número 2 do artigo 18.º peca por introduzir um alto grau de fluidez na definição do limite máximo da coima, tal como defendemos anteriormente[19].

Acresce que, a nosso juízo, um outro problema poderá surgir quando o benefício económico é integrado no valor da coima, tendo Bohnert chamado a atenção para ele, a propósito da norma alemã semelhante a esta: este autor salienta para o facto de não ser possível ao agente perceber qual o montante imputado pela entidade decisória a título de coima e qual o montante imputado na retirada do lucro[20].

III. A coima e as suas finalidades

A questão dos critérios de determinação da medida da coima faz-nos pensar em uma outra não menos importante e que é a seguinte: será que, no âmbito das contra-ordenações com relevância ético-social, a medida da coima deve cumprir exclusivamente uma função admonitória? Ou será que, devendo ela obedecer a um princípio da culpa, a culpa não terá igualmente de se reflectir na medida da coima?

[18] Já assim em VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social,* cit., pp. 563-565. Cf., ainda, BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 482. Este autor refere-se a uma necessidade de "recompreensão do conteúdo do facto punível contra-ordenacional e das finalidades das sanções contra-ordenacionais". Cf., ainda, CAEIRO, Pedro, "Punível com coima de até 10% de um montante qualquer", cit., p. 2465.

[19] Cf. SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-ordenações*, cit., pp. 75 e s.

[20] Cf. BOHNERT, Joachim, *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 2. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2007, pp. 95 e s., e VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., p. 361 e seguinte.

Como, pois, se afigura possível defender que a coima deve exercer uma função confiscatória ilimitada[21]?

Defendemos outrora[22] que, para as contra-ordenações que protegem bens jurídicos com dignidade penal, o princípio da culpa se deve aproximar daquele que se defende para o ilícito penal, porquanto a complexidade da estrutura dos ilícitos de mera ordenação social desta segunda espécie assim o exige[23]. Ora, daqui resultam necessariamente consequências no âmbito da finalidade da coima. Na verdade, a estarmos perante contra-ordenações que possuem relevância ética, não podemos afirmar que as coimas apenas visam constituir uma advertência puramente social, ou, nas palavras de Eduardo Correia, "uma censura de natureza social (...), num mal com o sentido de mera advertência despido de toda a mácula ético-jurídica"[24]. Em palavras sintéticas e começando pelo início: de alguma forma, o grau de culpa pode, e deve, estar reflectido na medida da coima, pois, a não ser assim, não eram extraídas do princípio da culpa as consequências que dele extraímos em matéria penal, nomeadamente a de ser fundamento e limite da pena.

Mas, mais ainda: se defendemos que a coima – precise-se novamente: apenas neste segundo tipo de contra-ordenações, com relevância ético-social – possui uma função que não se esgota na mera advertência ao cumprimento de um dever[25], então isso há-de pretender significar que ela, e consequentemente a sua medida, reflicta um carácter repressivo[26] ou uma finalidade punitiva.

Claro está que esta forma de concebermos estas diferentes contra-ordenações leva-nos a que nos afastemos de Augusto Silva Dias, na medida em que o autor defende que, no "plano da culpa, a censura tem o sentido de uma admonição ou reprimenda social, de um «...mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas», e o conteúdo ou objecto da censura é o desempenho defeituoso do papel, ou seja, o desvio relativamente ao procedimento-padrão no sector da actividade em causa. A intensidade da reprimenda variará consoante esse desvio seja maior ou menor"[27].

Por conseguinte, acompanhando Taipa de Carvalho, entendemos que a coima desempenha, igualmente, funções de dissuasão geral (prevenção geral negativa) e de

[21] Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações*, cit., p. 483.

[22] Agora acompanhados por FIGUEIREDO DIAS, ressalvando, todavia, as diferenças quanto às respectivas concepções de culpa. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Sobre as grandes contraordenações", cit., pp. 480-483.

[23] Cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., pp. 553-557.

[24] Cf. CORREIA, Eduardo, "Direito penal e direito de mera ordenação social", cit., p. 9.

[25] Interessante sobre esta função da coima é a posição de LOBO MOUTINHO, José, para quem um "carácter meramente «admonitório» ou de «mera advertência da coima» não encontra qualquer correspondência na estrutura ou regime legal da coima, que se refere a um facto cometido no passado, o qual é fundamento e medida da sanção". Cf., do autor, *Direito das Contra-ordenações,* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 37. Cf., ainda e também, SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-ordenações*, cit., p. 65.

[26] Cf. LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contra-ordenações,* cit., p. 37.

[27] Cf. SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-ordenações*, cit., p. 65.

dissuasão individual (prevenção especial negativa). "[T]endo em conta a relevância social dos interesses, valores ou bens jurídicos tutelados pelo direito de ordenação social, há que reconhecer que as sanções contra-ordenacionais desempenham, adicionalmente, a função de promoção ou aprofundamento da consciencialização social da importância comunitária e/ou individual daqueles valores (...) e a função de consciencialização do próprio infractor condenado"[28]. Ou seja, ainda com este autor, as sanções do ilícito de mera ordenação social também desempenham funções de prevenção positiva[29], o que nos encaminha, outrossim, para conceber que elas desempenham uma finalidade próxima daquela que FARIA COSTA imputa ao "seu" neo-retribucionismo: a coima deverá ser assumida e compreendida enquanto pena respeitadora dos princípios da igualdade e da proporcionalidade e, logo uma coima justa, e entendida com uma dimensão de direito fundamental[30]. Daqui decorre como consequência a necessidade de revisão da operação de determinação da coima em concreto, substituindo o sistema actualmente previsto no RGCO por um semelhante ao da pena de multa, em que, primeiro, se fixam os números de dias, onde se levam em conta os critérios gerais de fixação do número de dias, e um segundo onde se determina o quantitativo de cada coima[31].

Este jeito de entendermos as finalidades da coima não é, de resto, algo novo, uma compreensão surgida há pouco tempo, pois que o que ora se defende corresponde, no essencial, ao que escrevemos na nossa dissertação de doutoramento[32].

De tudo o exposto nos pontos anteriores, a propósito do artigo 18.º do RGCO, bem como do artigo 17.º, decorre que a coima, para poder desempenhar cabalmente estas funções que lhe assacámos, não pode nem deve estar dependente do factor "retirada do benefício económico" obtido com a infracção, pois isso significaria que todo o direito de mera ordenação social, ao cabo e ao resto, era destinado exclusivamente a repor a situação económica do agente tal como ela estava em momento anterior ao da prática da contra-ordenação. E, na verdade, a um direito que, em parte, possui ilícitos com relevância ético-social, necessariamente, deve-se exigir muito mais do que esse efeito exclusivamente confiscatório.

Deve exigir-se que o seu aparelho sancionatório cumpra as funções que acima referimos, porque compatíveis com um direito próximo do direito penal, embora não de natureza penal. Por isso, não percebemos como é possível, por um lado, defender a dignidade penal de ilícitos contra-ordenacionais de alguns sectores regulados, bem como a necessidade de rever as finalidades das suas sanções[33] e, por outro, afirmar

[28] Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal Geral*, cit., pp. 142 e s.

[29] Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal Geral*, cit., p. 143. De referir que o autor salienta que, embora as sanções do direito de mera ordenação social desempenhem funções de prevenção especial positiva, tais funções são, neste ramo do direito, de forma menos intensa. Agora, também, BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações*, p. 483.

[30] Todo este entendimento se encontra já no nosso *Direito de Mera Ordenação Social*, cit., pp. 563-565. Cf. FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, cit., p. 374.

[31] Cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., p. 367.

[32] Cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., pp. 563-565.

[33] Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações*, cit., p. 803. Cf., outrossim, a referência feita acima, na nota 11.

que "só a previsão de limites máximos de coima elevados, eventualmente, se necessário, referidos ao volume de negócios do agente, exercerá um efeito preventivo minimamente razoável sobre potenciais prevaricadores deste coturno"[34]. Muito menos percebemos como se pode defender, nesta sede, "a necessidade de incorporação na punição de mecanismos que permitam privar o benefício económico indevido alcançado com a prática da infracção"[35]. Não cremos, enfim, que atendendo aos critérios de determinação da medida da coima que acima defendemos, de onde sobressaem, nomeadamente, a gravidade da infracção e a culpa, exista espaço para que a retirada do lucro possa (ou deva) ser aí integrada.

Contra esta forma de retirada do benefício económico, entendemos pertinente acrescentar o seguinte: é certo que o ordenamento jurídico-legal português se deve encontrar de acordo com o direito da União Europeia e com os demais diplomas internacionais aos quais o ordenamento jurídico português se vinculou. Todavia, urge que tenhamos presente que o direito de mera ordenação social, enquanto direito sancionatório que é, se apresenta – e bem – com um alto pendor garantístico, tendo já ao seu dispor um conjunto de institutos e de categorias dogmáticas que se foram consolidando ao longo de quarenta anos, fazendo dele um direito imprescindível e que, além de tudo o mais, se encontra constitucionalmente legitimado.

Estas considerações surgem a propósito de este direito, assim concebido, apenas existir, na sua forma pura, entre nós e no ordenamento jurídico alemão. O que quer significar que outros ordenamentos jurídicos, que não o alemão e o português, ao não disporem de um tal direito garantístico, sentem-se mais libertos, na hora de definirem os limites da coima para, assim, reflectirem o benefício económico obtido no valor daquela, porquanto não se encontram vinculados às já mencionadas categorias e institutos protectores do agente. O mesmo já não poderá acontecer com um direito sancionatório com garantias constitucionais e um sistema de protecção dos direitos dos arguidos tão sedimentados e consolidados como eles se encontram ao presente momento.

IV. A retirada do benefício económico obtido com a infracção da esfera patrimonial do arguido

É claro que bem sabemos que a maior parte das contra-ordenações visa a obtenção de um qualquer benefício económico, que não pode, nem deve, ficar nas mãos do infractor. Como, pois, retirá-lo das suas mãos? Já vimos que a solução não pode ser a de o englobar na medida da coima.

Pensamos, igualmente, que a retirada do benefício económico também não deve assumir-se como sanção acessória porquanto, da leitura atenta do número 1 do artigo 21.º do RGCO, decorre que as sanções acessórias se encontram sujeitas aos princípios da taxatividade, da proporcionalidade e da não automaticidade[36]. Se é certo que a

[34] Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações*, cit., pp. 483 e s.

[35] Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações*, cit., p. 484.

[36] Sobre cada um destes princípios, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, cit., *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, pp. 96-99.

alteração legislativa do leque das sanções acessórias não colidiria com a sua estrutura dogmática e com as funções que lhe são assacadas, o mesmo já não acontece se abdicarmos, em sede do regime das sanções acessórias, dos dois restantes princípios. Isto porque o respeito pelo princípio da proporcionalidade significa que não poderão ser aplicadas sanções acessórias a uma infracção contra-ordenacional que, embora rentável sob o ponto de vista económico para o agente que a praticou, reveste uma gravidade mínima, sendo igualmente reduzida a culpa do agente. A ser assim, como, pois, aplicar a sanção acessória de retirada do benefício económico se os pressupostos para a aplicação das sanções acessórias se não verificam? Ou será que o simples facto de ela ser rentável transforma-a imediatamente em gravosa e de culpa elevada? Cremos que não.

Também as sanções acessórias não podem ser de aplicação automática, na medida em que, tal como a sua proporcionalidade, também o juízo sobre a necessidade da sua aplicação é feito de acordo com uma discricionariedade vinculada da parte de quem as aplica, levando igualmente em consideração a "gravidade da infracção e da culpa do agente"[37]. Por conseguinte, não conseguimos conceber que um qualquer benefício económico fique nas mãos do agente do ilícito, mesmo que a infracção seja de gravidade quase nula, tal como a culpa do agente. Em rectas contas, sob o ponto de vista dogmático e atendendo ao regime legal das sanções acessórias, pensamos que o benefício económico não pode ser retirado da esfera patrimonial do agente a título de sanção acessória. Nada justifica que o infractor retenha na sua esfera patrimonial o dinheiro com que se locupletou graças ao ilícito de mera ordenação social.

Aliás, a este propósito, refira-se o disposto no número 1, alínea *a)* do artigo 404.º do CVM, onde se prevê que *podem* ser aplicadas, cumulativamente com as coimas, "além das previstas no regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, as seguintes sanções acessórias" (n.º 1): "... incluindo o produto do benefício obtido pelo infrator através da prática da contraordenação". Mais uma vez, o lucro obtido com a infracção não é retirado necessariamente, atendendo ao facto de, na formulação da norma, se usar a expressão verbal *podem.* Face ao que vem de ser dito, continuamos a entender que a retirada do benefício económico deva ser um efeito da condenação, mas nunca automático (temos, de novo, presente que estamos no âmbito de um direito sancionatório que se quer *amigo* das garantias), em termos próximos aos do confisco.

Esta solução – como vimos – liberta a coima para exercer as suas funções e encerra, ainda, a vantagem de se permitir que seja retirado todo aquele benefício da esfera patrimonial do infractor e não apenas parte dele, como pode acontecer, por exemplo, em sede do número 2 do artigo 18.º do RGCO[38]. Esta, a nossa opinião, agora, tal como há já alguns largos anos[39].

[37] Parte do texto do número 1 do artigo 21.º do RGCO.

[38] Veja-se, assim, que, nos termos do artigo 18.º, número 2, se o agente pratica uma infracção punível com uma coima até 600,00 € e lucra 1.000,00 €, a coima subirá até 800,00 €. Ora, tal significa que, em última instância, o agente mantém, na sua esfera patrimonial, depois de paga a coima, um lucro equivalente a 200,00 €.

[39] Cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., pp. 359-367, em especial pp. 363 e s.

Conclusão

Chegou a hora de concluir e, deste modo, encerrar o texto que ora dedicamos ao nosso Homenageado. Antes, porém, seja-nos permitido referir que, como já salientámos no passado, há um outro instituto que se prende igualmente com as sanções do ilícito de mera ordenação social e que deveria igualmente merecer a preocupação do legislador do RGCO. Além de tudo o mais, também ele poderá ter incidência directa na operação de cálculo do montante concreto da coima[40]: referimo-nos ao instituto da reincidência, totalmente ausente do RGCO, o que bem se compreende se atendermos ao momento da sua entrada em vigor, marcado pelo pendor neutro dos seus ilícitos e pela respectiva simplicidade.

Revela-se, pois, premente que se preveja um tal instituto com base em um conjunto de regras definidas, nomeadamente, a identificação das contra-ordenações que devem ser levadas em conta para efeitos de reincidência, qual o prazo que medeia as duas contra-ordenações para que haja reincidência e a punição dos respectivos casos. Desse modo, em sede do RGCO, esclarecia-se a questão dos antecedentes e, ao mesmo tempo, o instituto da reincidência ganhava coerência de forma transversal a todos os "regimes sectoriais".

Concluindo, agora, diremos que, através do presente texto reafirmamos ainda a necessidade de um novo olhar para o RGCO e que passa, sem sombra de dúvidas, pela sua revisão, facto que tantas vezes discutimos com o nosso Homenageado. Revisão, ainda e também, no âmbito das sanções do ilícito de mera ordenação social que há muito esperamos e que, por várias vezes, em diferentes momentos, pedimos[41].

Em homenagem

Este é um Livro de Homenagem a um Grande Penalista Português que foi, é e que será sempre: Augusto Silva Dias. Por isso, deixo em baixo, sob a forma de escrita, o que disse, quando o homenageámos, no *Webinar Recordações Humanas e Científicas de Augusto Silva Dias*, no dia 17 de Outubro de 2020, numa iniciativa em que sentimos o nosso Homenageado presente pela força do seu pensamento ínsito na sua obra.

Acrescento, ainda, que o artigo que publico foi reformulado tendo por base a intervenção que fiz no âmbito do *Colóquio contra-ordenações – reforma, precisa-se? –,* organizado pelo Fórum Penal e que decorreu no dia 18 de Setembro de 2017, no Palácio da Bolsa, no Porto. Este tema era, sei-o bem, caro a Augusto Silva Dias e, embora tivéssemos chegado a falar sobre ele, não o discutimos aprofundadamente. Por isso, recupero-o, ainda e também, em jeito de homenagem.

"Conheci o autor, o penalista, antes de ter conhecido o Homem de Bem e Bom que foi Augusto Silva Dias. Deveríamos estar pelo ano de 2005 ou 2006, quando o

[40] Cf. VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, cit., pp. 540-544.

[41] Nesse sentido, cf. os nossos estudos "A segunda parte do regime geral das contra-ordenações", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto,* v. 4, n.º 4 (2014), (pp. 2-12); "O direito contra-ordenacional: um direito com futuro?", *Anatomia do Crime*, n.º 2, Julho-Dezembro, 2015, (pp. 149-162); "A fase jurisdicional do processo contraordenacional", *Anatomia do Crime*, n.º 5, Janeiro-Junho, (2017), (pp. 129-144), entre outros.

estudei pela primeira vez, através da sua dissertação de doutoramento ainda não publicada (2003) e disponível na Biblioteca Nacional. A sua escrita elegante e fácil, de que só os melhores são capazes, faziam com que as suas ideias ecoassem e ficassem comigo. O modo de ver o problema, de forma rápida e também eficaz, e a(s) solução(ões) apresentada(s) contribuíam para me cativar. Claro que, nesta arte de me(nos) influenciar e de nos moldar, pesou, outrossim, o facto de o seu pensamento se encontrar sempre muito bem estruturado, devidamente fundamentado e melhor ainda explicitado. Por isso, segui-o muitas vezes. Outras não. Um exemplo das vezes em que não o segui foi precisamente quanto à sua concepção sobre o Direito Penal Secundário. Não obstante, o seu pensamento foi determinante para que eu dirigisse um olhar diferente e renovado para o Direito Penal e para o Direito de Mera Ordenação Social.

Conheci apenas o Homem de Bem e Bom, o Mestre para os seus discípulos, um Colega Amigo para mim, no início do ano lectivo de 2013/14, quando, depois de lhe ter deixado como oferta a minha dissertação de doutoramento, na Faculdade de Direito de Lisboa, me telefonou, um dia da parte da tarde. Pensei que era para me agradecer o livro que, de resto – vim, depois, a saber por uma voz amiga –, já havia lido e estudado, mesmo antes da minha humilde oferta. Enganei-me. Telefonava para me convidar, em nome da Direção do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, a integrá-lo, como investigadora, e a estudar, no seu Grupo, os problemas do *Direito Penal Económico e Financeiro – novos contributos da teoria da sociedade para a modelação da reacção penal*. Foi aí que percebi e senti a sua inteireza de carácter: ouvia os seus discípulos com a atenção de quem ouve o Mestre; discutia o Direito Penal com os seus Colegas com a humildade de quem aprende sempre; integrava e envolvia os "mais novos" em todas as iniciativas académico-científicas que julgava ser-lhes proveitosas. Fazia-o sempre de forma abnegada, por neles acreditar, bem como nos seus contributos para o evento em questão. E isso é próprio dos Grandes!

Estou-lhe grata, ainda, porque contribuiu para que me fossem abertas as portas do Centro. Desde esse dia, passei a trabalhar com ele de forma mais consistente. Discutíamos o Direito Penal, mas sobretudo o Direito de Mera Ordenação Social. Tinha sempre uma visão que me fascinava e me cativava, embora eu fosse sempre contra-argumentando, enquanto ele ouvia atento, tal como eu atenta o escutava. Por vezes, trocávamos alguns *e-mails* sobre questões do Direito Penal ou do Direito de Mera Ordenação Social. Antevendo estes novos tempos de plataformas informáticas, ensaiámos, juntamente com outros Colegas e Amigos, reuniões à distância, através do Skype. Não se deixava ultrapassar, nem mesmo pela tecnologia, e foi sempre assim até ao dia em que não houve mais um outro amanhã. Por isso, se aqui estou, não é por obrigação ou por devoção, mas sim para homenagear um dos maiores pensadores que já conheci, um penalista de mão-cheia, insaciável no estudo. É, enfim, para homenagear um Homem de Bem e Bom que, além da sua obra, nos deixou para sempre, em jeito de quem nos consola pela sua perda, o seu sorriso franco e aberto, apenas próprio daqueles que estão mais além".

AS CONTRA-ORDENAÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: BREVE ANÁLISE CRÍTICA DAS TENDÊNCIAS EVOLUTIVAS E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Paulo de Sá e Cunha / Margarida Rodrigues Caldeira[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. Ponto de partida: o estado da arte do direito contra-ordenacional; II. A concretização do conceito de autoria: conceito de empresa e a *presunção de influência determinante*; III. A determinação da sanção aplicável: entre o *tempus delicti* e a decisão final condenatória; IV. A Directiva ECN+; Conclusões.

Introdução

Desde o seu surgimento, nos idos de 1979[1], o direito de mera ordenação social evoluiu de forma acelerada e galopante, tendo-se assistido a uma desenfreada proliferação legislativa na matéria, encontrando-se hoje as contra-ordenações por toda a parte da vida em sociedade.

Tal evolução não foi, contudo, devidamente ponderada e planeada, conduzindo à vigência de inúmeros regimes jurídicos sectoriais, com normas e racionalidades próprias, as quais, por vezes, colidem com os mais basilares princípios constitucionais que, pese embora tenham sido originalmente concebidos para o direito penal[2], não podem senão ter também aplicação no domínio do ilícito de mera ordenação social.

Exemplo paradigmático disso mesmo é – a nosso ver – o direito da concorrência que, nos últimos vinte anos, ganhou uma posição de destaque no panorama contra-ordenacional, perdendo a sua passada residualidade. Com efeito, impulsionado pelo direito da concorrência da União Europeia, robusteceu-se nas prerrogativas

[*] Advogados da Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

[**] Por opção dos autores, o presente artigo encontra-se redigido segundo a norma anterior ao último acordo ortográfico.

[1] Com a publicação do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, o qual, contudo, suscitou problemas vários de aplicação prática e dúvidas sobre a sua constitucionalidade, que motivaram a publicação do Decreto-Lei n.º 441-A/79, de 1 de Outubro, que revoga o art.º 1.º, n.os 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, assim lhe retirando a tipificação de qualquer contra-ordenação e, por conseguinte, a utilidade prática. Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, manteve-se, portanto, a coexistência entre contravenções, transgressões e crimes.

[2] Expressão a que adiante nos referiremos pretendendo abranger as suas vertentes substantiva e processual.

de investigação, tornando-se cada vez mais severo na perspectiva das sanções aplicáveis.

Pese embora a actual Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência (NRJC), seja fértil nas questões que coloca, propomo-nos aqui analisar, de forma breve, aquelas que respeitam ao conceito de autoria constante de tal regime – em especial, o conceito de empresa e a antecipável transposição, para a nossa prática jurídica, da doutrina da *presunção de influência determinante* – e, bem assim, as atinentes à determinação da moldura abstracta das coimas aplicáveis no sector da concorrência – em especial, no que respeita à escolha do momento temporal relevante para efeitos de tal determinação.

Por fim, em capítulo autónomo, analisaremos, de forma sucinta, a Proposta de Anteprojecto apresentada pela Autoridade da Concorrência (AdC) para a transposição da Directiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2018 (Directiva ECN+).

I. Ponto de partida: o estado da arte do direito contra-ordenacional.

Em primeiro lugar, não poderá deixar de se lançar, ao nosso actual panorama contra-ordenacional, um olhar crítico.

Ainda que se reconheça que o direito de mera ordenação social surge com o intuito de criar um "*ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal*", o qual permitiria "*libertar este ramo de direito das infracções que prestam homenagem a dogmatismos morais ultrapassados e desajustados no quadro de sociedades democráticas e plurais, bem como do número inflacionário e incontrolável das infracções destinadas a assegurar a eficácia dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência se não reveste da ressonância moral característica do direito penal. E que permita, outrossim, reservar a intervenção do direito penal para a tutela dos valores ético-sociais fundamentais e salvaguardar a sua plena disponibilidade para retribuir e prevenir com eficácia a onda crescente de criminalidade, nomeadamente da criminalidade violenta*"[3], o que é certo é que, nos dias de hoje, a segregação entre os factos que devem merecer censura contra-ordenacional e os factos que devem merecer censura penal não é tarefa fácil.

Com efeito, a diferenciação de cada um dos ilícitos num plano ético-jurídico já não permite, por si só, a distinção entre os referidos ramos do direito. Na verdade, a evolução do Estado como ente regulador de actividades económicas veio de assumir um relevantíssimo impacto na evolução do direito de mera ordenação social, ao qual hoje não cabe apenas a punição de factos destituídos de ressonância ética, mas, em bom rigor, também de factos que poderiam – ainda que só em tese – integrar o elenco dos factos penalmente relevantes. Diluiu-se, assim, a clareza da distinção entre o direito de mera ordenação social e o direito penal, ramos do direito que se foram aproximando. Tal constatação é ainda reforçada pela circunstância de se atribuírem às autoridades administrativas que hoje conhecemos vastíssimos poderes de regulação,

[3] Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho.

de supervisão e sancionatórios, que se aproximam e se confundem com os poderes punitivos do Estado, os quais, na sua génese, se encontravam apenas ao dispor do direito criminal.

Em face da descrita evolução do direito contra-ordenacional, parte da doutrina tem vindo a defender – a nosso ver, com a maior das acuidades – que se deverá operar uma divisão interna em tal ramo do direito, diferenciando-se as regras aplicáveis a cada uma das subdivisões[4].

Na verdade, tal divisão já resulta, de certo modo, dos factos a que se referem as diversas categorias dos ilícitos contra-ordenacionais. Com efeito, é mais ou menos fácil encontrar grandes diferenças, por exemplo, entre os ilícitos típicos do direito da concorrência e os ilícitos típicos do direito estradal.

Propõe-se, assim, uma divisão entre as *grandes contra-ordenações* e as – chamemos-lhe assim – bagatelas contra-ordenacionais, sendo, umas e outras, merecedoras de diferentes graus de garantias. Aquelas primeiras mais próximas das garantias típicas do direito penal, estas segundas de dimensão comparativamente menos garantística e mais automatista – mais próxima da concepção original do direito contra-ordenacional, como ramo do direito reservado ao sancionamento de factos que não se revestem de ressonância ética.

A doutrina tem vindo a divergir, contudo, quanto ao critério que permita, de forma adequada e proporcional, operar tal distinção.

No que respeita aos ilícitos previstos no NRJC, estamos em crer que não poderão senão tratar-se de grandes contra-ordenações, às quais é imperioso aplicar as garantias típicas do direito penal. Na verdade, não raras vezes, as sanções abstractamente aplicáveis pela prática de tais ilícitos contra-ordenacionais superam – em montante e gravidade – as sanções aplicáveis aos ilícitos penais[5]. Sendo também de relevar que os bens jurídicos que se visa salvaguardar através dos ilícitos típicos previstos em tal regime encontram respaldo na Constituição económica.

Para além disso, o NRJC atribui à AdC uma vasta panóplia de poderes de investigação (cf. arts. 18.º e ss. do NRJC), incluindo buscas e apreensões e, bem assim, o poder de compelir à colaboração com a AdC, sob pena de responsabilização contra-ordenacional (cf. art.º 68.º, n.º 1, al. j) do NRJC)[6]. Também no plano das sanções,

---

[4] Neste sentido, *vide*, BRANDÃO, Nuno, "Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades", *Scientia Iuridica* (2017, Tomo LXVI, N.º 344), (pp. 277-288); COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, "As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-Ordenações na Organização do Direito Penal Secundário", *Themis* (2002, Ano III, N.º 5), (pp. 87-100); VILELA, Alexandra, *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico,* Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

[5] Neste tocante, atentas as regras constantes do Código Penal e o limite máximo abstracto da pena de prisão, é de notar que a pena de multa aplicável às pessoas colectivas nunca excederia, no pior dos cenários, os € 30.000.000,00, sendo que, por contraposição, as coimas aplicáveis no direito contra-ordenacional poderão exceder, em larga escala, tal montante.

[6] Dever de colaboração que tem vindo a ser alvo de variadas críticas, em especial na perspectiva da sua compatibilização com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Para mais desenvolvimentos, *vide*, SOUSA MENDES, Paulo de, "O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência", *Julgar* (2009, N.º 9), (pp. 11-28); SILVA DIAS, Augusto e COSTA RAMOS, Vânia, *O direito à não auto-inculpação* (nemo tenetur se ipsum accusare) *no processo*

é de salientar que a AdC pode aplicar verdadeiras sanções acessórias[7], as quais muito se assemelham às penas acessórias previstas no Código Penal.

Em presença de todas as características atribuídas ao direito contra-ordenacional da concorrência, não pode senão concluir-se que tal ramo do direito muito se aproxima do direito penal, devendo ser conferidas aos arguidos as mais amplas garantias de defesa, interpretando-se o princípio consagrado no art.º 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa (CRP) na sua mais lata extensão[8/9].

Conclui-se, portanto, que ao processo contra-ordenacional instaurado por violação dos normativos do direito da concorrência se devem aplicar os princípios do direito penal, visando a salvaguarda das garantias de defesa do arguido[10] e, bem assim, o estrito controlo dos poderes sancionatórios da AdC.

II. A concretização do conceito de autoria: conceito de empresa e a *presunção de influência determinante*.

Atento o que antecede, é tempo de analisar – de forma breve – algumas questões relativas ao tema da autoria nas contra-ordenações do direito da concorrência. Em especial: o conceito de empresa para efeitos de direito da concorrência e, a par, a *presunção de influência determinante* que ali vem ganhando força.

Ora, o conceito de empresa, que tendo vindo a ser densificado ao longo dos anos pela jurisprudência da União Europeia[11], encontra-se vertido no art.º 3.º, n.º 1 do NRJC, referindo-se a uma realidade muito abrangente e distinguindo-se, por exemplo, do conceito de sociedade comercial – ente jurídico que é tipicamente o autor dos factos e, por inerência, o sujeito dos processos de natureza contra-ordenacional.

Tal conceito – que se refere a "*(...) qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*" – admite que várias pessoas colectivas distintas possam ser consideradas, para efeitos do direito da concorrência, uma só empresa. Empresa que, por seu turno, é tida como agente da

penal e contra-ordenacional português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 68 e ss..

[7] Como são a publicação, a expensas da visada, da decisão condenatória, a "*[p]rivação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante*" (cf. art.º 71.º do NRJC).

[8] Neste sentido, *vide*, SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 63 e ss. e BRANDÃO, Nuno, "Sistema Contra-ordenacional a diferentes velocidades", cit., pp. 281 e 282.

[9] Também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem vindo reforçar esta ideia de aproximação entre ramos do direito. Neste sentido, *vide*, por exemplo, o Acórdão do TEDH de 8 de Junho de 1976, Engel e Outros contra Holanda, disponível na base de dados de jurisprudência em http://hudoc.echr.coe.int/.

[10] Que, com a entrada em vigor do NRJC, passou a denominar-se "*visado*".

[11] *Vide*, por exemplo, Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991, Klaus Höfner and Fritz Elser contra Macrotron GmbH, Processo C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, n.º 21.

prática do facto, o que representa, é bom de ver, uma extensão do conceito de autoria que vai muito além do conceito extensivo de autoria comummente aceite no direito das contra-ordenações.

A nossa tradição jurídica ensina-nos, contudo, que não tem qualquer cabimento defender tal conceito de autoria, pois que o mesmo colide frontalmente com os princípios da responsabilidade pessoal, que assentam na ideia de que a responsabilidade deve ser aferida, de forma autónoma e independente, por referência a uma concreta pessoa, natural ou jurídica. Assim, também no direito da concorrência, acaso se pretendessem responsabilizar várias pessoas jurídicas, sempre se teria que ter por verificados, relativamente a cada uma delas, todos os pressupostos essenciais da punição. Não se vislumbrando como se poderá admitir que, ficcionando-se uma determinada realidade composta por diversas e autónomas pessoas jurídicas, o preenchimento dos elementos de que depende a responsabilização contra-ordenacional apenas se exija relativamente a tal realidade, que, como já referimos, é ficcionada e sustentada em conceitos económicos desprovidos de juridicidade.

Sem prejuízo do que vem de se sustentar, o que é certo é que o conceito de empresa foi admitido – de forma quase acrítica e tal como tem vindo a ser densificado no direito da concorrência da União Europeia – no nosso ordenamento jurídico, criando-se assim um pernicioso precedente.

A par das críticas tecíveis ao conceito de empresa enquanto sustento da autoria, é ainda de notar que tem vindo a desenvolver-se e a sedimentar-se, no direito da concorrência – primeiro com a jurisprudência da União Europeia e, mais recentemente, com as decisões da AdC[12] – a doutrina da responsabilização da sociedade-mãe pelas práticas restritivas da concorrência levadas a cabo pela sociedade-filha.

Tal doutrina assenta, no essencial, na construção de uma *presunção de influência determinante*, que consiste em presumir a responsabilidade contra-ordenacional da sociedade-mãe nos casos em que esta detém a maioria do capital social da sociedade-filha – porquanto se entende que, atenta a relação societária, a sociedade-filha não determina a sua conduta no mercado de forma autónoma.

Fazendo-se operar tal presunção, inverte-se o ónus da prova, passando a caber à sociedade-mãe o encargo de provar que, sem prejuízo das relações societárias existentes entre ambas, a sociedade-filha determinou, de forma autónoma, a sua conduta no mercado – o que acabará por redundar, as mais das vezes, na prova de um facto negativo.

Ora, se um direito contra-ordenacional que se aproxima, como vimos, do direito penal, é avesso ao recurso a presunções *favor societate* – características do abolido processo penal de tipo inquisitório, marcadamente repressivo e historicamente associado a regimes totalitaristas – mais avesso será quando se constata, da análise da jurisprudência

[12] No que respeita à jurisprudência nacional, as questão relativas à admissibilidade já se colocaram no Acórdão proferido pela 3ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, a 14 de Junho de 2017, no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR.L1, tendo o Tribunal entendido que não se encontravam reunidos os pressupostos para que se pudesse considerar que a sociedade-mãe era autora dos factos em apreço (pese embora tenha concluindo pela responsabilização da terceira sociedade na cadeia de detenção, por se ter entendido que a matéria de facto considerada provada sustentava a responsabilização desta).

da União Europeia – abundante nesta matéria – que tal presunção se configura, em boa verdade, como inilidível[13].

No que respeita ao sustento dogmático da referida presunção, tem vindo a avançar-se que a mesma visa, no essencial, atingir o máximo nível de dissuasão do cometimento de ilícitos jusconcorrenciais. Defendendo-se, igualmente, que sempre será mais fácil ao arguido carrear para o processo prova de que não interveio nas práticas proibidas.

Ora, se uma qualquer presunção de culpa sempre se deveria ter por contrária aos princípios estruturantes dos processos sancionatórios de um Estado de Direito democrático, uma presunção de culpa com os contornos acima referidos deverá ter-se por absolutamente proscrita.

Não se logrando ilidir a presunção, temos que o volume de negócios[14] relevante para efeitos de determinação da coima a aplicar será sempre o da empresa – englobando todas as pessoas jurídicas que ali possam caber de acordo com a referida concepção economicista – e não apenas o da concreta pessoa jurídica que praticou os ilícitos em causa.

Sem prejuízo das reservas que, à partida, a *presunção de influência determinante* suscita, vamos já assistindo a tímidas tentativas da sua transposição para o nosso ordenamento jurídico, ainda que sob diversos matizes. Neste sentido, veja-se a decisão adoptada recentemente pelo Conselho de Administração da AdC, no âmbito do processo PRC/2016/6[15]. Em tal decisão, a AdC acompanhou de perto a jurisprudência da União Europeia, tendo entendido que: (i) a detenção de 100% do capital social da sociedade-filha faz presumir que a sociedade-mãe exerce, sobre o comportamento daquela última, uma influência determinante; (ii) incumbe à sociedade-mãe ilidir tal presunção; (iii) o desconhecimento do comportamento ilícito, a natureza de mera *holding* da sociedade-mãe e a inexistência de identidade entre os dirigentes de ambas as sociedades não servem, em qualquer circunstância, o propósito de ilidir a presunção; (iv) a existência de contas consolidadas – o que, as mais das vezes, representa um dever legal – é indício que fortalece a presunção. Reforça-se assim, também no nosso ordenamento jurídico, o carácter inilidível desta presunção, sobrando fundadas dúvidas acerca do que, concretamente, será susceptível de levar ao seu afastamento.

Não obstante, é de notar que, a final, a AdC acabou por concluir apenas pela responsabilidade solidária das sociedades-mãe quanto pagamento das coimas aplicadas.

---

[13] Veja-se, por exemplo, os seguintes Acórdãos do Tribunal de Justiça: Acórdão de 14 de Julho de 1972, J. R. Geigy AG contra Comissão das Comunidades Europeias, C-52/69, ECLI:EU:C:1972:73; Acórdão de 25 de Outubro de 1983, llgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão das Comunidades Europeias, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293; Acórdão de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags AB contra Comissão das Comunidades Europeias, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630; Acórdão de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel NV e Outros contra Comissão das Comunidades Europeias, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536; Acórdão de 20 de Janeiro de 2011, General Química SA e Outros contra Comissão Europeia, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21

[14] Volume de negócios da empresa na acepção do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

[15] Versão não confidencial disponível em: http://www.concorrencia.pt.

Trilha-se, assim, o caminho para o recurso, em processos contra-ordenacionais do direito da concorrência, à *presunção de influência determinante*, cabendo agora aos tribunais a apreciação da referida presunção à luz dos princípios constitucionais aplicáveis nesta matéria.

III. A determinação da sanção aplicável: entre o *tempus delicti* e a decisão final condenatória.

A questão que ora se pretende analisar não surge com a redacção do art.º 69.º, n.os 2, 3 e 4 do NRJC, remontando, ao invés, à vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (RJC). Com efeito, já no art.º 43.º do anterior regime jurídico da concorrência se elegia o volume de negócios como critério de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, sendo que naquele preceito legal não se esclarecia o momento temporal a ter em conta para a determinação de tal volume de negócios.

Essa indeterminação levou ao surgimento de várias correntes de opinião, que se podem resumir, em suma, nas seguintes: (i) a lei revogada pretendia referir-se ao volume de negócios da empresa no ano em que cessa a prática da infracção em causa; (ii) a lei revogada pretendia referir-se ao volume de negócios no ano imediatamente anterior àquele em que é proferida, pela AdC, a decisão final condenatória.

Na querela, também a jurisprudência foi tomando a sua posição, sendo largamente maioritária a tese que defendia que a lei revogada pretendia referir-se ao volume de negócios da empresa no ano em que cessa a prática da infracção, sendo que também da prática da AdC resultava a selecção do mesmo referente temporal.

Sem prejuízo do que antecede, o NRJC, em contra-corrente da opinião maioritária que se havia alcançado, veio a eleger, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, "*o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência"*.

Esta opção legislativa tem vindo a merecer, ao longo dos anos, críticas de vária índole, que se prendem, no essencial, com a dissociação entre o momento da prática do facto e o momento relevante para a determinação do limite máximo da correspondente coima e, bem assim, com a possibilidade que se confere à AdC de seleccionar o ano em que profere a decisão final condenatória, visando que a coima venha a ser fixada tomando por moldura abstracta a que vier a resultar de um melhor volume de negócios anual da empresa infractora.

O referente temporal relevante para a determinação da coima distancia-se assim – não raras vezes em larga escala – do momento da prática do facto. Com efeito, é consabido que a tramitação dos processos de natureza contra-ordenacional – pese embora mais célere do que a tramitação de alguns processos de natureza penal – dura, na maioria dos casos, vários anos[16], sendo que a própria instauração do processo pode não coincidir – e muitas vezes não coincidirá – com o momento da prática do facto,

[16] De acordo com a informação publicada pela própria AdC (https://extranet.concorrencia.pt/), entre a data da abertura de inquérito e a data da decisão final correm, em média, dois anos e meio.

pois que os processos só são instaurados quando as práticas proibidas chegam ao conhecimento da AdC.

Coloca-se, portanto, a questão de saber se, à luz dos princípios que regem o direito penal – que, como defendemos, devem ter plena aplicação nesta matéria – se admite o referido desfasamento entre o momento da prática do facto ilícito-típico e o momento relevante para a determinação do limite máximo da sanção a aplicar.

É certo que, no que respeita às finalidades das coimas, a doutrina tem vindo a divergir na sua maior ou menor aproximação às finalidades das penas[17]. Estamos, contudo, em crer que, de certo modo e atento o *supra* exposto, se pode concluir que a coima tem, pelo menos, uma função punitiva que é indissociável do concreto facto ilícito-típico. Ou seja, a sanção a aplicar ao agente resulta da prática de um determinado facto – ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comina uma coima – que tem um lugar, um tempo e um modo. É esse facto que justifica e fundamenta a intervenção do direito sancionatório público. O mesmo é dizer que a determinação da sanção é, em absoluto, indissociável das concretas características de tempo, lugar e modo do facto.

Neste sentido, regressando à vigência do RJC, recordamos que a doutrina e a jurisprudência maioritárias – diante do disposto no art.º 43.º no que respeita ao momento relevante para a determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima – sustentavam que o único momento para o efeito elegível seria o momento da prática do facto.

Com efeito, o Tribunal Constitucional, analisando o tema pouco tempo antes da entrada em vigor do NRJC[18], pronunciou-se no seguinte sentido: "[n]*a interpretação do regime legal acolhida pela decisão recorrida, para efeitos da determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, deve entender-se a referência feita, no artigo 43.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a "volume de negócios do último ano" como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita. Tal significa que, nessa interpretação do regime legal, se procura, através de um critério objectivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstracta da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infracção, benefício esse calculado a partir do valor do volume de negócios do ano em que cessou a prática da infracção. Ao fazer repercutir no valor da coima eventuais vantagens auferidas pelo arguido, o regime legal, na interpretação acolhida, visa, desde logo, desencorajar a prática da infracção. Tal significa que da aplicação do regime legal, na interpretação acolhida pela decisão recorrida, verificar-se-á, necessariamente, uma correspondência entre o benefício económico obtido pela prática da infracção e o valor da coima aplicável. Assim, o regime legal, na interpretação acolhida pela decisão recorrida, no sentido de que, para efeitos de de-*

[17] Em sentidos diferentes: SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, cit., pp. 165-166; VILELA, Alexandra, *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico,* cit., p. 365; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direito do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 84-85.

[18] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011, publicado Diário da República n.º 190/2011, Série II de 2011-10-03.

terminação do limite máximo da moldura abstracta da coima, se deve entender a referência feita a "volume de negócios do último ano" como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita, assegura que cada arguido não é penalizado em termos relativamente mais gravosos do que sucede relativamente a outro arguido. Ao estar directamente relacionada com o benefício económico efectivamente auferido, não se põe relativamente ao critério do cálculo do seu valor qualquer problema de tratamento desigual (...)" (sublinhados nossos). Tendo decidido, a final, «*Não julgar inconstitucional a dimensão normativa, reportada aos artigos 43.º, n.º 1, alínea a) e 46.º, ambos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, no sentido de, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, se dever entender a referência feita a "volume de negócios do último ano" como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita*» (sublinhado nosso).

Temos pois que o Tribunal Constitucional entendeu que, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima a aplicar, não podia senão eleger-se o ano de cessação da prática proibida, uma vez que apenas desse modo se lograria assegurar, desde logo, que a coima concretamente aplicada se relacionava directamente com o benefício económico resultante da prática da infracção.

Neste conspecto, acrescentaríamos também que tal solução é a única que permite salvaguardar que a concreta sanção a aplicar ao arguido se relaciona, inexoravelmente, com a culpa demonstrada no facto. Em rigor, a moldura determinada por referência ao momento em que é proferida a decisão final condenatória, é uma moldura que já não se relaciona com o benefício económico obtido com a prática do facto ou, sequer, com a culpa do agente, antes se relacionando, apenas e tão-só, com uma oportunidade deixada ao arbítrio da AdC – sem prejuízo, claro está, dos prazos prescricionais aplicáveis.

Como se consignou no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Novembro de 2007[19], «*Abordemos, antes de mais, a questão do ano a considerar para a determinação do limite máximo da coima. Pretende a "(H)" que esse ano seja o de 2005 (em que o seu volume de negócios se reduziu de cerca de 1/3) uma vez que, como se disse, a decisão da Autoridade da Concorrência foi proferida em 2006. Salvo o devido respeito, entendemos que esta recorrente não tem, manifestamente, qualquer razão porquanto, se se adoptasse o critério por ela propugnado o valor máximo da coima ia variando no tempo ao sabor da evolução do mercado e da diligência da autoridade sancionadora, o que permitia a sua manipulação e era claramente violador do princípio da legalidade consagrado no artigo 2º do RGIMOS. Por isso, o "último ano" para este efeito tem que corresponder àquele em que cessou a prática ilícita. Neste caso, é o ano de 2004*» (sublinhados nossos).

À luz do que antecede, não se compreende a *rationae* que leva a que, no regime jurídico actualmente em vigor, se prescreva expressamente que a moldura abstracta da coima se determina por referência ao momento em que a AdC vier a proferir a decisão final condenatória.

Em primeiro lugar, a norma actualmente em vigor admite que a AdC escolha, tendo por base alterações na estrutura da visada, por exemplo, o momento em que

[19] Proferido no âmbito do processo n.º 7251/2007-3 e disponível em www.dgsi.pt.

proferirá a decisão final – não se podendo esquecer, neste tocante, que parte da receita resultante da aplicação de coimas é atribuída à própria AdC (cf. art.º 35.º, n.º 7, al. b) dos Estatutos da AdC[20]). Ora, mesmo que a AdC não faça uso desta faculdade, a circunstância de a mesma se encontrar consagrada na lei justifica, de *per si*, as mesmíssimas críticas. Em rigor, confere-se à AdC a faculdade de determinar o limite máximo da moldura da coima a aplicar num concreto caso sob investigação – ou seja, a AdC investiga, acusa e tem a última palavra no que respeita à determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima aplicável.

Em segundo lugar, o preceito legal redunda na indeterminação, no caso concreto, da moldura abstracta da coima, não conhecendo o visado, até ao momento em que vier a ser proferida a decisão final, qual o valor máximo da coima que lhe pode ser aplicada. Constatação que é ainda mais perniciosa nos casos em que se faz operar a *presunção de influência determinante*, convocando, para efeitos de determinação da sanção, o volume de negócios global da sociedade-mãe e da sociedade-filha.

Se é certo que o princípio da legalidade admite, no que respeita à sanção abstractamente aplicável, um certo grau de indeterminação, que se prende, no essencial, com o facto de a lei apenas prever uma moldura, com limites máximos e mínimos, parece-nos evidente que não será admissível a indeterminação resultante da actual redacção do art.º 69.º, n.os 2, 3 e 4 do NRJC, que, em bom rigor, não fixa qualquer limite máximo quantificado para a sanção aplicável, referindo-se, ao invés, a uma percentagem que se deve buscar num valor global que apenas será determinado quando a AdC entender.

Em terceiro lugar, a sanção passa a dissociar-se da sua razão de ser: o facto ilícito-típico. E, inerentemente, da culpa do agente demonstrada no facto e do benefício económico arrecadado com a prática da contra-ordenação.

Em suma, pode concluir-se que a determinação da sanção em sede de processo contra-ordenacional por práticas restritivas da concorrência foge, assim, ao cumprimento dos mais elementares princípios do direito contra-ordenacional e do direito penal.

Entendimento que é partilhado pelo Tribunal da Relação de Lisboa[21], que, em Acórdão datado de 11 de Março de 2015[22], decidiu, inclusive, pela não aplicação da norma em apreço, por entender o seguinte: "*(...) Isso não quer dizer que não consideremos que o artigo 69.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, se bem que numa outra dimensão, não ofenda o princípio da legalidade constitucionalmente consagrado. (...) a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e, acrescentamos agora, da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao «exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência», é, a nosso ver, claramente violador do corolário*

[20] Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

[21] Que, note-se, aprecia todos recursos provindos das decisões adoptadas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que, por seu turno, conhece dos recursos de impugnação judicial interpostos de decisões da AdC.

[22] Proferido no âmbito do processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-3 e disponível em: www.dgsi.pt.

do princípio da legalidade «nullum crimen, nulla poena, sine lege certa». Por isso, não pode este tribunal aplicar essa norma – artigo 204.º da Constituição (...)" (sublinhados nossos).

Como é consabido, o princípio da legalidade – consagrado no art.º 29.º da CRP[23] e no art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro – exclui, no que respeita às sanções aplicáveis pelo cometimento de factos ilícitos, o recurso a formulações vagas ou indeterminadas que redundem, na prática, na indeterminação da sanção aplicável, encontrando a sua *ratio* na protecção do cidadão contra as intervenções punitivas arbitrárias do Estado – protecção que se alcança com a separação de poderes e com a reserva de lei, exigindo-se que a lei, no domínio do direito sancionatório público, cumpra determinados requisitos[24].

---

[23] Como afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1º a 107º, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 498), "[h]*á-de, porém, entender-se que esses princípios devem, na parte pertinente, valer por analogia para os demais domínios sancionatórios, designadamente o* ilícito de mera ordenação social *e o* ilícito disciplinar".

[24] Como se decidiu no paradigmático Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 397/2012: «*Num Estado de direito democrático a prevenção do crime deve ser levada a cabo com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, estando sujeita a limites que impeçam intervenções arbitrárias ou excessivas, nomeadamente sujeitando-a a uma aplicação rigorosa do princípio da legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa (nullum crimen, nulla poena sine lege). É neste sentido que o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, dispõe que ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. Essa descrição da conduta proibida e de todos os requisitos de que dependa em concreto uma punição tem de ser efetuada de modo a que "se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, consequentemente, se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos (Figueiredo Dias, na ob. cit. pág. 186). Daí que, incindivelmente ligado ao princípio da legalidade se encontre o princípio da tipicidade, o qual implica que a lei deve especificar suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos de medida de segurança), bem como tipificar as penas (ou as medidas de segurança). A tipicidade impede, assim, que o legislador utilize fórmulas vagas, incertas ou insuscetíveis de delimitação na descrição dos tipos legais de crime, ou preveja penas indefinidas ou com uma moldura penal de tal modo ampla que torne indeterminável a pena a aplicar em concreto. É um princípio que constitui, essencialmente, uma garantia de certeza e de segurança na determinação das condutas humanas que relevam do ponto de vista do direito criminal. O princípio da tipicidade tem que ver, assim, com a exigência da determinabilidade do conteúdo da lei criminal. Conforme escreve Taipa de Carvalho (em "Constituição Portuguesa anotada", organizada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, pág. 672, da 2.ª edição, revista, atualizada e ampliada, da Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora), «dada a necessidade de prevenir as condutas lesivas dos bens jurídico-penais e igualmente de garantir o cidadão contra a arbitrariedade ou mesmo contra a discricionariedade judicial, exige-se que a lei criminal descreva o mais pormenorizadamente possível a conduta que qualifica como crime. Só assim o cidadão poderá saber que ações e omissões deve evitar, sob pena de vir a ser qualificado criminoso, com a consequência de lhe vir a ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança". Não se pode afirmar que as exigências de tipicidade valham no direito de mera ordenação social com o mesmo rigor que no direito criminal. Aliás nem sequer existe no artigo 29.º da Constituição, que se refere às garantias substantivas do direito criminal, um preceito semelhante àquele que existe no artigo 32.º, a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10). Contudo, sendo o ilícito de mera ordenação social sancionado com uma coima, a qual tem repercussões ablativas no património do infrator, também aqui se devem respeitar os princípios necessariamente vigentes num Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), como o da segurança jurídica e da proteção da confiança. Como se disse no Acórdão n.º 41/2004 (acessível em www.tribunalconstitucional.pt): "Está, porém, consolidado no pensamento*

Em obediência a tal princípio, a lei que tipifique determinada conduta como contra-ordenação, deve ser prévia, escrita, estrita e certa[25]. Sendo que, no que aqui releva, tais requisitos também se aplicam à previsão legal da sanção aplicável e dos seus limites, conquanto tal matéria também obedece ao princípio da legalidade.

À luz do que se deixou escrito, não se vê como se poderá defender a vigência do disposto no art.º 69.º, n.os 2, 3 e 4 do NRJC, que não encontra qualquer válida razão de ser ou sustentáculo e que surge em contradição com as linhas de orientação doutrinais e jurisprudenciais que se vinham a consolidar a respeito da interpretação do preceito equivalente constante do RJC.

Para além das questões atinentes ao princípio da legalidade, acresce ainda a já mencionada questão da dissociação entre o facto e a sanção.

Ora, se o direito penal é, indiscutivelmente, um direito penal do facto – e não do agente –, então, também o direito contra-ordenacional não pode senão assumir-se como um direito contra-ordenacional do facto.

Vale isto por dizer que o ponto de partida do direito sancionatório é – e não poderá deixar de ser – o facto ilícito-típico, único elemento que legitima a intervenção do poder punitivo do Estado, limitando essa intervenção.

No que às sanções respeita, significará que a punição apenas se pode relacionar e sustentar no facto e não em qualquer outro (pretenso) fundamento de ordem prática ou económica, por mais sugestivo que o mesmo se apresente.

Neste conspecto, é de concluir que a actual redacção do art.º 69.º, n.os 2, 3 e 4 do NRJC não confere ao arguido em processo contra-ordenacional qualquer certeza, confiança ou previsibilidade no que respeita ao limite máximo da sanção que lhe poderá vir a ser aplicada. Sendo certo que o agente, sabendo que facto ilícito-típico poderá fundar a sua responsabilidade contra-ordenacional, não sabe, em concreto, que consequências terá que suportar em virtude da prática de tal facto, porquanto tais consequências não são cognoscíveis no momento da sua prática.

Assim, a actual redacção do art.º 69.º, n.os 2, 3 e 4 do NRJC viola o princípio da legalidade, devendo ser censurada em conformidade.

IV. A Directiva ECN+

Atenta a necessidade de se proceder, até 4 de Fevereiro de 2021, à transposição da Directiva ECN+, a AdC foi nomeada, pelo Ministério da Economia, para a tarefa de apresentar a correspondente proposta de transposição.

---

constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos (cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 158/92, de 23 de abril, 263/94, de 23 de março, publicados no D.R., II Série, de 2 de setembro de 1992 e de 19 de julho de 1994, e nº 269/2003, de 27 de maio, inédito). E se tal não resulta diretamente dos preceitos da chamada Constituição Penal, resultará, certamente, do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2º da Constituição"» (sublinhados nossos).

[25] DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral,* Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 177 e ss.

Em primeiro lugar, considerando que a Directiva ECN+ visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, merece reparo que a tarefa de preparar, numa fase inicial, a necessária transposição, tenha sido acometida, em exclusivo, à AdC, pois que, por naturais razões do acontecer, esta poderá não ser a entidade que reúne as necessárias condições de imparcialidade e objectividade para tal tarefa. Com efeito, se é certo que a AdC promoveu a consulta pública que se impunha[26], a verdade é que, sem prejuízo dos vários comentários acolhidos, a versão revista da Proposta de Anteprojecto, apresentada a 31 de Março de 2020 (Proposta), mantém a previsão de uma série de normas relativamente às quais os participantes na consulta se insurgiram com veemência.

Sem prejuízo das limitações de espaço do presente artigo, que não admitem uma análise exaustiva[27], parece-nos imprescindível um breve apontamento relativo a alguns aspectos da Proposta. Estão causa, em especial, aqueles que reforçam a evolução legislativa a que já nos fomos referindo, no sentido de o direito da concorrência *lato sensu* se afastar decisivamente do regime geral do ilícito de mera ordenação social e dos diplomas sectoriais congéneres[28/29], denotando-se, por outro lado, um empolamento do utilitarismo que corre o sério risco de violar os mais elementares princípios do Estado de Direito democrático.

---

[26] Cf. contributos disponíveis na página oficial da AdC, onde se podem também encontrar outros documentos relevantes para a presente análise.

[27] Para maiores desenvolvimentos, v*ide*, em especial: CRUZ VILAÇA, José Luís da & PEREIRA, Mariana Martins, "Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions"; VELOSO PEDROSA, André, ESPREGUEIRA MENDES, Francisco & MESQUITA GUIMARÃES, Rui, "O controlo das práticas restritivas da concorrência – nothing else matters?"; HENRIQUE, Luís, "A transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional"; VIEIRA PERES, Joaquim & NASCIMENTO FERREIRA, Luís, "Água mole em pedra dura... mais um retoque na noção de empresa"; RUIZ, Nuno, "A ECN+ não basta"; SILVA MORAIS, Luís & TOMÉ FETEIRA, Lúcio, "Algumas notas sobre a Diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional"; PENA MACHETE, Miguel, PINTO XAVIER, Catarina & BELO, Beatriz, "Direito da concorrência: a necessária reforma por força da Diretiva ECN+"; PATEIRA FERREIRA, João, "The ECN@2.0. System failure ahead?"; ESTIMA MARTINS, Sara, "A Diretiva ECN+ e a (in)admissibilidade das gravações ocultas"; SALAZAR CASANOVA, Nuno, LUÍSA FARIA, Tânia, PERES, Duarte & LOPES MARTINS, Margot, "A fish out of water – critical analysis of the AdC's draft proposal for the transposition of the ECN+ Directive into Portuguese law". Todos publicados no "DOSSIER ECN+" da *Revista de Concorrência e Regulação* (2020, Ano XI, N.º 42&43, Abril-Setembro) (pp. 75-232).

[28] Neste particular, afirma a AdC que "*o processo sancionatório da concorrência tem particularidades e regras distintas que afastam soluções do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (de ora em diante, "RGCO"), sendo inclusivamente mais garantístico do que as soluções daquele diploma. Por outro lado, podem existir disposições subsidiárias do RGCO a aplicar mas que necessitem de ser interpretadas com as devidas adaptações, em função, por exemplo, do direito da União. Aditou-se assim a expressão "com as devidas adaptações" ao n.º 1 do artigo 13.º da LdC, procurando não só materializar a aplicação subsidiária do RGCO, como também evidenciar o facto de a LdC prever uma disciplina legal própria nem sempre compatibilizada com as regras enunciadas no RGCO*" (cf. ponto 9 da Exposição de Motivos da Proposta).

[29] Veja-se, por exemplo, a proposta de substituição das referências ao "*visado*" por referências à "*empresa investigada*" (cf., entre outros, arts. 16.º, 18.º, 20.º, 22.º a 27.º e 29.º da Proposta).

Em suma e no que aqui releva, pretende a AdC ver consagradas as seguintes alterações:

a) Alargamento do dever de colaboração, estatuindo-se que a AdC poderá solicitar "(...) *todas as informações, dados ou esclarecimentos que considere necessários* (...)*, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas* (...)*"* (cf. art.º 15.º da Proposta), ressalvando-se os casos em que a obrigação de prestar informações se revele desproporcionada em relação às exigências de investigação e acrescentando-se que a destinatária do pedido não é "(...) *obrigada a admitir que cometeu uma infracção"*[30];

b) Alargamento das buscas, exames, recolha e apreensão a "(...) *informação informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros, registos ou mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, qualquer que seja o suporte, estado ou local em que estejam armazenadas* (...)" (cf. art.º 18, n.º 1, al. b) da Proposta);

c) Alargamento dos poderes de inquirição no decurso das diligências referidas no ponto anterior (cf. art.º 18.º, n.º 1, al. e) da Proposta);

d) No que respeita especificamente a buscas domiciliárias (cf. art.º 19.º da Proposta), pretende a AdC: (i) a erosão do requisito da "*fundada suspeita"* que se veria substituído pelo requisito da "*suspeita razoável"*; (ii) a erosão dos requisitos de que depende o requerimento a apresentar pela AdC ao juiz de instrução criminal[31];

e) No que respeita à protecção do sigilo profissional, propõe-se que não seja conferida, aos advogados *in house*, semelhante protecção à conferida aos restantes advogados – "(...) *não é considerada uma busca em escritório de advogado a realizada em instalações ou locais afetos a trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado"* (cf. art.º 19.º, n.º 9 da Proposta) e *"[o]s contactos e informações que envolvam trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado ativo objeto de busca nos termos do disposto no n.º 8 do artigo anterior poderão ser objeto de apreensão desde que não consubstanciem a prática de ato próprio de advogado*" (cf. art.º 20.º, n.º 6 da Proposta);

[30] Sendo que o incumprimento do pedido consubstancia a prática de uma contra-ordenação, punível com coima até 10% do volume de negócios "(...) *total, a nível mundial* (...)" (cf. art.º 69.º, n.º 4 da Proposta de Projecto).

[31] Que passaria apenas a mencionar a "*razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização* (...) *e a sua pertinência para provar a infracção*", deixando-se cair a necessidade de mencionar a "*gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas*".

f) No que respeita às provas admissíveis em processo contra-ordenacional, propõe-se que o art.º 31.º, n.º 2 do NRJC – onde se lê "*[s]ão admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*" – seja substituído pela seguinte redacção: "*[c]onstituem meios de prova admissíveis, entre outros não expressamente proibidos, quaisquer documentos, declarações orais ou escritas, mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, gravações nos termos do disposto no artigo 167.º do Código de Processo Penal, ficheiros e quaisquer outros objetos que contenham informações, qualquer que seja a fonte, o formato e o suporte em que tais informações se encontrem armazenadas, não sendo aplicável nessa medida o disposto no artigo 42.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada*";

g) Propõe ainda a AdC que passe a constar expressamente da lei que o volume de negócios relevante para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima é o "*volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC"* (cf. art.º 69.º, n.º 4 ss. da Proposta);

h) No que respeita ao concurso de contra-ordenações, a AdC pretende afastar-se do regime geral, propondo que "(...) *a coima corresponde à soma das coimas concretamente aplicadas, observados os limites previstos nos n.os 4 e 9 do artigo anterior para cada contraordenação em concurso*" (cf. art.º 69.º-A, n.º 1 da Proposta);

i) Propõe ainda que se preveja, expressamente, a *presunção de influência determinante*, consagrando-se (cf. art.º 73.º da Proposta) que podem ser responsabilizadas "*[a] título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infracção*" [cf. n.º 2, al. a)], sendo que, para este efeito, se presume "*que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário*" (cf. n.º 4);

j) No que respeita à contagem de prazo de prescrição, entende a AdC que o mesmo se deve suspender quando a "(...) *decisão da AdC for objeto de recurso judicial, incluindo recurso interlocutório ou recurso para o Tribunal Constitucional* (...)", sem qualquer limitação temporal (cf. art.º 75.º, n.º 9 da Proposta);

k) Por fim, a AdC propõe alterações aos arts. 279.º e 280.º do Código de Processo Penal (CPP), nos seguintes termos: "*Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista no Regime Jurídico da Concorrência a dispensa da coima, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido, determina o arquivamento do processo, com a concordância do juiz de instrução, que deve ser concedida sempre que se verificarem os pressupostos daquela dispensa*".

Das propostas de alteração *supra* referidas e sucintamente descritas, facilmente se conclui que a AdC foi longe demais[32], adensando vertiginosamente o desequilíbrio já existente entre os poderes que lhe são conferidos e as garantias de defesa dos arguidos em processos contra-ordenacionais em matéria de concorrência. Parece, aliás, que a AdC pretende aproximar-se dos processos penais no que respeita às prerrogativas de investigação e, do mesmo passo, pretende que se excluam as garantias constitucionais previstas para a protecção dos arguidos em tais processos.

No que respeita ao alargamento do dever de colaboração, para além de se manterem as dúvidas atinentes à sua compatibilização com a prerrogativa de não auto-incriminação[33], note-se que se lograria, por esta via, obrigar os destinatários dos pedidos de informação a juntar aos autos matéria probatória cuja obtenção, de outro modo, estaria constitucionalmente vedada à AdC.

Mas, mais preocupante do que tal tentativa indirecta, é a que decorre da pretensão de alargamento das buscas, exames e apreensões a registos ou mensagens de correio electrónico ou mensagens instantâneas, que são, nos termos e para os efeitos da lei processual penal (cf. art.º 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro – Lei do Cibercrime – e art.º 179.º do CPP), verdadeira correspondência, merecendo uma tutela que se diferencia daquela que é conferida às restantes apreensões. Desde logo, é de assinalar que a apreensão de correspondência é matéria de reserva de juiz, não se podendo admitir que, como pretende a AdC, as mesmas possam ser autorizadas pela autoridade judiciária competente (cf. art.º 18.º, n.º 2 da Proposta), o que, por via da aplicação do disposto no art.º 1.º, al. b) do CPP, admitiria que o Ministério Público autorizasse tais diligências.

De qualquer modo, como é consabido, o processo penal tem ao seu dispor meios específicos e exclusivos de obtenção de prova, os quais não se encontram previstos para processos sancionatórios de diversa natureza. Sendo que tal é, nem mais nem menos, uma opção constitucional que decorre, no que aqui releva, do art.º 34.º, n.º 1 da CRP, o qual inequivocamente prescreve que "*[o] domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis"*, acrescentando-se, no n.º 4, que "*[é] proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação,* ***salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal****"* (destaque nosso).

A regra é, portanto, a da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, estabelecendo-se como única excepção a utilização dos meios de obtenção de prova previstos para o processo penal.

À luz do que antecede, deve concluir-se, sem necessidade de quaisquer outros considerandos, que as alterações propostas pela AdC neste tocante são manifestamente desconformes à Constituição, devendo ser desconsideradas por completo.

---

[32] Sendo que uma das críticas apontadas em sede de consulta pública foi, de facto, que a AdC optou por dar primazia ao conteúdo dos Considerandos da Directiva ECN+, os quais vão além do que o legislador europeu decidiu consignar como comando normativo a transpor (cf. obras identificadas na nota de rodapé n.º 27 *supra* e contributos apresentados durante a consulta pública – disponíveis na página oficial da AdC).

[33] Cf. nota de rodapé n.º 6.

Sem prejuízo de tal juízo de inconstitucionalidade, note-se também que jamais se poderia admitir a degradação dos requisitos de que depende a autorização para a realização de buscas domiciliárias nos termos preconizados pela AdC (cf. art.º 19.º), pois que, a ser assim, os requisitos exigidos em matéria contra-ordenacional ficariam aquém dos requisitos previstos nos arts. 174.º e ss. do CPP.

No que respeita à exclusão do sigilo profissional dos "*trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado*" – negação total no que respeita a buscas e quase total no que respeita a apreensões – a proposta da AdC viola grosseiramente o disposto no art.º 208.º da CRP, que, não estabelecendo qualquer distinção entre formas de exercício da advocacia, prescreve que "*[a] lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça*".

Não se podendo esquecer que de tal preceito constitucional decorrem directamente inúmeras garantias legais que visam proteger o sigilo profissional, as quais também não distinguem os advogados com fundamento no modo de exercer a profissão. Em particular quanto os requisitos de que dependem a realização de buscas e apreensões em escritórios de advogados (cf. arts. 177.º, n.º 5, 179.º, 180.º, todos do CPP e art.º 16.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime).

Acresce que a proposta da AdC viola ainda o disposto nos arts. 73.º, 76.º, 89.º e 92.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro (EOA), diploma que, no que respeita ao sigilo profissional, não distingue categorias de advogados no que tange à forma de exercício da profissão[34].

Assim, independentemente da evolução da jurisprudência da União Europeia, deverá rejeitar-se, em absoluto e em qualquer sede, o entendimento que não reconheça aos advogados que exercem a actividade em regime de subordinação exactamente as mesmas garantias de protecção de sigilo asseguradas aos demais profissionais do foro[35].

No que respeita às alterações propostas relativamente ao art.º 31.º do NRJC, merece ainda repúdio a aparente admissão de gravações ocultas, o que não poderá aceitar-se à luz do disposto nos arts. 192.º e 199.º do Código Penal e do art.º 167.º do CPP.

Por fim, no que respeita à previsão expressa do volume de negócios total a nível mundial e da *presunção de influência decisiva*, remete-se para o já *supra* exposto.

Analisada a Proposta, impõe-se concluir que não será admissível que AdC, pretensamente ao abrigo de orientações da jurisprudência da União Europeia e prosseguindo propósitos estritamente utilitaristas, propugne a introdução, no ordenamento jurídico português, de dismorfias que põem em causa princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito democrático, perfeitamente sedimentados na nossa cultura jurídica.

---

[34] Neste sentido, veja-se o parecer N.º E-07/07 do Conselho Geral da Ordem dos Advogados (disponível em https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/2007/parecer-n%C2%BA-e-0707/).

[35] Muito menos quando a proposta da AdC se sustenta apenas no "*objetivo de reforçar a eficácia dos poderes de investigação da AdC"* (cf. ponto 193 da Exposição de Motivos da Proposta).

Conclusões

À luz do que vem de se sustentar, conclui-se, desde logo, que o direito contra-ordenacional da concorrência tem vindo a evoluir de forma preocupante, constatando-se que tal evolução se tem sustentado em razões de índole pragmática e até, nalguns casos, estritamente utilitarista.

O enaltecimento da importância dos bens jurídicos protegidos pelo direito da concorrência veio criar espaço para uma evolução que é dissonante da evolução do restante direito das contra-ordenações e da razão de ser do mesmo.

Com efeito, conferiram-se à AdC vastíssimos poderes de regulação, de supervisão e sancionatórios – incluindo o poder de realizar buscas domiciliárias – admitindo-se que o conceito de empresa previsto no NRJC se confunda com o conceito de autor para efeitos de direito das contra-ordenações – autor enquanto pessoa jurídica que praticou, pessoalmente e com culpa, o facto ilícito-típico – o que também certamente trilhará caminho para que se venha a sedimentar, na prática jurídica, a *presunção de influência determinante*, que colide frontalmente com os princípios da responsabilidade pessoal, da culpa e da presunção de inocência.

De outra banda, tem-se também admitido, nos últimos anos, o comando normativo constante do art.º 69.º, n.os 2, 3 e 4 do NRJC, que não só altera o paradigma no que respeita às exigências do princípio da legalidade, na sua vertente de determinabilidade prévia das sanções aplicáveis, como admite uma dissociação completa entre o momento da prática do facto e o momento da punição, que deixa de se referir àquele primeiro.

Esta tendência evolutiva não é apenas detectável no domínio do direito da concorrência, verificando-se um pouco por todos os domínios sectoriais do direito das contra-ordenações. À revelia do que poderia fazer supor a constatação no sentido de que neste ramo do direito se incluem já condutas ético-socialmente censuráveis – e não apenas, correspondendo à sua matriz originária, as condutas axiologicamente neutras – vai-se assistindo – paradoxalmente – à progressiva erosão das garantias de defesa do arguido.

Isto, pese embora se tenha por certo que, na perspectiva das consequências jurídicas, poderá ser bem mais gravoso – sobretudo em se tratando os arguidos de pessoas colectivas – ser responsabilizado em sede contra-ordenacional do que em sede penal.

Em suma, dir-se-á que o direito das contra-ordenações surgiu com determinada finalidade, bem delineada, e que, ao longo do tempo, se vem sedimentando uma perniciosa evolução legislativa que o afastou de tal finalidade, desviando-o para outros objectivos para os quais não foi originariamente pensado e concebido.

Tal evolução legislativa do direito das contra-ordenações, feita de forma assistemática e não raro caótica, levou-nos ao estado da arte em que actualmente nos encontramos, impondo-se a profunda reformulação do seu regime geral, adaptando-o à nova paisagem normativa e repondo-se o indispensável respeito pelos princípios estruturantes da Constituição penal aqui aplicáveis.

Tal reformulação, a nosso ver, deveria passar pela criação de dois sub-ramos, um dedicado às contra-ordenações bagatelares – a cujo processo se poderia imprimir

um maior automatismo – e outro dedicado às *grandes contra-ordenações* – norteado por um regime de natureza garantística, mais próximo das garantias do direito penal. Em cada um dos sub-ramos deveria vigorar um regime geral que impusesse imperativamente as regras mínimas aplicáveis a cada um dos processos, assim se impedindo que as mesmas pudessem vir a ser derrogadas pelos específicos regimes sectoriais.

AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES – EM VÉSPERAS DA CONTINUAÇÃO DE UMA REFORMA INICIADA AUSPICIOSAMENTE PELO NOVO REGIME JURÍDICO DAS CONTRAORDENAÇÕES ECONÓMICAS

Raul Soares da Veiga[*]

SUMÁRIO: Nota prévia – palavras sobre Augusto Silva Dias e sobre a sua obra. I. As Grandes Contraordenações – máximas tensões de política contraordenacional a meio de uma reforma geral do regime das contraordenações e em vésperas quiçá de um novo Regime Geral das Grandes Contraordenações (RGGC); II. O novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE) – início auspicioso da reforma geral do regime das contraordenações e pistas promissoras para o que deve ser um novo RGGC; III. O enorme contributo de Augusto Silva Dias sobre o que é que, constitucionalmente, podem ser Grandes Contraordenações.

Nota prévia

Agradeço à Comissão Organizadora deste livro a oportunidade de colaborar nesta homenagem a Augusto Silva Dias, de quem fui amigo durante cerca de 30 anos, desde que fomos, no final da década de 80 do século XX, colegas assistentes na equipa de Direito Penal da Faculdade de Direito de Lisboa, até à sua absurda e prematura morte.

Desde os primeiro contactos entre nós em que, integrando ambos o mesmo júri de exames orais, parecia que discordávamos em tudo e acabávamos a travar acesas razões durante horas num café próximo da Universidade, até aos últimos tempos, em que, a par dos temas das colaborações como Jurisconsulto nos meus casos de Advogado, conversámos sobre tantas coisas e, infelizmente, também sobre a terrível doença com que ele lutou, passando por épocas intermédias de tertúlias vinícolas que terminavam com confissões mais ou menos metafísicas e discussões entre o político, o filosófico e o trivial – creio que conversámos sobre tudo, ou quase tudo.

As diferenças iniciais de pensamento, que pareciam intransponíveis, foram sendo cada vez menores. Mesmo quando no fim eu acreditava em Deus e ele na Ciência, acabámos hermanados na derrota infligida pela sua doença mortal, embora mais fortalecidos ainda na amizade e na consideração de um pelo outro.

Augusto Silva Dias é (não me resigno a dizer "era") daquelas raras pessoas que encontramos na vida que, antes de tudo o mais, nos impressionam pelo valor intelectual de quem não diz nada sem disso ter boa fundamentação e ao mesmo tempo pela simplicidade e absoluta honestidade com que o diz e com que o vive.

[*] Advogado.

Além do exemplo como pessoa, Augusto Silva Dias trouxe-nos ainda uma obra jurídica notável que, como adiante afloraremos, tem muitíssimos frutos a dar, nomeadamente no Direito das Contraordenações e até a propósito da muito controvertida temática das Grandes Contraordenações[1].

Tenho ainda que agradecer à Comissão Organizadora e especialmente à Senhora Professora Maria Fernanda Palma, com quem já tive a honra e o grato prazer de trabalhar durante muitos anos e de muito aprender, ter tido tolerância de Jó quanto à apresentação destes singelos contributos.

E tenho desculpas a pedir – a todos – por, em função de dificuldades múltiplas que decorrem das minhas idiossincrasias e destes tempos covidianos, ter acabado por apresentar o texto exíguo que se segue.

I. As Grandes Contraordenações – máximas tensões de política contraordenacional a meio de uma reforma geral do regime das contraordenações e em vésperas quiçá de um novo Regime Geral das Grandes Contraordenações (RGGC)

Tal como muitos outros[2], venho chamando, há já muitos anos (pelo menos desde 2009), a atenção para a tensão que existe no Direito das Contraordenações e venho tentando avançar modestas pistas para a sua Reforma, mas que me parecem axiologicamente justificadas.

Em especial a propósito das chamadas Grandes Contraordenações, ouvem-se crescentemente clamores – aos quais nos associamos – por direitos e garantias de defesa próprios do Direito Processual Penal, invocando-se que as sanções aplicáveis a certas contraordenações são de valores astronómicos[3].

É o caso das "infrações especialmente graves" puníveis com coima que pode ascender a € 5.000.000,00, não só para pessoas coletivas, mas também para pessoas singulares (o que desde logo revela uma falta de proporcionalidade inaceitável à luz do quadro dos valores constitucionais), que se encontram previstas no artigo 211º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante RGICSF).

Além disso, nos termos do artigo 211º-A do mesmo diploma, tais coimas ainda podem ser mais elevadas, quando o dobro do benefício económico obtido pelo infrator seja superior a € 5.000.000,00, não tendo então a coima limite máximo nenhum suscetível de ser conhecido antes da prática do facto, o que, por si só, é inconstitucional por violação do estruturante princípio da legalidade. Acresce ainda que, no artigo 212º, nº 1, al. a) do RGICSF já está prevista – em crassa violação do princípio *non bis in idem* – a sanção acessória de perda do benefício económico retirado da infração).

[1] Referimo-nos, em especial, a SILVA DIAS, Augusto, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

[2] Dos primeiros foi com certeza José António Veloso que, com a sua enorme qualidade de jurista e a sua escrita agradável e penetrante, pôs a nú problemas muito importantes do "novo" Direito destas Contraordenações muito gravemente puníveis (e que, mais não seja por isso, são "Grandes", para não dizer "Enormes", ou mesmo "*Abnormes*"), cf. VELOSO, José António, "Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), (pp. 73-102) pp. 74-81.

[3] Assim, BRANDÃO, Nuno, "Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades", *Scientia Iuridica*, tomo LXVI, nº 344 (2017), (pp. 277-288) p. 279.

Ademais essas coimas, que podem atingir vários milhões de euros, tornam risível a suposta maior gravidade das multas penais, sendo que nem a convertibilidade em pouco tempo de prisão destas multas consegue sustentar o axioma dessa maior gravidade, que é contraditada pela verdadeira "morte civil" que a condenação em coimas de milhões de euros implica para as pessoas singulares não milionárias.

Acresce que são também aplicáveis, a tais Grandes Contraordenações, sanções acessórias gravíssimas, em especial a da inibição do exercício por 1 a 10 anos da atividade profissional em que o agente praticou a Grande Contraordenação, sendo que muitos cidadãos fizeram todo um percurso académico e profissional para a poderem exercer e não têm outra forma de ganhar a vida (nem de se realizarem pessoalmente). Estas sanções acessórias podem evidentemente justificar-se. Mas são em tudo equivalentes às homólogas sanções acessórias penais. E portanto tem todo o sentido que não possam ser decretadas definitivamente sem o arguido poder exercer um pleno e efetivo direito de defesa nos processos respetivos.

É assim certo que o conjunto destas sanções – principais (coimas de milhões de euros) e acessórias (suspensão por 1 a 10 anos da atividade profissional) – aplicáveis às Grandes Contraordenações, constitui seguramente o que de mais grave tem o Direito para punir, além da perda de liberdade.

É igualmente certo que, em função desta enorme gravidade das sanções aplicáveis às Grandes Contraordenações, que podem pôr, sem possível retorno, a generalidade dos cidadãos na insolvência, já não estamos seguramente em face de normas de "mera ordenação social"[4].

E, dado o discurso legitimador de forte censura ética que subjaz à previsão abstrata das condutas proibidas a que correspondem as referidas "Grandes Coimas", também já não estamos em face de condutas eticamente neutras.

Em conjugação com esse discurso legitimador, de forte censura ética dos atos que consubstanciam Grandes Contraordenações, sustentam ainda os defensores do justicialismo contraordenacional – que evidentemente esperam nunca vir a ser arguidos – punições ainda mais severas e diminuição do garantismo do atual Direito Processual das Contraordenações. Isto mesmo quando já se assiste a uma crescente negação *contra legem* da subsidiariedade do Direito Processual Penal (expressamente estatuída no artigo 41º do RGCO), sustentando-se não fazer sentido, em matérias supostamente muito menos graves do que as do Direito Penal, vigorarem regras como as do direito à não autoincriminação, como as de uma estrutura acusatória do processo, ou como as próprias de uma plena imediação do Tribunal com a prova na fase judicial.

Situando-se o Direito das Contraordenações no âmbito da reserva de lei da Assembleia da República (V. artigo 165º, nº 1, alínea d) da Constituição), por se tratar de matéria restritiva de direitos fundamentais, não descortinamos legitimidade, nem jurídica nem democrática, para se excluir a integração de lacunas (escolhidas

[4] V. VELOSO, "Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira", cit., p. 74, que enfatiza o facto de esta tendência das punições muito graves de certas Contraordenações, respeitantes a infrações graves da deontologia da atividade financeira, extravazarem por completo dos limites e sentido que os doutrinadores (Eduardo Correia, Figueiredo Dias, Costa Andrade e Faria Costa) do Regime do Ilícito de Mera Ordenação Social lhe atribuíram.

"à la carte") da aplicabilidade subsidiária do Direito Processual Penal. Nem para se excluírem certas lacunas surgidas nos regimes sectoriais das contraordenações da aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações que está estatuído inequivocamente nas respetivas leis.

Acrescentam ainda os defensores do justicialismo contraordenacional que a efetividade das decisões condenatórias não chega em tempo útil, devido às demoras que presumem que decorrem de excessos de mecanismos garantísticos.

Tal presunção não é porém fundada. Torna-se necessário fazer um estudo isento e objetivo sobre a causa de tais demoras. Mas, enquanto esse estudo não existe, diz-nos a nossa experiência (de muitos anos e muitos casos) que as mais das vezes as grandes demoras resultam, antes de mais, do tempo excessivo que é consumido na fase administrativa pelas próprias Autoridades Reguladoras e que depois dá azo a uma constante pressão sobre os Tribunais para que decidam rapidamente para que se evitem as prescrições (de que as Autoridades Reguladoras têm "culpa na causa"), assim se determinando menos possibilidade analítica para os Tribunais, restrições na produção da prova e falta de serenidade nas decisões.

Não é sobretudo aceitável a crescente restrição *contra legem* da aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Penal, consoante as conveniências, sendo muito insuficiente a pretensa justificação aduzida para tanto, que resultaria de uma não demonstrada incompatibilidade das especiais exigências de celeridade do Direito das Contraordenações com o tempo que implica o respeito pelas garantias do processo penal.

Esta ideia gera em alguns decisores, magistrados do Ministério Público e nos representantes das Autoridades Reguladoras auto-satisfação tranquilizada por um circunlóquio de citações concordantes, como se um uso *contra legem* se pudesse impor, por ter apoio na repetição de um certo discurso acusatório, populista e justicialista.

O facto de nunca se saber como serão integradas as lacunas gera uma insuportável indefinição quanto a qual é exatamente o Direito Processual das Contraordenações que vigora e essa incerteza não pode continuar.

Certo é que há muito que muitos pedem – para não dizer todos – uma profunda reforma do Direito das Contraordenações[5], que tarda infinitamente, assim se descredibilizando crescentemente o sistema.

Em 2009 fizemos uma reflexão a dois níveis: no plano do Direito vigente e no plano do Direito a constituir[6].

No plano do Direito a constituir, avançámos com algumas ideias para uma reforma do Direito de Mera Ordenação Social (menos grave) e do Direito Sancionatório das

[5] V., entre muitos outros, AMORIM, Cláudia, "Reforma das Contraordenações: Precisa-se!", *Advogar, Direito & Advocacia*, 23.02.2017. Neste sentido teve muitíssimo mérito o "Colóquio sobre Contra-Ordenações – reforma: Precisa-se?", organizado pelo Fórum Penal – Associação de Advogados Penalistas, que teve lugar na Assembleia da República em março de 2017.

[6] V. SOARES DA VEIGA, Raul, "Legalidade e Oportunidade no Direito Sancionatório das Actividades Reguladoras", in: AA.VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladores* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, (pp. 139-173).

Autoridades Reguladoras (mais grave e que se pode considerar o domínio por excelência das Grandes Contraordenações).

Revisitando essas ideias, parece-nos que elas continuam a ter, no essencial, validade e sobretudo sustentação à luz de um quadro de proporcionalidade que é exigido pela Constituição, desde logo no seu artigo 18º, nº 2.

Propugnámos então que os comportamentos que efetivamente sejam considerados gravemente antiéticos sejam puníveis como crimes. E propugnámos também (quiçá com excesso de criatividade, mas não de praticabilidade) a criação de institutos de autodisciplina para as questões muito pouco graves[7]. Teríamos assim (pelo menos) três graus de gravidade a ter em consideração: o geral das contraordenações, o das Grandes Contraordenações e o das contraordenações bagatelares.

De uma forma ou de outra, vem crescendo a ideia de um Direito das Contraordenações a diferentes velocidades[8] ou com diferentes graus. A responsabilidade contraordenacional por um estacionamento proibido tem muito pouco em comum com a que resulta de um vazamento, ainda que pontual, de óleos numa ribeira. E nem uma nem outra têm nada a ver, seja em termos de complexidade dos factos e das questões jurídicas implicadas, seja em termos das sanções aplicáveis, com a gestão ruinosa de um Banco.

Achar que é tudo o mesmo e que todas essas muitíssimo diferentes questões devem ser processualmente apreciadas de acordo com as mesmas regras pois todas são contraordenações e portanto, na essência, é tudo o mesmo, pois nunca é possível aplicar sanções convertíveis em prisão, é tão errado como achar que todos os crimes são iguais e devem ser apreciados de acordo com as mesmas regras, seja uma alteração de marcos, ou a corrupção de um Ministro.

E, em cada caso, será sempre muito diferente o autor do ilícito ser uma normal pessoa singular ou uma grande empresa.

Como é obvio que todas essas realidades jurídicas devem ser bem diferenciadas (não há adágio mais errado do que o "*ubi lex non distinguit nec nos*").

Há que fazer cair a ideia perversa de que todo o Direito Processual das Contraordenações deve ser sumário, célere, simplista e formal-objetivista. Seguramente não deve sê-lo o das Grandes Contraordenações.

A nosso ver as Grandes Contraordenações deveriam, pura e simplesmente, passar a ser julgadas, na fase judicial, de acordo com as regras do Processo Penal. E, para já, e de *jure condito*, todas as lacunas do RGCO devem mesmo ser integradas de acordo com as regras do CPP, como manda a lei (art. 41º do RGCO). E que as lacunas dos regimes contraordenacionais sectoriais devem mesmo ser integradas de acordo com as regras do RGCO (como mandam os diplomas sectoriais).

E entretanto em que sentido avança a nossa Ordem Jurídica?

---

[7] V. SOARES DA VEIGA, Raul, "Legalidade e Oportunidade no Direito Sancionatório das Actividades Reguladoras", cit., pp. 169-173.

[8] V. Paradigmaticamente e com bons fundamentos, BRANDÃO, "Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades", cit., *passim*.

II. O novo RJCE – início auspicioso da reforma geral do regime das contraordenações e pistas promissoras para o que deve ser um novo Regime Geral das Grandes Contraordenações (RGGC)

Em plena pandemia de Covid-19 surgiu, quando menos se podia esperar, o início de um primeiro momento de reforma do Direito das Contraordenações português, com a criação pelo Decreto-Lei nº 9/2021 de 29 de janeiro, do novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (doravante RJCE), que em suma é um sub-Regime Geral das Contraordenações Económicas, que é aplicável a múltiplas matérias económicas e que levou à adapatação de múltiplos regimes contraordenacionais sectoriais.

Este novo RJCE não é, salvo melhor análise, extremamente inovador em questões jurídicas[9].

Mas constitui, em nossa opinião, um importante primeiro contributo positivo para a demais reforma que se espera, *maxime* quanto às Grandes Contraordenações que propositadamente ficaram excluídas do novo RJCE[10].

O que de todo nele nos parece mais positivo é estas contraordenações económicas, normais (não "Grandes"), terem sido, proporcional e equilibradamente, divididas primeiro em leves, graves e muito graves e, depois, muito diferentemente do que sucede por exemplo com as Grandes Contraordenações do RGICSF (V. artigo 211º), subdistinguidas, novamente com grande sentido de proporcionalidade, entre a responsabilidade das pessoas singulares e a das empresas (micro, pequenas, médias e grandes), estabelecendo-se assim um crescendo, lógico, proporcionado e justo (no sentido de conforme com o princípio da igualdade), de gravidade das respetivas molduras abstratas das coimas aplicáveis – V. artigo 18º do RJCE.

O novo RJCE contém, além disso, toda uma "nova" Parte Geral substantiva, mas que, na sua quase totalidade e com exclusão das consequências jurídicas do facto, pouco inova, quer relativamente à Parte Geral do Código Penal (V. artigos 1º a 39º do CP), quer até relativamente à Parte Geral do RGCO (V. artigos 1º a 16º do RGCO), ainda que entre estas existam conhecidas diferenças, nomeadamente quanto ao conceito unitário de autor nas contraordenações[11].

Queremos aqui referir que nos parece muito auspiciosa a manutenção dessa proximidade de regimes entre Partes Gerais, que consideramos que deve ser mantida num futuro RGGC (até por maioria de razão relativamente às demais contraordenações "Não Grandes"), de modo a continuar nos quadros mentais de todos que as regras fundamentais do Direito Sancionatório dos factos ilícitos, no essencial, não são muito divergentes.

---

[9] Talvez o seja mais em termos tecnológicos, em especial quanto à possibilidade de tramitação eletrónica de todo o processado (V. artigo 43º).

[10] V. artigo 1º, nº 3 do RJCE que afasta precisamente do seu âmbito todas as matérias em que estão previstas Grandes Contraordenações.

[11] Sobre os pontos de possível autonomia dogmática do RGCO relativamente à Parte Geral do Código Penal, V. desenvolvida e detalhadamente, COSTA PINTO, Frederico, "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, n.º 1 (1997), (pp. 7-100) pp. 17-71.

Parece-nos de louvar e de levar também a um futuro RGGC o alargamento da responsabilidade dos entes com personalidades jurídicas imperfeitas[12], próximas das das pessoas coletivas, consagrada no artigo 7º do RJCE, uma vez que nestas matérias (como aliás em quase todas) o que interessa é a substância das coisas e não os formalismos.

Estranha-se a omissão de qualquer regime de desistência e de arrependimento ativo, não querendo acreditar-se que assim se tenha querido sustentar a irrelevância jurídica do espontâneo retorno ao Direito (ideia que seria a todos os títulos de rejeitar) e não sendo também de crer que se tenha confundido esses institutos com o da reparação dos danos (V. artigo 23º nº 2 alínea a) do RJCE), nem com a mera cessação da conduta ilícita (V. artigo 23º nº 2 alínea b) do RJCE).

Também é de louvar a previsão mais diferenciada de sanções acessórias e de condições para a sua aplicabilidade (V. artigos 28º e 29º do RJCE) que igualmente deve ser levada a um novo futuro RGGC.

Já é causadora de perplexidade a primeira previsão normativa do artigo 34º do RJCE, segundo a qual "a perda de bens ou do respetivo valor pode ter lugar ainda que possa não haver procedimento contra o agente". O que legitima então tal perda de bens? Que razões jurídicas poderão permitir que se faça tábua rasa, para o efeito de perda de bens ou do respetivo valor, de toda a parte processual, quer administrativa, quer judicial, do RJCE? Não conseguimos vislumbrar como e portanto consideramos que esta norma é inconstitucional por violação do artigo 32º, nº 10 e do artigo 165º, nº 1, alínea d) ambos da Constituição, já que ambas estas normas constitucionais revelam que não pode considerar-se ter sido cometida uma contraordenação senão através do respetivo processo, em que sejam assegurados ao arguido os direitos de audição e defesa.

Ainda de louvar – e também de adotar num novo RGGC – é a nova lei ter querido (outra vez, com referência ao RGCO) deixar claro que a circunstância de se considerar a impugnação judicial da decisão administrativa materialmente um recurso (V. desde logo e inequivocamente o artigo 68º, mas também os artigos 69º e 72º) não significa que a fase judicial não deva ser – pelo contrário – de contencioso pleno, pois a decisão administrativa condenatória, na fase judicial (apenas) vale como acusação (é outra vez a expressão do artigo 62º nº 1 do RGCO que tanto e – a nosso ver – tão erradamente tem sido ultimamente desvalorizada), mas que é renovada expressamente no artigo 73º do RJCE, com tudo o que isso implica de relegitimação jurídica dessa norma em todo o sistema jurídico (*maxime* no RGCO) e de rejeição pelo legislador democrático da doutrina e da jurisprudência inversas, que pretendiam restringir a impugnação judicial a um mero recurso como que de anulação e, em termos práticos, com uma verdadeira inversão do ónus da prova.

A lei refere-se ao ato de o Ministério Público tornar presentes ao Juiz os autos que lhe foram enviados pela autoridade administrativa, depois de aí recebida a impugnação judicial, mas o que mais releva, nos autos que o Ministério Público apresenta ao Juiz, é a decisão administrativa e a prova produzida na fase administrativa. E é esse conjunto que a lei diz que "vale como acusação". Ou seja, não como decisão jurisdicional de primeira instância

[12] Sobre o assunto, cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979, *maxime* capítulo III, pp. 103-257.

que se manterá se não for procedente o recurso. Mas sim uma tese acusatória que, se não for julgada procedente, deverá necessariamente dar lugar a uma decisão absolutória.

De louvar é ainda, para terminar esta referência ao RJCE, a corretíssima regra de proibição da *reformatio in pejus*, que igualmente é indispensável num novo RGGC, tal como é indispensável em todos os processos restritivos de direitos fundamentais em que não se queira inibir indiretamente o direito ao recurso através do medo de possíveis retaliações agravatórias por parte da entidade decisória posta em causa com o recurso ou incomodada com irreverências da defesa. É oportuno referir aqui que consideramos pois inconstitucional o artigo 230º, nº 3 do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei nº 157/2014, de 24 de outubro, e bem assim o art. 416º nº 8 do CVM que admitem a *reformatio in pejus* em recursos/impugnações judiciais apenas interpostos pelos arguidos, o que constitui, a nosso ver, flagrante violação dos arts. 20º, 268º nº 4 e 32º nº 10 da Constituição por consubstanciar restrição do direito à tutela jurisdicional efetiva na impugnação das decisões condenatórias das Autoridades Reguladoras (contra, porém, V. Ac. TC nº 373/15).

III. O enorme contributo de Augusto Silva Dias sobre o que é que, constitucionalmente, podem ser Grandes Contraordenações

É verdadeiramente extraordinário, à luz da defesa dos direitos fundamentais, constatar-se, que até aos dias de hoje (que é até já tempo de uma profunda reforma das contraordenações e de vésperas de um novo RGGC ou de um novo RGCO que regule as Grandes Contraordenações), não se tenha visto, nem na lei, nem na doutrina, nem na jurisprudência, a explicitação e rigorosa definição de critérios materiais para a delimitação do que pode ou não ser substancialmente contraordenação, quer, por contraposição, quanto ao que tem dignidade material para poder ser crime, quer, por contraposição, quanto ao que não tem dignidade material sequer para poder ser contraordenação[13].

Parece haver uma resignação com a possibilidade de arbítrio do legislador, que teria um poder ilimitado de criação de contraordenações – e portanto também de Grandes Contraordenações.

E que ademais poderia qualificar certo facto, de forma totalmente livre e irrestrita, apenas com base em preferências ao nível da eficácia das sanções, como crime ou como (Grande) contraordenação.

Escreve Nuno Brandão[14]:

[13] No sentido da aceitação de um critério formal, embora revelando a preocupação da busca de um critério ético-social de contraposição entre crimes e contraordenações, com especial referência às Grandes Contraordenações, V. por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 3ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 184-191. Do ponto de vista eminentemente histórico e com muito interesse, cf. LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz, *Sobre o conceito material de contra-ordenação*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006, pp. 99-153, *maxime* pp. 216-226.

[14] BRANDÃO, "Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades", cit., p. 281.

> "À Constituição não poderá pedir-se, todavia, um certo e determinado conceito de contra-ordenação, susceptível de a partir dele ser conformado o conteúdo do facto contra-ordenacional e o respectivo regime processual. Ao contrário do que, de forma mais ou menos assumida, sustentam a doutrina e a jurisprudência dominantes entre nós, a Constituição portuguesa não postula um critério ético-social de contraposição entre crimes e contra-ordenações de acordo com o qual, por definição, factos que per se sejam axiologicamente relevantes estão pré-destinados a receber estatuto criminal e factos que o não sejam devem inexoravelmente remeter-se para a esfera contra-ordenacional. Não faltam exemplos de condutas eticamente censuráveis independentemente de qualquer proibição legal às quais é atribuído o estatuto de contra-ordenação. E até hoje nunca nenhuma dessas contra-ordenações mereceu dos nossos tribunais, incluindo o Tribunal Constitucional. um ·juízo de inconstitucionalidade fundado numa eventual inadmissibilidade constitucional de tipificação como contra-ordenação de factos correspondentes a condutas portadoras de um indiscutível lastro ético-social. Assim, não sendo esse o critério constitucional que preside às escolhas de criminalização ou de contra-ordenacionalização, não deve ser a essa luz ético-social que deverá conformar-se o regime legal contra-ordenacional. O que vale ainda, aliás, para os planos da interpretação das normas contra-ordenacionais e da fiscalização da sua constitucionalidade. Serão igualmente de recusar eventuais propostas de reforma do sistema contra-ordenacional fundadas numa pretensa, mas inexistente. diversidade estrutural entre crimes e contra-ordenações."

A nosso ver, Nuno Brandão não tem aqui razão, sobretudo quando dá relevância ao facto de que "até hoje nunca nenhuma dessas contra-ordenações mereceu dos nossos tribunais, incluindo o Tribunal Constitucional. um ·juízo de inconstitucionalidade fundado numa eventual inadmissibilidade constitucional de tipificação como contra-ordenação de factos correspondentes a condutas portadoras de um indiscutível lastro ético-social".

Temos como seguro que qualquer conduta com dignidade para poder ser crime, pode ser apenas punível como contraordenação (ou mesmo não constituir nem crime nem contraordenação), se, em obediência aos princípios da subsidiariedade e da necessidade do Direito Penal, a Ordem Jurídica já desincentivar suficientemente os comportamentos indesejáveis através de outros ramos do Direito. Pelo que a Constituição, pelo menos fora do chamado Direito Penal de justiça (ou dos *Delicta in Se*, para Augusto Silva Dias), não impõe a criação de tipos penais, nem de tipos contraordenacionais. Não havendo evidentemente inconstitucionalidades por omissão de criação de crimes, nem por omissão de criação de contraordenações. E não havendo, com igual evidência, qualquer inconstitucionalidade por estatuição como contraordenação de um comportamento que materialmente deveria ser crime.

Só o contrário – que implica limites à vontade do legislador ordinário − é que pode suscitar questões de inconstitucionalidade. E essa questão – de limitação do poder legislativo – é que é a questão verdadeiramente mais relevante num Estado de Direito.

Na sua magnífica e monumental obra *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»*[15]encontrámos porém base para essa limitação. Sigamos o pensamento do autor.

Augusto Silva Dias apresenta uma conceção dualista do ilícito punível, distinguindo entre[16]:

a) condutas cuja qualidade criminosa é independente da sua positivação ou tipificação legal, pois atentam contra valores fundamentais da comunidade e portanto são alvo de elevada censurabilidade social e reação pública hostil (*delicta in se*)
b) condutas destituídas desse quadro que só assumem relevância penal por via de um ato de qualificação do legislador (*delicta mere prohibita*)

Fora de específica atenção nessa obra ficaram, intencionalmente, as incriminações tradicionais, nomeadamente as que atentam contra interesses e funções do Estado e contra bens jurídicos da pessoa, vista como indivíduo singular[17].

Na linha da sua obra *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*[18], Augusto Silva Dias elege como material de trabalho – e por inerência como áreas temáticas[19]:

a) os crimes contra o ambiente e contra interesses dos consumidores;
b) os crimes contra a ordem económica (em sentido restrito).

E pretende alcançar resultados [quanto a tais crimes] quer no plano do fundamento ou validade dogmática, quer no plano da política criminal

Distancia-se porém do que qualifica como o "funcionalismo teleológico de Roxin e de Figueiredo Dias", autores que, segundo Augusto Silva Dias, colocam a Política Criminal no centro da sua conceção do Direito Penal e da respetiva ciência.

Augusto Silva Dias sustenta – com o que concordamos em absoluto – que a Política Criminal não deve ter um papel decisivo na escolha e fundamentação das decisões positivas, que devem antes pautar-se, primeira e fundamentalmente, por razões éticas fundamentais da justiça positiva e de segurança jurídica[20].

Para Augusto Silva Dias, a falta de substância ética [de certos ilícitos] provém da circunstância de as regras e os imperativos sistémicos visarem não propriamente a orientação da ação (como seria desejável, acrescentamos nós), mas o impedimento das consequências funcionalmente nefastas da ação[21].

---

[15] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

[16] V. *Idem*, p. 12.

[17] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* cit., p. 14.

[18] V. SILVA DIAS, Augusto, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

[19] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* cit., p. 15.

[20] V. *Idem*, cit., p. 16, nota 16.

[21] V. *Idem*, p. 18.

Augusto Silva Dias contrapõe, no âmbito do "Direito Penal moderno", à "Norma de Conduta" do "Direito Penal clássico", a "Norma de Organização", em que o agente é não a pessoa ética mas o individuo no desempenho de um papel no âmbito de um sistema de prescrições funcionais[22].

A descontinuidade entre as duas espécies de infração penal tem, segundo Augusto Silva Dias, um claro fundamento social e não metafísico ou naturalístico.

Não se ocupa pois de fazer a distinção entre "hipótese de sentido moral" e "hipótese de utilidade", mas sim da distinção entre um "referente prático-ético" e um "referente funcional", cuja sede última radique na "realidade social".

Para Augusto Silva Dias, a "realidade social" é, nas sociedades modernas, decomposta em (na linha de Habermas):

– mundo da vida e
– sistema.

De onde, há que distinguir entre:

– horizonte comunicativo de vivência prática e
– dinâmica funcional dirigida por meios reguladores (poder e dinheiro) que enquadram e influenciam a natureza da intervenção positiva e as estruturas da imputação jurídico-penal[23].

E, assim, suscitam-se a Augusto Silva Dias três problemas subjacentes:

1º Problema – Confrontação de ambos os contextos delitivos com as matrizes referenciais do Direito Penal, ou seja com as estruturas de validade da sua intervenção

A esta luz, algumas incriminações não são reconhecidas, nem justificadas, à luz daquelas matrizes referenciais[24].

Não são moldadas de acordo com "uma ordem ética de tutela de bens jurídicos", mas, usando uma expressão feliz de Frederico da Costa Pinto, segundo "uma ordem técnica de cumprimento de deveres"[25].

Sempre segundo Augusto Silva Dias, Maria Fernanda Palma considera traço distintivo do Direito Penal secundário "a natureza técnica, não materialmente lesiva dos bens, das condutas incriminadas, que são necessariamente concebidas a partir da lesão de deveres jurídicos ou de ordens".

Augusto Silva Dias diz que então essas são incriminações ilegítimas (pois são apenas "*delicta mere prohibita*"). Prendem-se com a artificialidade e a formalidade dos fundamentos e dos termos da sua punibilidade[26].

[22] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»*, cit., p. 19.

[23] V. *Idem*, pp. 19-20.

[24] V. *Idem*, p. 20.

[25] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* cit., p. 21. V. também COSTA PINTO, "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", cit., pp. 7-100, *maxime* pp. 11-16.

[26] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* cit., p. 21.

Augusto Silva Dias considera que a criminalização destas condutas, enquanto atos jurídicos de positivação, não lhes confere eticidade, antes recebe as marcas social-valorativas, a racionalidade social, que ela transporta consigo[27].

2º problema – Comprovação do sentido e das funções da pena em cada uma das espécies delitivas.

Augusto Silva Dias salienta que é diferente, em cada uma, a ordem de precedência entre norma de comportamento e norma de sanção.

Nos *delicta mere prohibita* a norma de sanção tem um papel primordial na sua constituição e na sua configuração dogmática.

A sua qualificação como crime fica dependente de opções em matéria de condução social, designadamente de uma ponderação entre vantagens e desvantagens da aplicação de uma pena, para inibir a prática de condutas que perturbam comprovadamente o funcionamento de certos setores da atividade social[28].

Nos *delicta in se* a pena é apenas um reforço do desvalor ético e um *posterius*[29].

3º problema – Análise das consequências que as diferenças estruturais referidas têm no plano da configuração dogmática das condutas em causa[30].

A diferença fundamental repercute-se na configuração do ilícito típico das duas espécies delitivas, revelando disparidades assinaláveis no plano do desvalor de ação e no do desvalor de resultado, que se refletem nos moldes de compreensão hermenêutica dos tipos legais correspondentes[31].

Para Augusto Silva Dias então:

Cabe ao Direito Penal a ofensa grave aos fundamentos da vida social expressos em bens jurídicos fundamentais, como expressão normativa do reconhecimento intersubjetivo dos participantes na interação social como pessoas livres e iguais, ou, dito de outro modo, como valores de utilidade para a realização individual e social das pessoas numa determinada sociedade[32]. A respetiva ofensa comporta pois um dano que significa uma negação do reconhecimento do outro ou outros, como iguais.

Cabe ao Direito das Contraordenações a violação de deveres que tutelam interesses de ordenação de setores de atividade económica e social e/ou visam a prevenção de perigos genéricos. Há pois fundamento para submeter uma atividade ao Direito das Contraordenações quando existir carência de regulação de uma dada atividade por necessidades de ordenação e/ou de prevenção institucional de perigos[33].

Portanto:

---

[27] V. *Ibidem*.

[28] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* cit., p. 22.

[29] V. *Ibidem*.

[30] V. *Ibidem*.

[31] V. SILVA DIAS, *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»,* cit., p. 23.

[32] V. *Idem*, pp. 644 e ss. e SILVA DIAS, Augusto, *Direito das contra-ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 48 e pp. 50-51.

[33] V. SILVA DIAS, *Direito das contra-ordenações*, cit., p. 54.

Comportamentos que atentam contra os fundamentos da sociedade, ancorados na ideia de reconhecimento recíproco de pessoas livres e iguais e nos bens jurídicos que explicitam aquela ideia – poderão ser crimes[34].

Comportamentos que atentam contra interesses de organização e funcionamento de setores da atividade económico-social e/ou que frustram regras estatuídas para a prevenção de perigos – poderão ser contraordenações[35].

Para Augusto Silva Dias a diferença entre os respetivos regimes jurídicos (gerais) revela também uma diferença qualitativa[36].

Porém, já no plano das infrações singulares ou concretas não é, segundo ele, possível dar resposta unívoca[37]: "Em vão encontraremos um critério material de distinção", diz Augusto Silva Dias. "Para não falar já dos casos de autêntica e total sobreposição dos ilícitos penal e contraordenacional"[38].

Além de falta de orientação e deficiente técnica do legislador[39], temos a sujeição à discricionariedade do legislador, que "não segue quaisquer regularidades materialmente relevantes", acrescenta Silva Dias citando Roxin[40].

Augusto Silva Dias sufraga então a ideia de Achenbach de que as "Grandes Contraordenações" económicas (infrações cujo limite máximo de coima supera um milhão de euros) refletem uma danosidade social e uma severidade positiva tais que as torna semelhantes aos crimes antieconómicos[41]. Mas diverge do mesmo autor porque considera que a danosidade social das Grandes Contraordenações económicas não corresponde à afetação de bens jurídicos, porque lhes falta a danosidade pessoal indispensável para que a respetiva ofensa comporte um dano que signifique uma negação de reconhecimento do outro ou outros como iguais[42].

Esta ressalva faz todo o sentido à luz do primeiro problema suscitado por Augusto Silva Dias – o da "confrontação de ambos os contextos delitivos com as matrizes referenciais do Direito Penal" – e também aqui nos parece que Augusto Silva Dias tem razão, nomeadamente no que respeita a vários tipos de Crimes Anti-económicos e de Grandes Contraordenações, como os de mera desobediência a ditames das Autoridades

---

[34] V. *Idem*, pp. 48-51.

[35] V. *Idem*, pp. 48-51.

[36] V. *Idem*, pp. 51-52.

[37] V. SILVA DIAS, *Direito das contra-ordenações*, cit., p. 53.

[38] V. *Ibidem*.

[39] V. SILVA DIAS, *Direito das contra-ordenações*, cit., p. 54.

[40] V. *Ibidem*.

[41] V. SILVA DIAS, *Direito das contra-ordenações*, cit., p. 55.

[42] V. SILVA DIAS, *Direito das contra-ordenações*, cit., p. 54. Já assim, *Idem*, p. 50 *in fine*, referindo porém o pensamento em sentido contrário de LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 61 ss., como sendo de sentido contrário, na medida em que consideraria que todas as Grandes Contraordenações lesam verdadeiros bens jurídicos. A nosso ver, as posições destes dois autores não são necessariamente contrárias, antes nos parecendo que a diferença entre ambos reside no que entendem ser bens jurídicos: Lobo Moutinho os interesses protegidos nos tipos penais ou contraordenacionais e Silva Dias apenas os comportamentos que são alvo de uma elevada censurabilidade social e reação pública hostil e que constituem a negação do reconhecimento do outro como igual.

Reguladoras, contrariamente àqueles em que há mesmo uma lesão de bens jurídicos, como a contraordenação de gestão ruinosa prevista no art. 211º nº 1 al. k) do RGICSF.

Diríamos então, crendo estar a ser fiéis ao pensamento de Silva Dias, que, tratem ou não de matéria antieconómica (ou, nas muito sugestivas palavras de José António Veloso, também de "infracções gerais da deontologia da actividade financeira"), os atos que lesem bens jurídicos (clássicos ou contemporâneos), pois constituem a negação do reconhecimento do outro, ou outros, como iguais, podem ser tipificados pelo legislador, quer como Crimes quer como Grandes Contraordenações, em conformidade com o artigo 18º, nº 2 da Constituição.

Mas, quando se trate de comportamentos que não lesem bens jurídicos, qualquer dessas tipificações será inconstitucional.

Esta ideia está para nós certíssima, uma vez que já antes pensávamos[43], que as condutas em que há lesão de bens jurídicos, ainda que tipificadas como Grandes contraordenações, materialmente, são crimes.

O legislador pode tipificar tais condutas como Contraordenações, se considerar que isso é o mais eficaz ou mais conveniente, em termos das suas opções de política criminal e dada a subsidiariedade do Direito Penal.

Relativamente às condutas em que não haja violação de bens jurídicos (clássicos ou contemporâneos), de tal modo que tais atos não constituam a negação do reconhecimento do outro ou outros como iguais, então já só podem ser punidas como contraordenações normais (não Grandes Contraordenações), como é o caso das contraordenações previstas – e bem! – no novo RJCE, com importantes valores máximos das coimas (mas que não são enormemente elevados, como os das Grandes Contraordenações).

Augusto Silva Dias deu-nos assim um critério material para distinguir as ações que materialmente podem ser Crimes e Grandes Contraordenações, ainda que possam dizer respeito a novas realidades e até a matérias económicas (os "*delicta in se*"), por um lado, das ações que materialmente não podem ser Crimes nem Grandes Contraordenações (algumas destas normas incriminadoras são por ele expressamente consideradas inconstitucionais) do chamado Direito Penal moderno e das contraordenações (os "*delicta mere prohibita*"), por outro lado, o que permite a formulação de fundados juízos de inconstitucionalidade, por violação do artigo 18º nº 2 da Constituição, que consagra o princípio da proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais.

Mas, além disso, resulta da demonstração científica de Augusto Silva Dias, que as ações que, legitimamente (em termos constitucionais), podem ser Crimes Anti-económicos e Grandes Contraordenações são afinal as mesmas, ou seja são aquelas em que há lesão de bens jurídicos (de verdadeiros bens jurídicos![44]).

Assim sendo, o legislador dará a certos comportamentos na área da regulação económica – e que se consubstanciem na lesão de bens jurídicos, tratando pois o outro ou outros como não iguais − consequências criminais ou contraordenacionais consoante

[43] V. SOARES DA VEIGA, "Legalidade e Oportunidade no Direito Sancionatório das Actividades Reguladoras", cit., p. 169.

[44] Sobre o que são verdadeiros bens jurídicos (o que obviamente não é o mesmo que o mero propósito da criação de um tipo penal ou contraordenacional, nem que todo o interesse protegido nesses tipos), V., por todos, FIGUEIREDO DIAS, cit, Cap. 6º, em especial págs. 129 a 144.

o que considerar mais necessário ou mais eficaz para contra-motivar a desobediência à norma de determinação de condutas que estiver em causa.

Não poderá é – *de jure condito* – tipificar como Grandes Contraordenações tudo o que quiser. Tal como o não poderá fazer em sede de incriminações anti-económicas. Sob pena de inconstitucionalidade material.

E, ainda *de jure condito*, insistimos no efetivo respeito pelo art. 41º do RGCO e portanto pela aplicabilidade subsidiária do CPP em tudo o que o RGCO não regula, bem como pela aplicabilidade subsidiária do RGCO em tudo o que os regimes setoriais não regulam.

Mas, se umas e outras condutas gravemente ilícitas e muito gravosamente puníveis são *ex ante* equivalentes, em termos de danosidade social e de reprovação ética (referimo-nos àquelas em que há lesão de bens jurídicos e portanto a sua tipificação como Crimes ou Grandes Contraordenações é conforme ao art. 18º nº 2 da Constituição), então parece-nos perfeitamente curial e adequado, *de jure condendo*, que, melhor ainda do que se tentar criar um novo regime jurídico próprio para as Grandes Contraordenações, mais garantístico do que o do RGCO e do que o do RJCE, será passar a julgar-se as Grandes Contraordenações (que materialmente poderiam ser crimes e só o não são porque o legislador circunstancialmente preferiu tipificá-las como contraordenações) em verdadeiro e próprio processo penal[45] (sem as dúvidas, como as que hoje em dia permanentemente perturbam os processos, sobre o que é ou não é aplicável do Código de Processo Penal aos processos contraordenacionais)[46].

---

[45] V. Nuno Botelho Moniz Lumbrales, com especial referência à interessante discussão tida na Comissão Constitucional sobre o diploma que introduziu o Direito de Mera Ordenação Social em Portugal (Decreto-Lei nº 232/79 de 24/07) – V. Parecer nº 4/81 da Comissão Constitucional – dá detalhada conta das razões que levaram a que o legislador optasse pela jurisdição comum para a apreciação das impugnações judiciais das decisões condenatórias administrativas, as quais são em grande medida aqui invocáveis, cf. LUMBRALES, *Sobre o conceito material de contra-ordenação*, cit., pp. 112-115.

[46] Questão diversa é – em que Tribunais ? Embora não possamos desenvolver aqui essa questão, diríamos que, *de jure condendo*, deveria passar a julgar-se essas Grandes Contraordenações, consoante os casos: ou no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quando as matérias caibam na sua competência; ou nos Tribunais de Pequena Instância Criminal (quando existam na comarca em causa); ou nos Tribunais de Comarca. E, em princípio, sempre em processo comum e Tribunal Singular.
Dirão alguns – talvez com excessiva pressa – que a ideia acabada de expor é um contrassenso sistemático, pois não tem sentido julgar em Tribunais Criminais senão crimes.
Não é porém necessariamente assim.
Para além de ser, desde sempre, consensual que os Tribunais Criminais decidem questões prejudiciais não penais (V. artigo 7º do CPP) e julgam questões civis de responsabilidade civil delitual no âmbito do princípio da adesão (V. artigos 71º a 84 do CPPP), várias outras questões não criminais, mas gravemente restritivas dos direitos fundamentais dos cidadãos, são regidas pelo processo penal.
A Lei de Saúde Mental (aprovada pela Lei nº 36/98 de 24 de julho) contém um procedimento próprio para o internamento compulsivo (V. artigos 6º a 21º dessa Lei), mas estatui no seu artigo 9º que "nos casos omissos, aplica-se, devidamente adaptado, o disposto no Código de Processo Penal".
A Lei sobre entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (aprovada pela Lei nº 23/2007 de 4 de julho), seja a propósito de decisão de recusa de entrada (V. artigo 38º nº 4), seja a propósito de decisão de afastamento coercivo (V. artigo 146º nº 1), seja a propósito de medida autónoma de expulsão judicial (V. artigo 152º nº 1 alíneas a) e b)), estatui a competência dos juízes de pequena instância criminal, nas suas áreas de jurisdição, e dos tribunais de comarca, nas restantes áreas do País. E estatui também a aplicabilidade subsidiária do disposto no Código de Processo Penal em matéria de recursos (V. artigo 158º).

Salvo melhor opinião, isso teria grandes ganhos na tutela dos direitos fundamentais dos arguidos, na diminuição das questões de inconstitucionalidade por preterição de direitos de defesa, seria praticável, descomprimiria o TCRS e distribuiria por todo o País tais julgamentos (ademais com grandes ganhos económicos para o País, que por certo muito economizaria com curtas deslocações aos Tribunais de Comarca locais, em vez das atuais grandes deslocações dos arguidos e testemunhas a um único Tribunal no centro do País e, ainda assim, não se acabaria com a medida, tão descentralizadora quanto demagógica, que foi criar um só Tribunal nacional em Santarém).

Convolada em acusação a decisão condenatória administrativa por Grandes Contraordenações (mas só aí), tem de haver plena apreciação de todos os pressupostos da responsabilidade contraordenacional aí imputada, através de um autêntico *due process of law*, plenamente destinado ao apuramento da verdade material e com todas as garantias de defesa dos cidadãos, como só pode efetivamente suceder em autêntico processo penal.

Contribuir-se-ia assim para que não houvesse nestas matérias violação, por falta de garantias processuais, do artigo 6º da CEDH e, bem assim, para a credibilização do sistema das contraordenações, pois, pelo menos nos seus casos mais graves, havendo impugnação judicial, haveria um julgamento autêntico, com as garantias e a exigência probatória de um verdadeiro processo penal e não, como agora, uma apreciação mais ou menos sumária e formal que, salvo raras e honrosas exceções, fica muito aquém disso.

Não obstante, o que aqui cabe enfatizar é que muito contribui para a credibilização do sistema das contraordenações é, devido ao mérito de Augusto Silva Dias, não se poder continuar a pensar que é consensual que o legislador pode, sem qualquer limite constitucional, criar as Grandes Contraordenações que quiser e portanto querer que se apliquem as mais brutais sanções pecuniárias (e gravíssimas sanções acessórias de inibição de profissão por largos anos) aos comportamentos anti-económicos ou de desobediência aos Reguladores que lhe aprouver, ainda que sem sombra de lesão de bens jurídicos – assim o Tribunal Constitucional deixe de ser tão formalista e aprecie essas questões de inconstitucionalidade...

E, mesmo em matéria de contraordenações, de acordo com o artigo 130º nº 2 alínea d) da Lei Orgânica do Sistema Judicial, a competência para o julgamento da fase judicial do processo contraordenacional é já dos juízos locais criminais e de competência genérica, salvo os recursos de impugnação judicial cuja competência esteja atribuída a juízos de competência especializada ou a tribunal de competência territorial alargada (o Tribunal da Propriedade Intelectual e o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão têm as suas competências materiais delimitadas pelas Autoridades Administrativas competentes para proferirem decisão na fase administrativa, da qual caiba impugnação judicial − V. artigo 111º nº 1 alíneas f) e h) e artigo 112º nº 1 da LOSJ.

VÁRIA

HOMENAGENS PESSOAIS

A MINHA HOMENAGEM PÓSTUMA A SILVA DIAS

Fausto de Quadros*

Tenho muito gosto em me associar à homenagem que desta forma a Faculdade presta ao Professor Silva Dias, que infelizmente tão cedo nos deixou. É verdade que os dois pertencemos a diferentes Grupos de disciplinas, ele ao grupo das Ciências Jurídicas, eu ao das Ciências Jurídico-Políticas, mas isso não me impediu de o conhecer muito bem.

Antes de mais, eu apreciava muito as qualidades pessoais de Silva Dias. Era uma pessoa de relações fáceis, porque se preocupava muito em ser cordial com os Colegas e, pelo que sei, também com os Alunos. Assim procedeu nas várias tarefas que teve a seu cargo na Universidade e, concretamente, nos seus órgãos. Cuidava muito da simpatia pessoal no convívio com todos no mundo académico.

No aspecto profissional, é verdade que não estou em condições de o avaliar diretamente porque não foi meu Aluno nem fui vogal de algum Júri que o tenha classificado em provas académicas, além do que, como acima referi, pertencemos a áreas muito diferentes da Ciência do Direito. Todavia, o seu brilhante *curriculum* académico mostra que ele produziu imenso no plano científico e em variadas matérias da Criminologia, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. A Faculdade de Direito de Lisboa já tem uma Escola vasta e de elevado valor nessas áreas e Silva Dias era um membro ilustre dessa Escola.

Merecem também referência especial a colaboração dada por Silva Dias durante muitos anos à Universidade Lusíada e a sua actividade intensa levada a cabo na matéria da cooperação jurídica com os Estados lusófonos. Essa cooperação jurídica tem sido uma área em que a nossa Faculdade se tem empenhado profundamente desde que ela se tornou possível e, portanto, o País fica a dever à Faculdade o inestimável serviço que ela tem levado a cabo na permanente aproximação cultural entre Portugal e os povos que connosco têm um passado comum e que, por isso, falam a nossa língua e cultivam alguns dos nossos valores.

O facto de Silva Dias e eu termos pertencido a áreas científicas diferentes, como acima ficou explicado, não nos impediu de encontrarmos muitos pontos de contacto nas preocupações científicas de cada um de nós. Foram muitas as oportundades que tivemos de conversar sobre domínios da Ciência de interesse comum e sempre com grande proveito para mim. Assim aconteceu com o poder sancionador, que a ele interessava na perspectiva do Direito Penal e a mim na perspectiva do Direito Administrativo, nacional ou Europeu, do Direito Internacional e do Direito Europeu.

* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Como bom Universitário que era, não se esquecia, no estudo do Direito Penal, da dimensão não só estadual mas também internacional e europeia do processo sancionador. Por exemplo, muitas vezes debatemos a difícil relação entre o contencioso penal e o contencioso administrativo das contraordenações. O debate sobre essa difícil zona de fronteira entre o Processo Administrativo e o Processo Penal continua em aberto na lei e na doutrina portuguesas, tal como se passa também noutros Estados europeus, como, por exemplo, a Espanha, a França e a Alemanha. Também trocámos ideias sobre a justiça penal internacional, particularmente sobre o Tribunal Penal Internacional e as complexidades do seu regime jurídico. Ou sobre as sanções políticas que a União Europeia pode aplicar aos Estados membros pela violação dos valores que o Tratado de Lisboa introduziu na Tratado da União Europeia, ou sobre as sanções económicas que ela pode impor aos Estados membros e às suas empresas por infrações ao Direito Europeu da Concorrência.

No que respeita especificamente ao Direito Internacional e ao Direito Europeu, tanto na vertente do Direito formado à sombra da Convenção Europeia dos Direitos do Homem como na variante do Direito da União Europeia, conversámos, muito frequentemente, sobre os direitos fundamentais, inclusive sobre o regime da sua salvaguarda a esses níveis por confronto com os Direitos estaduais, particularmente na hipótese, que acontece algumas vezes, de as Constituições nacionais protegerem menos os direitos fundamentais do que o Direito daquela Convenção e o Direito da União. Particular interesse tínhamos os dois, no nosso diálogo, pelas inovações trazidas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Por tudo isso, é com muita saudade que recordo Silva Dias. E dele guardarei sempre a imagem que resulta das linhas anteriores: a de um Homem bom, uma Personalidade cativante e um Académico distinto.

Colares, Sintra, Março de 2021

DIREITO ADMINISTRATIVO

INOBSERVÂNCIA DE IMPEDIMENTO E PERDA DE MANDATO AUTÁRQUICO

José Manuel Sérvulo Correia*

O estudo do Direito pode ser, por vezes, uma desilusão, uma questão de aplicar normas estritas e procedimentos antiquados a uma realidade que não colabora[1]

SUMÁRIO: Introdução; I. Enquadramento normativo; II. Tratamento jurisprudencial; III. Natureza da responsabilidade do autarca pela inobservância de impedimento; IV. Natureza da decisão de perda de mandato; V. Pressupostos da decisão da perda de mandato; VI. O juízo de ponderação; Conclusão.

Introdução

1. A demarcação entre o Direito Administrativo e o Direito Penal não corresponde apenas à necessidade de ordenar cada uma das respetivas matérias de per si para efeito do estudo e lecionação nas academias. Trata-se, na verdade, de setores da Ordem Jurídica com embasamentos constitucionais e legislativos distintos, obedecendo a princípios em boa medida próprios e utilizando conceitos raramente comuns pois que, ainda quando são os mesmos os vocábulos, o respetivo sentido varia em maior ou menor grau. No entanto, a unidade do sistema jurídico taxaria de irrealismo quaisquer tentativas de estabelecer delimitações absolutamente estanques entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. E assim é que, a par de situações jurídicas mistas, com componentes de ambas as origens, são vários os subsistemas ou institutos jurídicos situados em zona cinzenta entre os dois blocos. É esse, nomeadamente, o caso do Direito Contraordenacional e do Direito Administrativo Disciplinar, mas não deveria ser o do instituto da perda de mandato autárquico.

2. Como resulta, por analogia, do n.º 3 do artigo 242.º da Constituição (CRP) e, designadamente, dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 27/96, de 1 de agosto (Lei da tutela administrativa – LTA), a perda de mandato autárquico, designadamente

* Professor Catedrático Jubilado da FDUL. Investigador Principal Sénior do Centro de Investigação de Direito Público. Advogado (Sérvulo & Associados).

[1] Cf. BARACK OBAMA, *Sonhos do meu Pai*, Lisboa: Reverso, 2021, p. 191.

quando resultante de preterição de impedimento legal, constitui uma medida de tutela administrativa. E a esta medida atribui-se tradicionalmente a qualificação de *sancionatória*[2].

Partindo desta qualificação (que não é inteiramente errónea mas não traduz por si só satisfatoriamente a natureza da medida de perda de mandato), os tribunais administrativos continuam, de um modo geral, a julgar sob a perspetiva de um eixo entre gravidade da culpa – automaticamente decorrente da inobservância da norma sobre impedimento – e a perda de mandato com a essência de reparação da indignidade, ou seja, de modo de restituição à sociedade, pelo agente, graças ao sacrifício pessoal que lhe é infligido, do bem equivalente ao mal cometido.

No entanto, ainda que sob a finalidade de basear a decisão na gravidade da culpa do agente, os tribunais enveredam ao mesmo tempo por raciocínios claramente objetivistas, alheios, a nosso ver, à apreciação da culpabilidade no caso concreto. Assim é porquanto, por um lado, se radica na inobservância da norma sobre o impedimento uma presunção absoluta de parcialidade que dispensa o exame da motivação e, portanto, daquilo que, em concreto, a intervenção ilegal realmente visou. E, por outro lado, ao passo que a norma fulcral (o artigo 8.º, n.º 2, da LTA) pressupõe uma situação em que se haja visado "a obtenção de vantagem patrimonial para si ou para outrem", a jurisprudência considera preenchida a previsão legal sempre que o ato procedimental ou administrativo, ou o contrato, tenha um *efeito patrimonial*, tomando este *tipo de efeito* pela *vantagem* a que alude a norma. Abstrai-se deste modo da interrogação sobre se se trata ou não de um benefício indevido que a intervenção ilegal tenha ou possa ter propiciado. A verdade é que serão raros os casos em que o ato administrativo ou contrato relativamente aos quais o autarca tenha intervindo, imediatamente ou mediatamente através do procedimento preparatório, terão um objeto meramente ideal. Mas esta equivalência entre a *obtenção de vantagem* e a *produção de quaisquer efeitos de natureza económica correspondentes ao tipo de ato ou de contrato* ignora a qualificação especial operada na segunda parte do n.º 2 do artigo 8.º da LTA relativamente à matéria da primeira parte. E, assim sendo, essa equivalência constitui em fundamento da perda de mandato a esmagadora maioria das intervenções operadas em inobservância do impedimento legal.

3. Como, no entanto, adiante se sustenta, tal orientação não satisfaz o imperativo de proporcionalidade que flui dos artigos 18.º, n.º 2, e 242.º, n.º 3, CRP, designadamente por défice de ponderação dos elementos a tomar em conta à luz da essência da tutela administrativa sobre as autarquias locais. Diga-se de antemão que este resultado a nosso ver insatisfatório não é somente imputável aos tribunais, visto que estes se ressentem da deficiente estruturação legislativa do regime da perda de mandato autárquico por inobservância de impedimento legal.

[2] Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Lisboa: Coimbra Editora, 1973, p. 369; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, Reimp. De 2019, p. 734. ANDRÉ FOLQUE, *A Tutela Administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 247, 386 e 389, entre outras. O Autor interroga-se, porém, e com razão sobre se a dissolução e outras medidas congéneres podem ser encaradas como sanções, dada a incompatibilidade do poder sancionatório com a essência da tutela administrativa.

I. Enquadramento normativo

4. Não escasseiam na nossa Ordem Jurídica as normas pelas quais se procura garantir a imparcialidade da atuação da Administração Pública, prevenindo o risco de conflito de interesses públicos e privados na atuação dos titulares dos respetivos órgãos e afastando, desse modo também, as razões para a suspeita de parcialidade por parte da opinião pública. Dá-se, através de tais normas, execução às diretivas formuladas na parte final do artigo 9.º do CPA, dedicado à densificação do conteúdo do princípio da imparcialidade: as de adoção das "... soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção". A solução organizatória consiste na definição dos sujeitos a impedimento e a procedimental na figuração de pressupostos, ou seja, na tipificação de situações de risco de parcialidade ou de razoável dúvida pública sobre a mesma. O legislador centra tais situações na zona de interseção do objeto da atividade administrativa com a possível titularidade de interesses privados conflituantes com os interesses púlblicos a prosseguir, interesses aqueles subjetivados na pessoa do decisor ou de quem com ele tenha relações de proximidade que as normas destrinçam.

A listagem dos "casos de impedimento" com alcance para o Direito Administrativo Geral consta hoje do artigo 69.º, n.º 1, do CPA. Com pequenos alargamentos do espetro, ela corresponde à do anterior CPA, provindo, portanto, do ano de 1991. Mas, como sublinhavam, já em relação a este anterior diploma, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, "... a verdade é que, não é só no Código que encontramos normas sobre impedimentos. Muitas leis especiais os estabelecem para casos e cargos especiais..."[3]. Para o nosso tema sobressaem a este propósito dois diplomas. Por ordem cronológica, o primeiro é o *Estatuto Dos Eleitos Locais*, aprovado pela Lei n.º 29/87, de 30 de junho[4]. No respetivo artigo 4.º, alínea b), subalínea iv), fixam-se casos em que os eleitos locais não devem intervir em procedimento administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado nem participar na apresentação, discussão ou votação de assuntos em que haja interesse próprio ou de cônjuge, parentes ou afins ou de qualquer outra pessoa com quem o autarca viva em economia comum. Trata-se, como o preceito o qualifica, de um dever "em matéria de prossecução do interesse público". Interessa, por outro lado, a Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, que aprova o *Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos*, entre os quais se compreendem os membros dos órgãos executivos do poder local (artigo 2.º, n.º 1, alínea i)). Versam-se, no respetivo artigo 9.º, impedimentos aplicáveis a estes, por si ou nas sociedades em que exerçam funções de gestão ou detenham, isoladamente ou conjuntamente com familiares próximos, uma participação que ultrapasse um limite pouco significativo.

Naquilo que toca aos membros dos órgãos autárquicos, cada um dos diplomas citados acrescenta um tópico relevante ao regime dos casos de impedimento. O artigo 4.º, alínea b), subalínea iv), do *Estatuto dos Eleitos Locais* densifica o conceito de "intervenção em

[3] Cf. *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 243.

[4] A Lei n.º 29/87 foi por diversas vezes alterada, ultimamente pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março.

procedimento administrativo ou em ato ou contrato" do artigo 69.º, n.º 1, do CPA, precisando que o impedimento abrange a participação "na apresentação, discussão ou votação". Por seu turno, embora apenas quanto aos "membros dos órgãos executivos de poder local", ou seja, das câmaras municipais e das juntas de freguesia, o artigo 9.º do *Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos*, aprovado pela Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, estende o impedimento não apenas às intervenções a título individual mas às de empresas em que o titular do órgão executivo, por si ou conjuntamente com próximos que o diploma elenca, detenha, no capital social, uma participação superior a 10% ou cujo valor seja superior a 50.000 €.

5. Mas o regime dos impedimentos não se poderia quedar apenas pela relação normativa dos casos em que eles se verificam. Como é óbvio, sempre teria de se proceder à enunciação de consequências para a respetiva inobservância. A ordenação normativa dessas consequências processa-se em dois planos: o da localização sistemática da atividade pública reativa e o da configuração das correspondentes medidas no tocante ao procedimento e processo e às respetivas natureza e materialidade.

6. A localização, no mapa do sistema jurídico, do regime de reação à inobservância de impedimento por parte de titular de órgão autárquico é importante para o entendimento das normas, parecendo-nos que daquela se não têm, porventura, extraído ilações devidas para efeito do trabalho dogmático sobre a finalidade da medida de perda de mandato e a identificação e ponderação dos respetivos pressupostos. Do enquadramento constitucional e legislativo resulta com toda a clareza que a perda de mandato é uma medida integrante do instituto da *tutela administrativa sobre as autarquias locais*.

É no Título VII da Parte III da CRP, dedicado ao Poder Local, que se insere o artigo 242.º, que tem por epígrafe "Tutela Administrativa". E o n.º 3 deste artigo – fulcral para a matéria do presente estudo – dispõe que "A dissolução de órgãos autárquicos só pode ter por causa ações ou omissões ilegais graves". Sendo certo que este preceito se refere expressamente apenas à dissolução de órgãos, é igualmente incontestável a sua aplicabilidade por analogia à perda de mandato autárquico.

Ambas as decisões têm por conteúdo a interrupção de mandato. A diferença reside apenas na circunstância de elas abrangerem ora a totalidade dos membros de um órgão colegial ora, isoladamente, um titular. Trata-se sempre de uma intervenção de um órgão do Estado sobre um órgão de uma artarquia, limitativa da autonomia local e restritiva do mesmo conteúdo de idênticas posições jusfundamentais concretas[5].

A aplicação analógica do artigo 242.º, n.º 3, CRP, à perda de mandato incidindo isoladamente sobre um suporte de órgão autárquico colegial ou individual (como é o caso dos presidentes da câmara municipal e da junta de freguesia no exercício de competências próprias ou delegadas) tem plena justificação. A ausência de previsão do co-

[5] Sobre o conceito de *intervenção restritiva (Grundrechtseingriff)* como afetação negativa do conteúdo de posição individual que resulta da titularidade de um direito fundamental, cf. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação Do Sistema De Direitos, Liberdades E Garantias Na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 475. Como adiante se verá, trata-se da afetação negativa dos direitos fundamentais de participação na vida pública e de acesso a cargos públicos (artigos 48.º e 50.º CRP).

metimento de ilegalidade grave por um suporte singular de órgão autárquico constitui uma lacuna. A garantia institucional da autonomia local pela CRP significa que as respetivas compressões deverão possuir elas também uma legitimação constitucional. E, manifestando o n.º 3 do artigo 242.º um plano de intervenção estadual para efeito de defesa da unidade do Estado através da prevenção de situações de irredutível ilegalidade no seio de autarquias, não se alcança qual pudesse ser o propósito lógico de circunscrever a intervenção reparadora aos casos de cometimento de conduta ilegal em quadro colegial, deixando de fora as condutas ilegais graves individualizadas de titulares dos mesmos órgãos. E, não se invocando a analogia para estender o âmbito de intervenções restritivas de Direitos Fundamentais, mas antes para assegurar idêntico grau de proteção em situações semelhantes, nada obsta ao emprego do raciocínio analógico que a proximidade das situações recomenda. E o mesmo se diga da consonância entre o recurso à analogia e o influxo diretivo de princípios gerais disciplinadores da atividade administrativa, sobretudo, para este efeito, os da igualdade e proporcionalidade. Constituiria desigualdade de tratamento estabelecer o critério limitativo da gravidade da conduta ilegal para isentar da perda de cargo os que se comprometessem com ações ilegais menos graves agindo no seio de órgãos colegiais mas não assim quando atuando isoladamente. Portanto, o travão avançado pelo advérbio "só", no n.º 3 do artigo 242.º, tanto deverá assegurar a proporcionalidade da reação tutelar num caso como noutro[6].

Parece, pois, legítimo concluir que, da Constituição resulta a pertença da medida de perda de mandato autárquico ao instituto da tutela administrativa sobre as autarquias locais, ainda que graças à analogia com a medida de dissolução de órgãos autárquicos, a única expressamente prevista no n.º 3 do artigo 242.º.

No plano do direito legislado, a *Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto*, (LTA) destina-se, segundo o respetivo artigo 1.º, n.º 1, a estabelecer o *regime jurídico da tutela administrativa a que ficam sujeitas as autarquias locais e entidades equiparadas*. E, no artigo 7.º, interpretando por certo o n.º 3 do artigo 242.º CRP no sentido institucional que lhe reconhecemos, a LTA qualifica a par a perda de mandato e a dissolução de órgãos como medidas que *podem* ser determinadas pela prática de ilegalidade no âmbito da gestão das autarquias locais e entidades equiparadas.

Fica assim sumariamente apresentado o plano da localização sistemática da atividade pública reativa à participação de titulares dos órgãos autárquicos na prática, por ação ou omissão, de ilegalidades no âmbito da gestão das autarquias locais. Esse plano é, sem dúvida, o da tutela administrativa do Estado sobre as autarquias. Quanto à configuração das correspondentes medidas da tutela no tocante ao procedimento e processo e à determinação das respetivas natureza e materialidade, esse será o objeto do estudo levado a cabo nas rubricas seguintes.

[6] Sobre a força dos princípios gerais na orientação do recurso à analogia em Direito Público, cf. PAULO OTERO, *Prefácio*, in FILIPA LEMOS CALDAS (Coord.), *Analogia Em Direito Administrativo: Os Limites À Integração Analógica De Normas Administrativas*, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, pp. 14 e 15. Sobre o preenchimento de lacunas em Direito Administrativo, cf. SÉRVULO CORREIA, *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites*, in: PAES MARQUES / JOSÉ DUARTE COIMBRA /FIDALGO DE FREITAS (Org.), *Escritos de Direito Público*, I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 189-191.

II. Tratamento jurisprudencial

7. A LTA tipifica várias causas de perda de mandato pelos membros dos órgãos das autarquias. Mas o presente estudo respeita apenas a uma delas, que é, aliás, a que tem dado maior ocasião à emissão de jurisprudência. O nosso tema, ou seja, *a perda de mandato por inobservância de impedimento legal no exercício das funções ou por causa delas*, corresponde à matéria do artigo 8.º, n.os 2 e 3, da LTA. No n.º 2, formula-se a previsão do pressuposto da medida e a respetiva estatuição. O n.º 3 estende a sua aplicabilidade no tempo ao mandato imediatamente posterior àquele em cujo decurso tenha ocorrido a inobservância.

A subsunção nas causas de perda de mandato elencadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 8.º será, em princípio, puramente automática[7]. A par do n.º 2 do artigo 8.º, apenas nos interessa a remissão, pela alínea d) do respetivo n.º 1, para o elenco de atos previstos no artigo 9.º, no tocante à alínea i) deste último, por força da qual constitui causa da perda de mandato a prática, por *ação ou omissão dolosa, de ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público*. O artigo 9.º tem por objeto a dissolução de órgãos autárquicos (e de entidades equiparadas). Sublinhámos, a propósito da aplicação analógica do artigo 242.º, n.º 3, CRP, o paralelismo entre a dissolução de órgãos e a perda de mandato enquanto medidas de tutela administrativa do Estado sobre as autarquias locais. Mas, como adiante se expõe, se o paralelismo justifica idêntica exigência de proporcionalidade na tomada dessas medidas, nem por isso terá de ser a mesma a competência para as proferir se pensarmos *de iure condendo*. Aquilo, porém, que neste ponto importa sublinhar é que a cominação da perda de mandato por força do disposto pela alínea d) do n.º 1 do artigo 8.º desemboca numa lista de pressupostos da medida de dissolução, formulada nas alíneas do artigo 9.º, das quais apenas interessa para a nossa análise a da alínea i). As restantes identificam ações ou omissões no quadro do colégio orgânico que, provavelmente, apenas relevarão para uma perda de mandato individualizada após eleição subsequente aos factos relevantes.

8. Torna-se pelas razões que antecedem fácil de entender que a jurisprudência dos tribunais administrativos sobre a perda de mandato se concentre na interpretação e aplicação do artigo 8.º, n.º 2, da LTA. Procuraremos de seguida identificar as linhas mestras do discurso argumentativo do Supremo Tribunal Administrativo, começando no entanto por uma referência a um aresto do Tribunal Constitucional – o *Acórdão n.º 532/2017, de 11.09.2017* (Proc. n.º 843/2017), Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro – no qual se procura ir ao âmago da proporcionalidade de uma norma que recusa elegibilidade para órgãos das autarquias locais aos cidadãos em estado de insolvência: o artigo 6.º, n.º 2, alínea a), da LEOAL (*Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais*, aprovada pela Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto).

[7] Trata-se da falta de assiduidade a um certo número de sessões e, ou, reuniões, de inelegibilidade ocorrida ou detetada após a eleição e de inscrição em partido diverso daquele pelo qual o membro do órgão se haja apresentado ao sufrágio.

No Acórdão, o Tribunal Constitucional (TC) – citando jurisprudência anterior – reconhece que a norma que institui a inelegibilidade restringe o direito de sufrágio passivo dos cidadãos, com a natureza de direito, liberdade e garantia de participação política estritamente relacionado com o princípio democrático, que não corresponde à expressão apenas da individualidade privada em face ao poder público, mas, também, à do específico modo de estruturação e conformação do poder público enquanto poder democrático. Mas esta restrição não é liminarmente inadmissível. Assim será, quanto ao Direito Fundamental em causa, desde que a restrição se destine, nos termos do artigo 50.º, n.º 3, CRP, a garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício do cargo autárquico. E, não sendo um poder originário, mas antes um poder devolvido pela comunidade nacional às comunidades locais, a autonomia local depende da vontade política do legislador estadual e sujeita-se ao poder de tutela do Governo sobre a administração autónoma como modo de assegurar a solidariedade nacional e a unidade do Estado que a Constituição postula. O legislador encontra-se deste modo habilitado a restringir a autonomia local enquanto bem constitucionalmente protegido com a finalidade de defender o princípio constitucional da prossecução do interesse público pela Administração Pública e de criar condições que garantam a independência no exercício do poder local.

Sublinha no entanto o Acórdão que, na emissão de normas jurídicas guiadas por tais objetivos, as quais restringem não só a autonomia local mas também o Direito Fundamental de acesso a cargos públicos, deverá o legislador ater-se ao *princípio da proibição do excesso*. Através de um juízo de racionalidade instrumental, o Acórdão considera preenchida a primeira das três vertentes deste princípio: a da *idoneidade*. E, embora com maior dificuldade no ajuizamento, reconhece também a *exigibilidade* da inelegibilidade visto que, sem o poder estadual de a declarar, se comprometeriam as condições objetivas para que os órgãos autárquicos prossigam o interesse público de forma idónea e independente.

No tratamento da terceira vertente – o da *proporcionalidade em sentido estrito*, aquela que mais interessa ao presente estudo pelas razões que adiante se enunciam – o Acórdão peca a nosso ver por insuficiência quando se limita a considerar que a medida não é desproporcionada uma vez que é exigível. Justifica-se que se pergunte se o ajuizamento conjunto da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito não implicaria substituir um raciocínio genérico e abstrato da necessidade, de certo modo assim confundida com a idoneidade, por uma apreciação graduada em função de diversos tipos preenchidos por circunstâncias concretas. É que a necessidade ou desnecessidade poderão resultar de complexos diferentes de circunstâncias concretas dos quais resulte, por vezes, a necessidade e, de outras, a desnecessidade.

Sem prejuízo deste relance crítico, é, no entanto, certo que o Acórdão não deixa de traçar os termos de uma ponderação entre bens e valores constitucionais colidentes. De um lado, sopesam-se o princípio democrático, a autonomia local e o direito de sufrágio passivo, como elemento do feixe de meios jurídicos afetados à realização dos fins do direito de acesso a cargos públicos, ou seja, de um direito fundamental como um todo (*als Ganzes*)[8]. Como contrapeso, no outro prato da balança, à compressão

[8] Veja-se um exemplo de um *direito fundamental como um todo* em: SÉRVULO CORREIA, *O Direito De Manifestação – Âmbito De Proteção E Restrições*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 50.

referida surgem como protegidos através dela e, portanto, *rationes* da declaração de inelegibilidade, a garantia da isenção e independência no exercício de cargos autárquicos e a confiabilidade na diligência e lisura de comportamentos do cidadão eleito para um cargo autárquico; o que tudo se reconduz em suma à salvaguarda da prossecução do interesse público pela Administração Pública.

Como, porém, pode concluir-se a partir da declaração de voto da Conselheira Joana Fernandes Costa, este esboço de juízo ponderativo é falseado pela afirmação de uma *presunção inilidível* de concomitância entre insolvência do candidato a autarca e a sua inidoneidade para o exercício de cargos eletivos. Transposto para o tema da perda de mandato pela inobservância de impedimento, este raciocínio mostra-se da maior importância pois que, como se verá, no âmbito deste estudo, os tribunais têm entendido que o incumprimento da norma sobre impedimento gera uma presunção absoluta de parcialidade e, portanto, de gravidade da conduta ilegal. Quando se conclui assim pela verificação do pressuposto do artigo 242.º, n.º 3, CRP, inviabiliza-se na realidade a feitura de uma ponderação de gravidade através da comparação à luz das circunstâncias do caso entre os efeitos negativos da atuação ilegal e os da aplicação da perda de mandato.

9. Interessa referenciar seguidamente dois Acórdãos do STA, distantes no tempo em quase vinte anos, nos quais se empreende a síntese do enquadramento dogmático da medida de perda de mandato autárquico devido à intervenção em procedimento administrativo, ato ou contrato relativamente ao qual se verifique impedimento legal.

No *Acórdão do STA, 2.ª Subseção da Seção de Contencioso Administrativo, de 01.09.2002* (Proc. n.º 048349, Relator Conselheiro Rui Pinheiro), reportando jurisprudência anterior, resume-se de forma (que abreviamos tanto quanto possível) nos seguintes termos a posição do STA:

I. A razão de ser dos impedimentos de participação é garantir que a Administração trate os particulares com isenção, não os favorecendo ou desfavorecendo por motivos concretos conexionados com fatores pessoais ou de interesse pessoal dos mesmos;
II. O interesse impeditivo da intervenção determinante da perda de mandato só existe quando, sendo pessoal, seja suscetível de pôr em causa o desempenho imparcial e justo das funções do autarca, devendo tal interesse ser direto ou, ao menos, que, segundo o pensamento comum, conduza a uma diminuição da sua capacidade de decisão com isenção e imparcialidade.

Nestas duas proposições sobre a finalidade dos impedimentos e a funcionalidade em relação a ela da perda de mandato, avulta o caráter objetivista da *ratio* própria de uma decisão de tutela administrativa. Aquilo que a essa luz cumpre salvaguardar é a capacidade de decisão dos autarcas com observância de isenção e imparcialidade. O juízo do grau de culpa, que não aflora naquelas asserções paradigmáticas, é referido no Acórdão a propósito de uma avaliação não "puramente conceitualista" da relevância da ofensa do impedimento quanto à "suspeição ou reprovabilidade social da conduta, de tal modo que tornem o visado indigno do cargo". Mas indignidade de permanência no exercício de funções eletivas surge, ainda, não em termos de retribuição de um

mal infligido à sociedade (a conduta ilegal) com um gravame na situação existencial do agente (uma pena). Aquilo de que, segundo transparece do Acórdão, se trata é de assegurar a confiabilidade do suporte do órgão. Como a análise fina das circunstâncias concretas ali produzida mostra, o STA pronuncia-se no sentido de que, no desempenho de tutela administrativa sobre as autarquias locais, compete fundamentalmente ao decisor, confrontado com uma situação de desrespeito de norma sobre impedimento, o exercício de uma margem de apreciação, com a natureza de prognose, sobre a capacidade de observância no futuro, por aquele autarca, dos valores constitucionais da isenção e imparcialidade.

Concordando com este modo de ver, nós acrescentaríamos também a realização de um juízo – sempre à luz das circunstâncias que tenham rodeado a conduta ilegal – sobre a improbabilidade de perda irremissível da confiança do eleitorado local sobre aquela capacidade futura.

Embora sem abordar diretamente a questão, este Acórdão parece conformar-se com a ideia de que a tutela de legalidade – a única de que, segundo o artigo 242.º, n.º 1, CRP, o Estado dispõe sobre as autarquias locais – exige, mais do que uma competência sancionatória, o poder de influenciar a manutenção de um regime de legalidade no âmbito da atividade administrativa autárquica[9].

Observa-se por fim que, embora quase incidentalmente e sem desenvolvimento, o Acórdão toca um ponto que nos interessa: o sentido de *vantagem patrimonial* no n.º 2 do artigo 8.º da LTA. No caso, ainda que um presidente de junta de freguesia haja cobrado uma remuneração à autarquia por um serviço de funeral, mas fazendo-o por um preço justo e sendo ele o único agente funerário da circunscrição, o STA considerou não se encontrar preenchida a previsão daquele preceito por se não tratar de "locupletamento à custa da autarquia".

À luz de quanto precede, o Tribunal concluiu que a inobservância do impedimento não tinha gravidade que justificasse a perda de mandato.

10. Tendo, entretanto, sido proferidos diversos arestos em matéria de perda de mandato, designadamente por inobservância de impedimento legal, um novo enquadramento sistemático das coordenadas do instituto surge, ainda que por decalque dessa tarefa levada a cabo em acórdão do Tribunal Central Administrativo sob recurso, no *Acórdão do STA, 1.ª Seção, de 4 de fevereiro de 2020* (Proc. n.º 0396/18.8BECTB, Relatora Conselheira Maria do Céu Neves)[10].

[9] Sobre o contributo de uma nova perspetiva teorética baseada na ideia de atividade administrativa de orientação ou influenciação (*Steuerung*) recorrendo ao Direito como seu instrumento principal cf. VOSSKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Munique: C.H. Beck, 2006, pp. 23-26. Sobre a compensação, através da prática de uma supervisão influenciadora (*Steuerungsaufsicht*), das perdas de capacidade de superintendência decorrentes da descentralização (*dezentralisierungbedingten Steuerungsverlusten*), cf. SCHUPPERT, *Verwaltungsorganisation als Steuerungsfaktor*, in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen*..., I, cit., pp. 1029-1031.

[10] Por uma questão de transparência, regista-se que o autor do presente estudo proferiu, juntamente com duas ilustres Colegas, um parecer de direito junto àqueles autos. Não está, porém, neste momento em causa uma análise específica deste Acórdão, ao qual apenas se dá realce por ser nele que, mais recentemente, o

Segundo este *Acórdão de 2.04.2020*, são os seguintes os *pressupostos da declaração da perda de mandato*:

1.º Uma atuação relacionada com a gestão de uma autarquia local (artigo 7.º da Lei n.º 27/96)...

2.º ... revestindo a forma de intervenção em procedimento relativamente ao qual se constate a existência de um impedimento legal que obstasse a essa intervenção (artigos 7.º e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 27/96 e...

3.º ... que essa intervenção ilegal tenha sido grave (artigo 242.º, n.º 3, CRP) e, ainda,...

4.º ... que essa intervenção tenha sido efetuada com vista a proporcionar alguma situação de vantagem a alguém (artigo 8.º, n.º 2, última parte, da Lei n.º 27/96)...

5.º ... podendo a intervenção ser imputável ao autarca em causa a título de culpa grave "(concretização doutrinal e jurisprudencial da sanção da perda de mandato) e quando...

6.º ... não exista nenhuma causa que exclua essa culpa (artigo 10.º da Lei n.º 27/96).

Dir-se-ia, à primeira vista, tratar-se de um percurso sequencial. Mas a leitura do Acórdão permite compreender não ser esse o propósito do elenco. Se assim fosse, a qualificação como *grave* da conduta ilegal constituída pela inobservância do impedimento precederia o apuramento do seu caráter doloso devido a um favorecimento alheio à prossecução do interesse público na atividade administrativa e incompatível com o princípio da igualdade de tratamento dos administrados.

Na realidade, a fundamentação do Acórdão consiste numa amálgama sincrética daqueles pressupostos assente nos seguintes postulados:

(i) A perda de mandato tem *caráter sancionatório*, materializando um juízo de censura pessoal cujo desvalor torna imperioso o afastamento do agente;

(ii) A inobservância da norma de impedimento gera objetivamente uma impossibilidade de imparcialidade (ou de confiança pública na mesma) e, portanto, uma *presunção absoluta de parcialidade*, que dita por seu tuno a *gravidade da ilegalidade*;

(iii) A *vantagem patrimonial* para o próprio ou para outrem visada pela intervenção legalmente impedida implica uma intenção dolosa dirigida a um fim específico, consistindo em *situação de favor, de primazia ou de privilégio* geradora de desigualdade relativamente a outros sujeitos de direito;

(iv) Mas a perda de mandato pode ser decretada sem que haja *dolo* na conduta do agente, bastando, como nexo de imputação psicológica entre o facto e a vontade do autor, a imputação de *culpa grave* ou *negligência grosseira*;

STA enumerou em termos antológicos os pressupostos da declaração da perda de mandato por incumprimento da regra de impedimento. No presente estudo, aquilo que se vem sustentar, em perspetiva muito mais ampla do que aquela que presidiu ao mencionado parecer, è que, em medida em parte explicável pela insuficiente construção legislativa da figura, os tribunais administrativos têm vindo a tratá-la crescentemente de modo que ignora a sua natureza de decisão de tutela administrativa, julgando praticamente como se de justiça penal se tratasse.

(v) A conduta posterior do agente tentando neutralizar os efeitos negativos da inobservância do impedimento é qualificável como arrependimento (à semelhança do que sucede no Direito Penal) pelo que em nada diminui a culpa, não havendo, no domínio da perda de mandato, condições para o refletir na "dosimetria penal", ou seja, na dosimetria da decisão sancionatória;
(vi) Não obstante (e, ao que parece, contraditoriamente), deve extrair-se um juízo de desvalor do efeito negativo da preterição do impedimento sobre a confiança pública na isenção administrativa;
(vii) E, no entanto, é irrelevante quanto à aplicabilidade da perda de mandato, que a atuação do agente que inobservou o impedimento tenha decorrido em conformidade com o interesse público.

Em suma, neste Acórdão, o STA afasta, contra o que seria a interpretação literal do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 27/96, o postulado de que só o incumprimento do impedimento com intenção de privilegiar justifique perda de mandato. O que resulta do aresto é que, a par do dolo, também a culpa grave justifica a medida. Mas porque, ainda que sem prova da intenção dolosa, aquele incumprimento gera uma presunção absoluta de parcialidade, a ilegalidade acarreta a culpa, a ilegalidade grave engendra culpa grave por seu turno justificativa da aplicação de medida sancionatória.

O STA parece evoluir assim no sentido de obedecer à exigência constitucional de *gravidade* da conduta ilegal ou através da ocorrência de *dolo* ou de uma *gravidade da culpa* meramente formal, baseada em presunção absoluta de parcialidade, a qual dispensa qualquer raciocínio de ponderação, à luz das circunstâncias concretas, entre os efeitos negativos sobre bens e valores constitucionalmente protegidos quer da conduta ilegal, quer da medida de perda de mandato. O efeito negativo da preterição do impedimento sobre a confiança pública na isenção administrativa é olhado como fator da gravidade da culpa. Assim se deixa de lado aquilo que seria próprio de um *raciocínio de gestão tutelar* destinado a saber se a medida da perda de mandato possa, em face das circunstâncias de cada caso, produzir um efeito prejudicial mais pesado sobre bens e valores constitucionais do que o efeito da sua não adoção, mais uma vez, sobre bens e valores jusfundamentais.

Com efeito, ao contrário de um juízo para-penal centrado na correlação entre a gravidade da culpa e a gravidade da sanção, a apreciação da gravidade da situação consonante com o grau restritivo de uma medida de exercício da competência tutelar deve assentar na ponderação entre os efeitos positivos e nocivos gerados pela decisão de perda de mandato sobre bens e valores constitucionalmente protegidos, entre os quais avultarão os impactantes sobre o interesse público. A gravidade de uma situação que justifique a adoção de uma medida ablativa de tutela administrativa será aquela em que os efeitos positivos dessa medida sobre o conjunto de bens e valores constitucionais que tipicamente se destine a defender claramente excedam os efeitos nocivos que, simultaneamente, desencadeará sobre bens e valores em princípio também eles dignos de proteção.

11. É certo que, nalguns arestos do STA, se pode encontrar uma perspetiva não tão exclusivamente (ou quase exclusivamente) sancionatória, com prestação de mais

atenção à necessária ponderação entre os complexos de coordenadas próprias de uma decisão de perda de mandato correspondente às finalidades últimas da tutela administrativa sobre as autarquias locais.

Assim, por exemplo, no *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 16 de novembro de 2017* (Proc. 0946/17, Relatora Conselheira Maria do Céu Neves), admite-se, ainda que no plano meramente formal da proporcionalidade da norma legal sobre inelegibilidade por seu turno determinante de perda de mandato, tratar-se de uma restrição aos direitos fundamentais de participação política e de capacidade eleitoral passiva. No entanto, estes cedem – em termos adequados e proporcionais – perante a salvaguarda dos valores da isenção e independência no exercício de cargos autárquicos.

Já pelo *Acórdão da 1.ª Secção do Contencioso Administrativo, de 15 de fevereiro de 1996* (Proc. 039426, Relator Conselheiro Mário Torres) se concluía pela constitucionalidade de uma norma sobre inelegibilidade com fundamento na necessidade e proporcionalidade da restrição de direitos fundamentais para o efeito de garantir a isenção e independência no exercício do cargo autárquico. Mas, mesmo nestos arestos, sempre se encontra apenas uma pronúncia sobre a conformidade da norma legal habilitante da declaração de inelegibilidade ou de perda de mandato com as finalidades da norma de impedimento. E, quanto às decisões concretas com o conteúdo de afetação de direitos fundamentais e impato negativo sobre bens e valores constitucionais entretecidos com a autonomia local, parte-se da sua idoneidade em função dos bens e valores protegidos pela norma de impedimento sem esboçar uma pesagem comparativa entre esses efeitos positivos e o impacto negativo da decisão ablativa sobre direitos fundamentais e valores ligados à autonomia local e ao princípio democrático. Não obstante a afetação de posições jusfundamentais concretas e daqueles outros bens jusfundamentais, o STA encara a situação quase como se de Direito Penal se tratasse e basta-se com uma correlação entre culpa (objetiva) e sanção. E também se não encontra a tentativa de uma interpretação do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 27/96 baseada no imperativo constitucional de proporcionalidade da medida de perda de mandato enquanto peça componente do instituto da tutela administrativa.

No *Acórdão do STA, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, de 7 de dezembro de 2012* (Proc. 0859/11, Relator Conselheiro Costa Reis), considera-se jurisprudência deste alto Tribunal que só nos casos de dolo e de imputabilidade a título de culpa grave e não de mera culpa ou simples negligência pode ser decidida a perda de mandato de alguém que foi democraticamente eleito. Nisso consiste a "... relação de adequação e proporcionalidade entre a falta cometida e a sanção visto que, se assim não for, será de questionar a constitucionalidade das normas que permitam declarações de perda de mandato fundadas em lapsos mínimos...". Neste juízo de proporcionalidade centrado na relação entre o grau de culpa e a crueza de uma perda de mandato observa-se, segundo o STA, o "... princípio da proporcionalidade das medidas sancionatórias que restrinjam direitos políticos...". O dolo ou culpa grave medem-se pelo interesse direto, pessoal e relevante do agente na intervenção e na virtualidade desse interesse para obstar a uma atuação de forma rigorosa, isenta e imparcial na defesa do interesse público posto a seu cargo.

Parece assim significar-se que a perda de mandato só é necessária e proporcional em face de *abuso de poder* traduzido na *substituição da prossecução do interesse público pela de interesse privado antagónico*.

Este raciocínio abeira-se da configuração constitucionalmente exigida para a ponderação entre efeitos negativos da aplicação e da não aplicação da perda de mandato. Entrevê-se realmente aqui uma aproximação sucessiva entre os efeitos da perda de mandato enquanto *intervenção restritiva* de direitos fundamentais e de outros bens e valores jusfundamentais e a consequência da sua não aplicação em relação aos bens e valores por seu turno lesados pela preterição do impedimento. Poderá no entanto assacar-se ao mesmo raciocínio o defeito de ignorar a variabilidade da intensidade dos efeitos da preterição do impedimento e da perda de mandato em face da diversidade das circunstâncias concretas. Encontramo-nos, em suma, perante uma ponderação de caráter mais formal do que material quando é esta última a exigida pelos artigos 232.º, n.º 3, e 18.º, n.º 2, CRP, não apenas quanto às *restrições* operadas por atuação normativa diretamente limitativa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais mas também pelas *intervenções restritivas* do conteúdo da posição individual resultante da titularidade de um direito fundamental[11].

A jurisprudência do STA assume, portanto, uma orientação subjetivista e formalista quase exclusivamente remetendo a aplicabilidade da medida de perda de mandato para a graduação elevada de culpa, por seu turno assente numa presunção inilidível de parcialidade sempre que não haja sido observado um impedimento. Para o STA, é a culpa de grau elevado (e, aparentemente só ela) que, sustentando a suspeição ou a reprovabilidade social da conduta, gera a necessidade de se obter reparação de indignidade para o exercício do cargo[12]. Claramente se afirma que o instrumento dogmático apropriado consiste na aplicação dos princípios do Direito Disciplinar e do Direito Penal[13], até porque a declaração da perda de mandato equivale a uma pena disciplinar expulsiva[14]. Perante a lei, não está em causa uma situação objetiva mas as causas justificativas do facto como as excludentes de culpa que pressupõem a natureza subjetiva dos processos sancionatórios[15]. E porque, em Direito Penal, o arrependimento não diminui em nada a culpa, são consideradas irrelevantes pelo STA as iniciativas do autarca, após ter sido alertado pelos serviços camarários para a possibilidade da existência de impedimento legal, declarando (mal ou

[11] Cf. REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 192-195. Como o ilustre Autor sublinha com utilidade para a dilucidação do nosso tema, "enquanto uma norma penal [no nosso caso, sobre a privação de mandato, como o artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 27/96] poderá ser considerada uma restrição à liberdade pessoal, já uma sentença privativa da liberdade [ou privativa da titularidade do cargo autárquico ao abrigo daquela norma] de determinado indivíduo será uma intervenção restritiva na liberdade pessoal desse indivíduo".

[12] *Acórdão do STA, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, de 9 de janeiro de 2002* (Proc. 048349, Relator Conselheiro Rui Pinheiro).

[13] *Acórdão do STA, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, de 24 de janeiro de 2008* (Proc. 0950/07, Relator Conselheiro Pais Borges).

[14] Cf. *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 2 de abril de 2020* (Proc. 0396/18.8BECTB, Relatora Conselheira Maria do Céu Neves).

[15] *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 10 de outubro de 2013* (Proc. 01120/13, Relator Conselheiro Rui Botelho). Neste caso, tratava-se da dissolução de uma junta de freguesia.

bem) nulos os contratos em cuja preparação ou celebração participara, determinando que se não efetuasse um pagamento ainda não realizado e que não mais se convidasse para fazer propostas em procedimentos pré-contratuais a empresa participada por familiares seus. Cumpre no entanto perguntar se, desde que se preferisse a uma lógica de cariz penal, constituída por uma relação exclusiva entre grau de culpa e perda de mandato, uma perspetiva materialmente administrativa de tutela do Estado sobre as autarquias, arquitetada como ponderação, à luz do caso concreto, entre bens jusfundamentais servidos e comprimidos pela medida de perda de mandato, aqueles factos não teriam merecido ser levados a um raciocínio ponderativo. Pensamos, naturalmente, num raciocínio de graduação comparativa, em face da situação concreta, do peso dos bens jusfundamentais servidos e comprimidos pela declaração de perda de mandato.

III. Natureza da responsabilidade do autarca pela inobservância de impedimento

12. A participação de um autarca, suporte de um órgão singular ou colegial, em procedimento, ato ou contrato de direito público ou privado relativamente ao qual se verifique impedimento legal, pode provocar simultaneamente responsabilidade civil, penal e democrática.

13. Nos termos do artigo 8.º do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEC), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, a *responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa* incide, designadamente, sobre os titulares de órgãos das autarquias locais por ações ou omissões ilícitas de que resultem danos, quando cometidas com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo. A *ilicitude* é, como resulta do disposto pelo artigo 9.º, n.º 1, o fruto da conjunção da ilegalidade[16] da conduta com a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Para além dos pressupostos do dolo ou culpa grave[17] e da ilicitude, a ocorrência de responsabilidade civil requer ainda – como dispõem os artigos 7.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, do mesmo diploma – da verificação de nexo de causalidade entre a conduta do titular do órgão e o dano sofrido por outrem.

Por seu turno, o objeto do dever de indemnizar consiste na reconstituição da situação afetada, havendo lugar à fixação em dinheiro da indemnização quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa (artigo 3.º do RRCEC).

[16] O artigo 9.º, n.º 1, do RRCEC também inclui na previsão, a par da ilegalidade das condutas, a infração de regras técnicas ou deveres objetivos de cuidado. Não parece, no entanto, que estas figuras possam ser convocadas para qualificar a inobservância de impedimento. Nem isso interessaria uma vez que a inobservância materializa a ilegalidade.

[17] Em princípio parecem-nos corresponder à mesma situação jurídica a expressão "diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo" (artigo 8.º, n.º 1, RRCEC) e "culpa grave" que, embora não figure no regime da perda de mandato autárquico da Lei n.º 27/96, é abundantemente utilizada a esse propósito na jurisprudência do STA.

Sempre que ocorra dano e seja possível apurar um nexo de causalidade entre ele e a inobservância do impedimento cometida com dolo ou culpa grave, será inquestionável a responsabilidade do titular do órgão[18]. Assim será muito claramente quando o autarca tiver violado o impedimento visando o autofavorecimento ou o favorecimento de outrem ofendendo simultaneamente direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros.

O nexo de causalidade é mais facilmente detetável quando a intervenção legalmente impedida se concretiza na prática de ato administrativo ou na celebração de contrato lesivos de terceiros. O apuramento torna-se mais complexo quando a intervenção se limita ao procedimento administrativo. Ela gerará responsabilidade se se mostrar determinante do conteúdo do ato ou do contrato que assegurem favorecimento indevido. Perder-se-á no entanto o pressuposto de responsabilidade se a ilegalidade procedimental não tiver efeito anulatório do ato administrativo por não poder ser outro o conteúdo do ato administrativo, objeto de poder vinculado, ou a apreciação do caso concreto só permitir identificar uma solução como legalmente possível (CPA, artigo 163.º, n.º 5, alínea a))[19]. Em contrapartida, será difícil comprovar, na ausência de poder vinculado, que, mesmo sem o vício procedimental, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo. Mas se, por acaso, o ato ou contrato final não vier a constituir situações jurídicas ativas na esfera jurídica da pessoa que suscitava o impedimento para o autarca nos termos do artigo 69.º, n.º 1, do CPA, então, sim, poderá concluir-se, para os efeitos da alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, que a ilegalidade procedimental consistindo na inobservância do impedimento não produz efeito anulatório nem a decisão final é, ela própria, causa de dano atendível.

A conclusão anterior vale também para o caso em que a inobservância do impedimento não tenha inequivocamente implicado uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial. Mas, nessa eventualidade, o efeito anulatório só poderá ser afastado por decisão judicial ou arbitral (CCP, artigo 283.º, n.º 4).

Note-se que não existe consenso na doutrina quanto à reparabilidade de danos de natureza não patrimonial por violação de normas procedimentais de proteção, quantificados segundo um critério de equidade, quando aquela ilegalidade tenha determinado a anulação do ato praticado mas, uma vez depurado dos iniciais vícios formais ou procedimentais, o ato tenha sido repetido com o mesmo conteúdo[20].

---

[18] A responsabilidade civil extracontratual do titular do órgão, que só se suscita em caso de dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àquelas a que se encontrem obrigados em razão do cargo, põe-se em forma solidária com a autarquia. Mas esta gozará de direito de regresso contra o titular do órgão sempre que satisfaça qualquer indemnização por força dessa responsabilidade (RRCEC, artigo 8.º).

[19] Como observa RUI MEDEIROS, "... no caso dos atos administrativos ilegais renováveis, o interessado só não deverá ser indemnizado se o ato puder vir a ser e for efetivamente renovado, pois só nesse caso ficará efetivamente demonstrado que, se não tivesse sido cometida a ilegalidade, a decisão teria sido tomada no mesmo sentido. Cf. RUI MEDEIROS (Org.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 259.

[20] Apoiando-se na *relevância do comportamento lícito alternativo*, autores como MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS contestam, invocando o princípio da proporcionalidade,

Aquilo que parece certo é que o titular de órgão autárquico que haja inobservado um impedimento legal com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores aos devidos em razão do cargo, responderá solidariamente com a autarquia pela indemnização que seja devida por danos materiais. E, se a autarquia tiver de satisfazer indemnização, goza de direito de regresso sobre aquele titular (ou ex-titular) de órgão, direito esse cujo exercício é obrigatório (RRCEC, artigos 8.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1).

---

a imposição ao lesante do dever de indemnizar um dano resultante de ato substantivamente lícito, ainda que tenha enfermado de vícios de forma ou procedimento, desde que se demonstre absolutamente que o comportamento lícito alternativo não permitiria evitar o dano: Cf. *Responsabilidade Civil Administrativa*, Lisboa: Dom Quixote, 2008, pp. 32 e 33. Sustentam outros que, embora não caiba reparar em tais casos o dano causado pelo ato final enfermando de vício formal ou procedimental que haja sido substituído por ato lícito de idêntico conteúdo, já isso não sucederá quando tenha ocorrido situação de facto que venha impedir a repetição do ato anulado (por exemplo, em virtude da extinção superveniente de pressuposto de facto). Nesta última hipótese, caberá ao lesado o direito de ser indemnizado, segundo um critério de equidade, pelo dano autónomo que para ele constitui, em si mesma, a violação da norma fornal ou de procedimento ditada (também) no seu interesse, como também o direito a ser indemnizado pelos danos causados pelo ato ilegal na sua situação substantiva. Cf. RUI MEDEIROS, *Comentário... cit*., pp. 258 e 259.

A nosso ver, no Direito Português como em outros Direitos contemporâneos (desde logo, o da União Europeia, com o *direito a uma boa administração* envolvendo o direito a um tratamento imparcial, no artigo 41.º, n.º 1), um longo processo histórico indutivo conduziu à formação de um *direito ao devido procedimento equitativo* com a natureza de direito análogo a direitos, liberdades e garantias (CRP, artigo 17.º). Merecendo ser considerado como "Direito como um todo" (*Recht als Ganzes*), ele tem como pilares fudamentais o direito do interessado a um decisor administrativo imparcial (artigo 266.º, n.º 2, CRP) e o direito do interessado à participação no procedimento (CRP, artigo 267.º, n.º 5). O direito do interessado a um decisor administrativo imparcial é, por seu turno, ainda um "direito como um todo", ou seja, um feixe de posições jusfundamentais afetadas a um fim constitucionalmente protegido da pessoa individualmente considerada (Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, p. 224 s.; SÉRVULO CORREIA, *O Direito de Manifestação*, cit., pp. 48-50). No aludido feixe, engloba-se o direito dos interessados à observância do impedimento nas situações típicas de potencial conflito de interesses não públicos com o decisor administrativo. Trata-se aí de um direito e não de mero interesse legalmente protegido porque o sistema jurídico reconhece ao interessado uma pretensão subjetivada e não uma mera proteção reflexa de cariz defensivo *a posteriori*: determina com efeito o n.º 3 do artigo 70.º do CPA que, até ser proferida a decisão definitiva ou praticado o ato, qualquer interessado pode requerer a declaração de impedimento.

Ora – e esta asserção è válida em relação a todos os direitos fundamentais de perfil adjetivo, como os direitos à informação procedimental e à fundamentação dos atos administrativos – criar-se-ia em seu torno um vazio paradoxal se a sua ofensa não tivesse consequências para quem protegiam numa situação concreta em que o conteúdo do ato final não possa ter sido outro (CPA, artigo 163.º, n.º 5, alínea a)).

Em tais eventualidades, portanto, ainda que um cauto exame confirme a ausência de nexo de causalidade entre o vício procedimental e a decisão de fundo, ou seja, perante a certeza de o conteúdo do ato ser o único legalmente devido e possível, a noção de que aquilo que carateriza todos os Direitos Fundamentais é a afetação constitucional de meios jurídicos ao fim de preservação e valorização da dignidade da pessoa humana individualmente considerada (SÉRVULO CORREIA, *O Direito de Manifestação*, cit., p. 49) pode justificar ainda assim a necessidade de recomposição do equilíbrio entre situações jurídicas e de *accountability* por parte da Administração. E, assim, pelo menos quando, perante as circunstâncias concretas, a ofensa de um Direito Fundamental procedimental não gere a invalidade do ato final mas signifique a desconsideração da dignidade do interessado, em vez da impossível anulação da decisão, será devida indemnização por danos morais (SÉRVULO CORREIA, *Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right*, in: GORDON ANTHONY / JEAN-BERNARD AUBY / JOHN MORISON / TOM ZWART (ed.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 357).

14. O artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto Dos Eleitos Locais*, definido pela Lei n.º 29/87, de 30 de junho, ultimamente alterada pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março, utiliza esta denominação de *eleitos locais* quanto aos membros dos órgãos deliberativos e executivos dos municípios e das freguesias. Por seu turno, os artigos 1.º e 3.º, alínea i), da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, alterada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, submeteu o eleito local (que, com lamentável disfunção terminológica com a Lei n.º 28/87, aprovada menos de um mês antes, intitulam de "membro de órgão representativo de autarquia local") ao regime dos *crimes de responsabilidade de titulares de cargo político*.

São vários os tipos de crime definidos neste diploma em que poderá incorrer o titular de um órgão de autarquia local em consequência de uma conduta centrada ou conexa na inobservância de um impedimento legal. Não constitui objeto do presente estudo a identificação de quantos possam relevar para o efeito ou dilucidação das respetivas diferenças. O que importa sublinhar é que a situação conducente à perda de mandato poderá acarretar *responsabilidade criminal* e casos tem havido em que o autarca seja submetido aos dois tipos de processo.

Partindo da conduta identificada pelo n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 27/96 (LTA) como intervenção do autarca, no exercício das suas funções ou por causa delas, em procedimento administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado, relativamente ao qual se verifique impedimento legal, visando a obtenção de vantagem patrimonial para si ou para outrem, estaremos perante a prática do crime de *prevaricação* desde que o "visar de vantagem patrimonial" seja entendido como intenção de, com alheamento da prossecução do interesse público pertinente, conseguir ou conferir um benefício não devido (ou, pelo menos, do qual ainda se não saiba se virá a ser devido) à luz do Direito aplicável. O artigo 11.º da Lei n.º 34/87, de 16 de junho, sobre responsabilidade dos titulares de cargos políticos faz incorrer em prevaricação "o titular de cargo político que conscientemente conduzir ou decidir contra direito um processo em que intervenha no exercício das suas funções, com a intenção de por essa forma prejudicar ou beneficiar alguém".

A um não especialista em Direito Penal, afigura-se existirem justaposições entre as duas previsões normativas bastantes para que, num mesmo caso, um autarca possa incorrer em perda de mandato e em crime de *prevaricação*. Em ambos os casos se trata de conduta levada a cabo no exercício de funções. Em ambos, a inobservância do impedimento legal significa que a condução do procedimento, a prática do ato ou a celebração do contrato se processam contra direito em virtude da inobservância da norma sobre impedimento e da outorga de benefício ou vantagem ilegais por execesso de poder, a menos que o conteúdo do ato não pudesse ter sido outro. Finalmente, em ambos os preceitos se requer dolo, ou seja, que a conduta seja levada a cabo com intenção de beneficiar, isto é, visando proporcionar vantagem.

Também poderá suceder que a inobservância de impedimento legal determinante de perda de mandato se tenha inserido em situação de *corrupção passiva para a prática de ato ilícito*, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, quando o autarca haja recebido de outrem vantagem, ou a promessa desta, para efeito de agir daquele modo.

Por fim, a atuação dolosa tipificada no artigo 8.º, n.º 2, da LTA, possui paralelismo com a figura tipificada pelo artigo 26.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 enquanto crime de *abuso*

de poder. A intenção é a mesma (obter, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo). A inobservância do impedimento constitui violação de dever inerente à função de titular de órgão da Administração Pública e atuação com o fito de satisfazer interesse privado fora do âmbito da prossecução do interesse público, gerando, por isso, abuso ou excesso de poder (*ultra vires*) uma vez que este não é exercido por causa da função.

De quanto antecede, pode concluir-se que a inobservância pelo autarca do impedimento de intervir em procedimento, ato ou contrato gera *responsabilidade criminal* quando haja dolo específico de granjeio de benefício ou vantagem em satisfação de interesse privado do próprio ou de outrem em termos incompatíveis com o interesse público que deveria ser prosseguido.

15. A condenação definitiva de autarca em crime de responsabilidade nos termos que antecedem implica a perda do respetivo mandato (artigo 29.º, alínea f), da Lei n.º 34/87, de 16 de julho).

Não parece, em face disso, que se deva prescindir de uma interrogação sobre a conformidade com a Constituição da prática jurisprudencial dos tribunais administrativos quando, sob a invocação de exercício de tutela administrativa, que a realidade material e processual desmente, apreciam a inobservância de impedimento pelos titulares de órgãos autárquicos, tratando-a como um delito sujeito à perda de mandato como se, à luz do seu enquadramento institucional e da sua função, esta devesse ser encarada como uma pena correspondente a um mero juízo de culpa. Não se incorrerá desse modo na proibição *ne bis in idem*, no artigo 29.º, n.º 5, CRP, que veda a dupla punição pela prática do mesmo crime e, portanto, o duplo julgamento por tribunais diversos e em processos distintos, apontando para a aplicação de uma "pena" para a qual ambos possuam jurisdição?

Poderia eventualmente responder-se através de uma nova interrogação sobre a admissibilidade da leitura que se vem fazendo do artigo 242.º, n.º 3, CRP, procedendo à extensão analógica à perda individualizada de mandato daquilo que ali se dispõe tão só quanto à dissolução de órgãos autárquicos. Não terá a exclusiva referência da Lei Fundamental à dissolução de órgãos autárquicos correspondido afinal ao postulado de ser esta própria da tutela administrativa, visto corresponder a um juízo funcional sobre a capacidade de uma estrutura colegial para conservar um ambiente de legalidade em torno do desempenho das suas competências, ao passo que uma medida aplicada a um só autarca acabaria por ser vista como uma punição da competência dos tribunais e não correspondente à essência finalística da tutela administrativa?

16. A nosso ver, só se justifica a presença de uma decisão de perda de mandato no exterior do âmbito da jurisdição criminal (no qual, como vimos, ela também figura) desde que dogmaticamente trabalhada como correspondente a uma modalidade de responsabilidade, que não é nem a civil extracontratual, nem a criminal e muito menos a disciplinar. A responsabilidade de que efetivamente se trata, é uma responsabilidade de crescente relevância na Teoria Geral do Direito Administrativo a que, à falta de terminologia mais específica, se denomina *responsabilidade democrática (accountability) da Administração*.

Este ângulo de análise acarreta uma visão da decisão da perda de mandato claramente distinta de uma decisão penal e, portanto, dependente de pressupostos próprios que, sem pôr de lado a culpa, abarcam um leque mais vasto e em boa parte específico, inerente à orientação finalística da tutela administrativa enquanto atividade materialmente administrativa.

O *princípio da responsabilidade democrática da Administração* corresponde ao crescente reconhecimento da insuficiência (não obstante a sua essencialidade) da democracia administrativa representativa. Através das suas múltiplas manifestações, constitui um instituto jurídico através do qual o Direito Administrativo concretiza o princípio da democracia administrativa. Encontra a sua base no artigo 48.º, n.º 2, CRP, quando dispõe que "Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos"[21].

Perante um não acatamento de impedimento legal destinado a assegurar não apenas a efetiva imparcialidade, mas também a confiança da *esfera pública* (*Öffentlichkeit*) nessa imparcialidade por parte dos decisores administrativos, o processo de perda de mandato constitui um instrumento, revestido de publicidade, para averiguar, à luz das circunstâncias do caso, se o impacto negativo sobre os bens jusfundamentais protegidos pela norma de impedimento exige, como meio imprescindível de restaurar tal confiança, a efetivação da responsabilidade democrática do titular do órgão autárquico através do sacrifício de Direitos Fundamentais e da compressão de valores de autonomia local engendrada pela perda de mandato.

IV. Natureza da decisão de perda de mandato

17. Nos termos do artigo 117.º, n.º 1, CRP, os titulares de cargos políticos (e, portanto, os titulares dos órgãos representativos das autarquias locais) estão sujeitos a responsabilidade política, civil e criminal pelas ações e omissões que pratiquem no exercício das suas funções. No entanto, a responsabilidade pedida através do processo jurisdicional gizado nos artigos 11.º a 115.º da LTA[22], ao autarca que haja incumprido norma de impedimento não é de natureza penal, nem de natureza civil.

A ação grave de autarca tipificada no n.º 2 do artigo 8.º da LTA poderá (como se viu) merecer qualificação como facto ilícito. Mas, para efeito de retribuição à subsunção em norma penalmente incriminadora, nem a competência pertence aos tribunais administrativos, nem o processo é o estruturado pela LTA e pelo CPTA.

Na verdade, a responsabilidade efetivada nesta moldura processual é a *responsabilidade democrática da Administração*. Encadeia-se deste modo a responsabilidade política da pessoa suporte de um órgão da Administração com a responsabilidade

[21] Cf. SÉRVULO CORREIA / FRANCISCO PAES MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, 2.ª ed., no prelo, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 290 s.

[22] Segundo o artigo 15.º, n.º 1, da LTA, as ações para declaração de perda de mandato ou de dissolução de órgãos autárquicos ou entidades equiparadas têm caráter urgente e seguem os termos do processo do contencioso eleitoral, previstos no CPTA.

desta última, enquanto instituição, perante os cidadãos, pela fidelidade aos valores constitucionais em todos os momentos da sua atividade. Deparamos deste modo com um interessante exemplo de interdependência de poderes no Direito Público português: a efetivação de responsabilidade democrática dos autarcas no âmbito da tutela administrativa exercida, através dos tribunais administrativos em vez de pelo Governo, que para ela seria em princípio o órgão de soberania competente (CRP, artigo 199.º, alínea d)).

A característica funcional mais óbvia da tutela administrativa reside, como aqui também se verifica, numa *coordenação vertical*, não igualitária nem voluntária, visando a coincidência funcional entre órgãos de duas pessoas coletivas públicas em relação interadministrativa[23]. O processo de perda de mandato constitui um instrumento de tutela administrativa em virtude da sujeição dos órgãos da Administração local a um controlo por parte do Estado do modo como respeitam as proibições normativas de intervenção na atividade administrativa por aquele titular abrangido por situações pessoais de conflito de interesses que a lei tipifica[24]. O eventual desfecho particularmente gravoso do exercício da tutela administrativa estadual explica-se pela importância central das normas de impedimento, não apenas quanto à diretiva constitucional de imparcialidade (CRP, artigo 266.º, n.º 2) mas também para efeito da preservação da confiança das comunidades locais na integridade da representação democrática e, logo, na efetividade da democracia administrativa e da própria autonomia como instrumento ao serviço dos interesses próprios das populações locais (CRP, artigos 2.º, 6.º, n.º 1, 9.º, alínea c), 48.º, n.º 1 e 235.º, n.º 2, entre outros). O desempenho, através deste controlo, de uma *tarefa fundamental do Estado* (CRP, artigo 9.º, alínea d)) legitima a imposição de um limite à plenitude da autonomia local. Esse limite é, por seu turno, limitado pela exigência de que se confine à "verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos" (CRP, artigo 242.º, n.º 1).

A atribuição da competência aos tribunais administrativos, em vez de ao Governo, a quem em princípio caberia de acordo com o artigo 199.º, alínea d), CRP, não justifica a dúvida sobre a qualificação como tutela administrativa da atividade assim exercida.

Em primeiro lugar, não se deve perder de vista que a tutela nunca é uma relação jurídica entre órgãos da mesma pessoa coletiva[25] mas, sempre, entre duas pessoas

[23] Cf. CASALTA NABAIS, *Estudos Sobre Autonomias Territoriais, Institucionais E Cívicas*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 76 e 77. Sobre a *coordenação* como relação interadministrativa não igualitária e não voluntária que se caracteriza pela concessão à entidade coordenante de capacidade decisória, traduzindo-se num limite ao exercício de competências das entidades coordenadas, v. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 83.

[24] A norma do Direito Administrativo geral que tipifica os "casos de impedimento" é o artigo 69.º do CPTA. O artigo 4.º, rubrica IV, do *Estatuto dos Eleitos Locais* (Lei n.º 29/87, de 30 de junho, ultimamente alterada pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março) contem um elenco mais reduzido de "casos" mas acrescenta às atividades relativamente às quais o artigo 69.º do CPTA proibe a intervenção em caso de conflito (procedimento, ato ou contrato de direito público ou privado) a "apresentação, discussão ou votação de assuntos". Nalgumas situações, estas condutas poderão ter lugar fora de um enquadramento procedimental.

[25] Sobre, por exemplo, atividades interorgânicas materializadas em relações jurídicas administrativas, designadamente de ordem procedimental, v.: EURICO BITENCOURT NETO, *Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo E Organização No Século XXI*, São Paulo: Almedina, 2017, p. 342 s.

coletivas diferentes. No caso que se estuda, é uma relação jurídica pública entre o Estado e uma autarquia. Recorre-se em geral ao conceito de *relação interadministrativa* porque as relações em causa se polarizam em órgãos administrativos das pessoas coletivas envolvidas. E, não o sendo sempre, o Governo é um órgão da Administração Pública quando exerce a sua competência administrativa, designadamente, a de tutela. No entanto, esta situação bilateral singulariza-se em primeiro lugar como relação jurídica entre o Estado e uma autarquia local. E tal feição não se perde numa situação em que o Estado age através de um seu órgão com a natureza de tribunal.

Poderão, no entanto, conceber-se, em segundo lugar, objeções quanto à materialidade tutelar da relação jurídica em causa em virtude de o órgão interveniente por parte do Estado ser um tribunal. Mas não parece muito difícil argumentar contra tal hipotética objeção.

Em primeiro lugar, pareceria inconstitucional desconsiderar o papel da decisão de perda de mandato como instrumento de tutela administrativa. É nesse quadro que o artigo 242.º, n.º 3, CRP inscreve a dissolução dos órgãos autárquicos, ou seja, uma figura com evidente paralelismo substantivo e processual com a perda de mandato.

Em segundo lugar, também parece claro o papel da ação de perda de mandato como instrumento objetivista de mera tutela de legalidade administrativa autárquica e não de tutela de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. Se estes quiseram defender-se dos efeitos lesivos da conduta levada a cabo com infração de comando normativo de impedimento, os meios ao seu dispor serão a ação de impugnação dos atos ou contratos daquela decorrentes e a ação de tutela ressarcitória. É certo que o artigo 11.º, n.º 2, da LTA confere legitimidade para a ação da perda de mandato ou de dissolução de órgãos autárquicos, não só ao Ministério Público e a qualquer membro do órgão de que faz parte aquele contra quem for formulado o pedido, mas também a quem tenha interesse direto em demandar, o qual se exprime pela utilidade derivada da procedência da ação. Mas, postas de lado a deconstituição de ato ou contrato e a condenação em indemnização, que interesse em demandar poderá ser esse?

À primeira vista, um interesse de cariz político-partidário atinente à recomposição do órgão. O que, a par da ação pública do Ministério Público, confere a esta ação a natureza de ação popular de defesa do interesse metaindividual qualificado na confiança da esfera pública na adequada representação democrática na autarquia.

Em terceiro lugar, na ação de perda de mandato, o fundamento da decisão não pode coincidir, pelo menos em boa parte, com os fundamentos próprios das ações de impugnação de ato ou contrato, de responsabilidade civil e de julgamento de crimes de responsabilidade. Na ação de perda de mandato, o pedido e o conteúdo da decisão não são os mesmos dos de qualquer daquelas outras ações. E, se o pedido e os efeitos produzidos pela decisão não são os mesmos, então o fundamento da sentença terá também de possuir especificidade própria da razão de ser desta ação, ou seja, própria de um juízo de tutela administrativa.

Por fim, e em quarto lugar, há que ter consciência do excecional hibridismo da solução de confiar uma atuação materialmente administrativa de tutela do Estado sobre as autarquias locais a tribunais administrativos julgando em processo próprio do Contencioso Administrativo, embora aplicável por remissão de legislação extravagante.

Desde logo, não é o único exemplo da entrega a título excecional aos tribunais administrativos de competência para a tomada de decisões materialmente administrativas. Assim sucede, no artigo 167.º, n.º 6, do CPTA, com a emissão de sentença que produza os efeitos de um ato administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado e ilegalmente omitido. A criação legislativa das ações de perda de mandato e de dissolução de órgãos autárquicos continua a visar a coordenação dos interesses locais com os interesses específicos do Estado. Como observa com certo distanciamento CASALTA NABAIS, "esta" fuga para o juiz "parece inscrever-se numa certa panjurisdicionalização essa que, para além de fazer apelo frequentemente a uma concepção um tanto ingénua da jurisdição como poder acima de qualquer suspeita, corre o risco de brigar, ultrapassados que sejam certos limites, com princípios estruturantes da nossa ordem constitucional como seja nomeadamente o princípio da separação e interdependência de poderes"[26].

Explica-se, obviamente, pelo louvável intuito de preservar o Governo de situações delicadas a solução de entregar ao juiz o exercício de tutela administrativa do Estado sobre as autarquias quando, perante a infração de parâmetros legais particularmente relevantes, se possa suscitar a necessidade de desconstituição dos efeitos das eleições sobre a composição de órgãos autárquicos. Sobretudo em situações em que não condigam as maiorias partidárias na Assembleia da República e na circunscrição autárquica, a intervenção corretiva do Governo surgiria ela própria sujeita a fáceis acusações de falta de isenção.

Mas, neste caso, o limite inultrapassável que refere CASALTA NABAIS consite em manter a essência material e finalística que se desprende da Constituição a propósito da perda de mandato como instrumento de tutela administrativa.

V. Pressupostos da decisão da perda de mandato

18. Por efeito da aplicação analógica daquilo que o n.º 3 do artigo 242.º CRP dispõe quanto à dissolução de órgãos autárquicos, sabemos que, enquanto ação ilegal, a intervenção de autarca com inobservância de impedimento "*só*" poderá constituir causa de perda de mandato quando merecer a qualificação de "*grave*". Este requisito da gravidade da ilegalidade cometida para legitimação da tomada da medida tutelar que lhe corresponde representa a imposição de um parâmetro de proporcionalidade densificador, em face da natureza da situação, da exigência, no artigo 18.º, n.º 2, CRP, da limitação da restrição de direitos, liberdades e garantias ao necessário "para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Por outras palavras, o curial consiste em verificar se, à salvaguarda de bens jusfundamentais lograda através da perda de mandato, não corresponde uma restrição de direitos, liberdades e garantias ou direitos equivalentes e de outros bens jusfundamentais conflituantes com os primeiros e de peso ou relevância globalmente superior. Quando for esse o caso, a ilegalidade cometida não apresenta gravidade suficiente para justificar uma medida tão pesada como a da privação de um cargo eletivo. Ou seja: esta não acata o imperativo constitucional de proporcionalidade.

[26] Cf. CASALTA NABAIS, *Autonomia Territoriais, Institucionais E Cívicas*, *cit.*, pp. 78 e 79.

Cabe então perguntar quando e como se compara a gravidade da conduta ilegal com a gravidade da extinção do mandato por ato de autoridade.

São dois os momentos adequados para essa determinação: a Constituição visa desde logo a afetação desvantajosa, pela edição de normas jurídicas, do conteúdo de direitos fundamentais – como, no nosso caso, os de participação na vida política (CRP, artigo 48.º, n.º 1) e de acesso a cargos eletivos, necessariamente incluindo o da permanência nos mesmos pelo prazo do mandato (CRP, artigo 50.º, n.os 1 e 3). A essas se chamarão *restrições de direitos fundamentais em sentido restrito*, operadas por leis restritivas que reduzem, amputam ou eliminam o conteúdo objetivo do direito fundamental, restringindo portanto o seu âmbito de proteção. A par destas restrições, são também possíveis as *intervenções restritivas* que afetam negativamente o conteúdo de um Direito Fundamental subjetivado.

Assim, "enquanto que uma norma penal poderá ser considerada uma restrição à liberdade pessoal, já uma sentença privativa da liberdade de determinado indivíduo será uma intervenção restritiva na liberdade pessoal desse indivíduo"[27].

Assim sendo, o artigo 8.º da LTA comporta restrições aos Direitos Fundamentais dos artigos 48.º e 50.º da Constituição ao estatuir a perda de mandato autárquico para diversas situações nele previstas. Interessa particularmente o n.º 2, que incide sobre intervenções de membros dos órgãos com inobservância de impedimento legal. Releva também, ainda que com uma previsão mais genérica, o n.º 1, alínea d), deste artigo 8.º que, por remissão para a alínea i) do artigo 9.º, sujeita também à perda de mandato aqueles que incorram, por ação ou omissão dolosas, em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público.

Ao dispor, no n.º 2 do artigo 8.º da LTA, encontrava-se o legislador vinculado a uma *ponderação de gravidade* em obediência ao n.º 3 do artigo 242.º CRP. Logo, se tivesse estendido a aplicabilidade da medida de perda de mandato a todos os casos de inobservância de normas sobre impedimentos, isso significaria uma de duas coisas, a apurar através da análise dogmática: ou incorrera em défice de ponderação, ou quisera (possivelmente mal) qualificar como ilegalidade grave toda e qualquer preterição de impedimento. Mas não é isso que sucede, visto que a previsão do n.º 2 do artigo 8.º da LTA estabelece, como pressuposto da incidência da perda de mandato, não todos os casos de intervenção em procedimento administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado, pelo membro de órgão autárquico, no exercício das suas funções ou por causa delas, apesar de se encontrar impedido, mas sim aqueles em que o autarca tenha *visado*, ao intervir, *a obtenção de vantagem patrimonial para si ou para outrem*.

Parece razoável uma tal *ponderação de gravidade* da intervenção ilegal. Se esta é guiada pelo desejo de locupletamento do próprio ou de favorecimento desconforme com o normal desenrolar da atividade administrativa de alguém com o qual o autarca tem ligação particular, o interesse público foi desprezado em benefício de interesse ou interesses privados com reflexos perversos na desigualdade de tratamento dos particulares e efeitos desastrosos na credibilidade da democracia administrativa e das vantagens da autonomia local.

[27] Cf. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., p. 192 a 195.

Mas, se este quadro previsional não deixa dúvidas quanto à necessidade de destituição do autarca, note-se que, ainda assim, a medida de perda de mandato tem uma finalidade e uma *ratio* específicas. Não se trata de desconstituição dos atos administrativos ou contratos assim viciados, porque o remédio para tanto reside nas ações de impugnação de ato administrativo e nas ações relativas à validade de contratos do CPTA. Não se trata, por outro lado, de indemnizar os eventuais lesados porque, para tal efeito, o autarca responderá solidariamente com a Administração em ação de responsabilidade prevista pelo artigo 37.º, n.º 1, alínea k), do CPTA. E, não obstante a incidência da perda de mandato na esfera existencial do autarca com contornos em alguma medida sancionatórios, também se não trata de um processo centrado no binómio desvalor da conduta ilegal/pena. Para esse efeito, existe o processo penal por crimes de responsabilidade. São, portanto, pelo menos em parte específicos e distintos dos das decisões próprias daqueles outros processos os pressupostos da decisão de perda de mandato. E a respetiva identificação torna-se tanto mais essencial quando o fundamento da ação não é o dolo específico, ou seja, a vontade de intervir contra impedimento para desse modo poder atribuir-se a si próprio, ou a um próximo, uma vantagem patrimonial não devida. Não se tratando de dolo específico – um pressuposto nítido, ainda que de prova difícil –, entra-se, por assim dizer, em zona pouco cartografada em virtude de insuficiente precisão do enquadramento legislativo.

Não pareceria forçado retirar, da simples leitura do n.º 2 do artigo 8.º da LTA, a conclusão de que o legislador reserva a perda de mandato aos casos de dolo específico, em que à intervenção ilegal preside a prossecução de interesse privado em indevido detrimento do interesse público. Assim seria se nos ativéssemos simplesmente a este preceito. Não parece com efeito racional o entendimento segundo o qual a expressão "visar a obtenção de vantagem patrimonial", cobrisse todos os casos em que o conteúdo típico do ato administrativo ou contrato corresponda a efeitos de natureza patrimonial. Não é o efeito típico que importa, mas o intento de, com ele, gerar um benefício que não seja devido.

Mas o STA tem contornado esta dificuldade com o emprego de dois raciocínios de aplicação formalista do n.º 2 do artigo 8.º da LTA.

Por um lado, o elemento finalístico expresso pelo verbo "visar" não tem – segundo alguns arestos – de corresponder a um fim último criticável, porque aquilo que releva é que, com a intervenção feita contra o impedimento, se propicia uma vantagem, ainda que se trate de "intencionalidade honesta"[28].

Por outro lado, ainda que sem a necessidade de se provar o propósito condenável de favorecer indevidamente algum ou alguns em detrimento da igualdade de tratamento de outros, a intervenção contrária a impedimento está incursa em forte probabilidade de parcialidade e, mesmo, em situação de impossibilidade de imparcialidade. O que, para todos os efeitos, corresponde a uma presunção absoluta de parcialidade que confere gravidade à ilegalidade[29].

[28] Cf. *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 29.09.2016* (Proc. 0868/16, Relatora: Conselheira Ana Paula Portela); *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 21.05.2020* (Proc. 069/19, 4BE.MDL, Relatora: Conselheira Maria do Céu Neves).

[29] Cf. *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 29.02.2016*, cit., *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 2.04.2020*, cit.

Com a dispensa do dolo compensada pela presunção absoluta de parcialidade e com o acolhimento na previsão de qualquer vantagem desde que cifrada em simples efeito patrimonial, fica o n.º 2 do artigo 8.º da LTA transformado em norma de habilitação para a aplicação da perda de mandato em qualquer caso de preterição de impedimento desde que o desfecho da atividade administrativa autárquica não possua natureza puramente ideal.

19. O estudo da jurisprudência do STA mostra que, perante uma visão eminentemente sancionatória da natureza da decisão da perda de mandato, são fundamentalmente dois os respetivos pressupostos. Um deles, o da gravidade da ilegalidade, tem consistência puramente formal e normativa, por resultar de uma presunção absoluta de parcialidade. Deste modo, a apreciação dos pressupostos concentra-se apenas na imputabilidade a título de dolo ou culpa grave. A avaliação da culpa impõe que se verifiquem os elementos subjetivos capazes de justificar um juízo de censura proporcional à medida sancionatória[30].

No entanto, e ainda que sem negar um efeito existencial sancionatório à perda de mandato, equivalente ao da pena acessória da condenação por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (artigo 29.º, alínea f), da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), sublinhámos já que não é de natureza essencialmente sancionatória a *ratio* do tipo de ato jurídico que consiste na perda de mandato. A essência desse ato mede-se antes pelo seu papel de instrumento da tutela materialmente administrativa do Estado sobre as autarquias.

Será então à luz desse papel que se deverá procurar, no quadro da Constituição e da legislação relevante para a intervenção tutelar sobre as autarquias decorrente de inobservância de norma de impedimento, determinar quais sejam os pressupostos pertinentes e necessários da medida de perda de mandato.

Note-se que uma tal indagação só faz sentido se se partir do princípio de que, efetuando a ponderação de gravidade imposta pelo artigo 242.º, n.º 3, CRP, o legislador não circunscreveu, no n.º 2 do artigo 8.º da LTA, a tomada da medida aos casos de dolo específico. E a indagação também só faz sentido desde que se não adote o ponto de vista inverso de que este preceito abrange, nas suas previsão e estatuição, todos os casos de preterição de impedimento legal por um autarca. Este segundo entendimento é perfilhado pelo STA quando submete a tomada da decisão a um juízo de gravidade da culpa.

Pelo nosso lado, tenderíamos a seguir o primeiro entendimento em face da redação do preceito e do modo como esse sentido se adequa à forma como a Constituição faz depender a declaração da perda de mandato de um juízo de *gravidade* da ação ilegal. Mas, enquanto a lei não for aperfeiçoada de modo a adquirir maior clareza e, se possível, a escalonar tipos de situações de preterição ilegal de impedimento às quais se faça corresponder consequências distintas, contribuiria para uma melhor aplicação do Direito neste domínio o aperfeiçoamento da metodologia de determinação dos pressupostos de perda de mandato para além dos casos de dolo específico, casos estes perante os quais a justificação da medida não oferece dúvidas.

[30] Cf. *Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 29.10.202* (Proc. 0163/19.1 BEPRT, Relatora: Conselheira Ana Paula Portela).

20. Parte-se assim do princípio de que, procedendo a uma ponderação de gravidade ao abrigo do artigo 242.º, n.º 3, CRP, o legislador do n.º 2 do artigo 8.º da LTA estabeleceu uma *restrição a direitos fundamentais* do autarca que tenha agido com dolo específico, a qual legitima a privação do cargo. E assume-se, igualmente como ponto de partida, que uma *intervenção restritiva* dos mesmos direitos fundamentais, consistindo na privação do cargo autárquico por decisão do juiz competente para o exercício sob forma jurisdicional da tutela material do Estado sobre as autarquias, dependerá ela também, por imperativo constitucional, de uma ponderação de gravidade da conduta ilegal.

Assim sendo, os pressupostos da decisão serão todos aqueles que, retirados do ordenamento jurídico (pressupostos de direito) e das circunstâncias do caso concreto (pressupostos de facto) devam ser levados àquela ponderação por para ela se revelarem idóneos e necessários. A não consideração de pressupostos necessários (todos aqueles que manifestem a presença na situação de interesses públicos e privados relevantes para o tipo de decisão), ou seja, a entrada em *défice de ponderação* (*Abwägungsdefizit*), envolve violação da vertente objetiva do princípio da imparcialidade tal como definida pelo artigo 9.º do CPA, quando manda que se considerem com objetividade todos os interesses relevantes no contexto decisório. E a ilegalidade oposta acontecerá se, contra o que ali também se dispõe, se tomem em consideração interesses irrelevantes, incorrendo em *excesso de ponderação*[31].

Uma vez que se requer uma ponderação de gravidade como modelo de garantia de proporcionalidade (CRP, artigos 242.º, n.º 3 e 18.º, n.º 2), quer para efeito da *restrição de direitos fundamentais* na configuração legislativa da medida (LTA, artigo 8.º, n.º 2), quer para o de *intervenção restritiva* dos mesmos no exercício de margem de livre avaliação perante os dados de uma situação concreta[32], há para, efeito desta última, que identificar os elementos necessários do juízo ponderativo. Para tal efeito, cabe discernir os bens jurídicos ofendidos pela preterição do impedimento, que são, primeiramente, aqueles que esse instituto se destina a salvaguardar e, em segundo lugar, aqueles que, mediatamente afetados, convivem mal com aquele incumprimento de um dever funcional. Uma vez que a inobservância do impedimento gera a ilegalidade da atividade administrativa, sempre acarreta uma conotação negativa para o desempenho do mandato autárquico. A partir daí, a questão reside em saber quando, sem prejuízo da resposição da legalidade administrativa pelas ações impugnatórias e de reparação dos danos sofridos por particulares em consequência desta disfuncionalidade, o desvalor em que incorreu a atividade administrativa autárquica torna necessária (e, portanto, justifica) a perda de mandato[33].

[31] Cf. KOCH/RUBEL/HESELHAUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Luchterhand, 2003, p. 225; MAURER/WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19.ª ed., Munique: C.H. Beck, 2017, p. 174.

[32] Entende-se que não haja margem de livre avaliação da gravidade da conduta de preterição do impedimento legal na eventualidade de dolo específico configurada no n.º 2 do artigo 8.º da LTA. Quando, à intervenção ilegal tenha presidido uma intenção de favorecimento ilegítimo, è vinculado o poder de declarar a perda de mandato.

[33] Esta indagação torna-se imprescindível visto – como se expôs já – alguma jurisprudência vir entendendo corretamente (pelo menos na maioria dos casos) que a simples inobservância de impedimento não possui por si só a virtualidade de sujeitar o autarca à perda de mandato.

A organização dos pressupostos de uma decisão de perda de mandato passa, em primeiro lugar, pela identificação dos bens jurídicos ofendidos pela inobservância da norma de impedimento. Mas, apenas por si, este elenco não permite apurar *quando* se deva aplicar a perda de mandato. Fora do caso já destacado de dolo específico nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da LTA, a verificação desse *quando* exige que se infira do emprego do advérbio "*só*", no n.º 3 do artigo 242.º CRP, o cânone finalístico que assim se erige em *ratio sine qua non* da sujeição de um autarca à perda de mandato em consequência de inobservância de norma de impedimento.

Ora, a singela redação daquele preceito constitucional enuncia expressamente a finalidade que deverá presidir à delimitação da *factispécie* (*Tatbestand*) suficiente para habilitar à declaração da perda de mandato: aquilo que se torna necessário é que, partindo dos elementos com potencialidade para se tornarem pressupostos daquele tipo de decisão, se possa vir a formular um juízo de gravidade da conduta ilegal. Mas, se um tal juízo não prescinde da consideração dos elementos de facto e de direito com a eventual potencialidade de servir de pressupostos, o raciocínio valorativo carece ainda de um outro ponto de apoio. Porque tais elementos poderão vir a constituir pressupostos da decisão sem que isso tenha necessariamente de ocorrer, haverá de ser exterior ao elenco o factor de qualificação.

Na verdade, se o primeiro momento do raciocínio se centra nos elementos que compõem a conduta e traçam as suas consequências, torna-se necessária uma segunda fase que, graças a elementos complementares, permita ajuizar sobre a gravidade da conduta. E esta segunda fase entronca ainda no nexo finalístico subjacente ao n.º 3 do artigo 242.º CRP. Parece clara a razão de ser da limitação das intervenções restritivas sobre os titulares dos órgãos autárquicos. Se elas só poderão ter lugar perante condutas ilegais graves, é porque, sendo tais intervenções também elas graves para os seus destinatários e para as próprias coletividades locais, haverá que comparar as duas gravidades.

Em suma, para efeito de justificar a perda de mandato, a gravidade da preterição de impedimento legal significa que os efeitos negativos de se não tomar tal decisão apresentam um peso superior aos efeitos negativos, sobre o autarca e a coletividade autónoma, de ela ser tomada.

O que nos diz, portanto, a análise dogmática da figura no seu engaste constitucional é que a decisão de perda de mandato assenta numa dupla ordem de pressupostos. Por um lado, importam aqueles que propiciam ao decisor a reconstituição das circunstâncias que rodearam a preterição do impedimento e materializam as consequências desta sobre os bens jusfundamentais protegidos pela norma de impedimento e respeitantes à integridade da administração local e à responsabilidade democrática dos autarcas. Por outro lado, haverá que tomar em consideração os efeitos restritivos da medida sobre direitos fundamentais do autarca e sobre a autonomia local.

Estes são os elementos que, à luz das circunstâncias de cada caso concreto, terão de ser equacionados em um juízo ponderativo que permita encontrar uma solução sob o influxo do princípio da proporcionalidade.

VI. O juízo de ponderação

21. Do âmbito do juízo ponderativo enquanto metodologia de decisão ficam excluídas uma *zona de certeza positiva* quanto à aplicabilidade da perda de mandato nos casos de dolo específico (previsão expressa no n.º 2 do artigo 8.º) e uma *zona de certeza negativa* quando haja causas de justificação do facto ou de exclusão da culpa (artigo 10.º, n.º 1, da LTA). É no espaço deixado entre estas extremas que terá lugar um juízo de ponderação destinado a preencher o conceito indeterminado de *gravidade* da ação ilegal justificativa da aplicação da medida, ou seja, da proporcionalidade desta.

Duas séries de bens jusfundamentais haverão de ser sopesados correlativamente a fim de se decidir racionalmente sobre aquela aplicação ou não aplicação. De um lado, deverão ser identificados, analiticamente a partir da Ordem Jurídica, os valores e outros bens jurídicos tipicamente ofendidos pela preterição de impedimento. E, a seguir, o decisor avaliará à luz das circunstâncias do caso concreto a intensidade da lesão sofrida em cada um deles e o peso que dessa lesão irá perdurar se a situação não for em alguma medida remediada pelo impacto compensatório ou atenuador da perda de mandato.

Como, porém, se expôs já, o n.º 3 do artigo 242.º CRP correlaciona o peso negativo da conduta ilegal do autarca com o peso negativo próprio de uma medida de perda de mandato, ao dispor que esta última "*só*" terá lugar se a gravidade da conduta ilegal assim impuser. Uma tal reserva conduz necessariamente à conclusão de que, se o mal da perda de mandato se mostrar superior ao da conduta ilegal do autarca, a medida não deverá ser adotada sob pena de lesão do imperativo constitucional de proporcionalidade. E, portanto, para efeito desta escolha do mal menor no caso concreto, também, como a propósito da ofensa de bens jurídicos protegidos pela norma de impedimento, se impõe uma identificação analítica dos bens jusfundamentais e valores objeto de compressão pela medida de perda de mandato e a avaliação em concreto do peso de tal intervenção restritiva.

22. Entre os bens jusfundamentais feridos pela preterição de impedimento legal por um autarca, podemos distinguir aqueles que as normas impeditivas diretametne tutelam e outros, resultantes do contexto constitucional da autonomia local.

Das normas impeditivas atrás referenciadas, a mais importante, por ser a de âmbito institucional mais genérico e de previsão mais pormenorizada, é o artigo 69.º do CPTA sobre "casos de impedimento". A jurisprudência e a doutrina apontam-lhe unanimemente uma finalidade preventiva e uma finalidade garantística. Trata-se, desde logo, de prevenir o risco de que sejam tomados em conta como motivo determinante da intervenção do titular de órgão da Administração Pública interesses privados em princípio irrelevantes em detrimento do interesse público visado pela lei e que, desse modo, se possam sujeitar particulares a uma indevida desigualdade de tratamento. Através desta prevenção, estabelece-se uma garantia, não apenas para os interessados em um dado procedimento mas para os cidadãos em geral, de integridade e isenção nos procedimentos decisórios. E reforça-se a confiança dos cidadãos no poder administrativo democraticamente legitimado evitando situações em que, embora possa não ter existido de facto o propósito

de um favorecimento ilegítimo, se poderá instalar uma suspeição de que assim tenha sido. Deste modo, quando um autarca infringe, ainda que sem intenção desviante, um impedimento legal, contribui por negligência para o definhamento da confiança das populações locais na genuinidade da representação democrática autárquica.

São, portanto, estes os valores constitucionais (prossecução do interesse público, imparcialidade e igualdade de tratamento por parte da Administração, democracia representativa, administração democrática, autonomia local) lesados pela preterição de impedimento, que a tutela administrativa pretende consolidar em resposta. Tratando-se todos eles de valores constitucionais incontestáveis, uma eventual decisão de não aplicação da perda de mandato não se explicará pela vontade de os pôr em causa, mas por uma avaliação, à luz das circunstâncias do caso, da medida em que tenham sido realmente atingidos para o efeito de uma comparação com as consequências da imposição da medida em relação a um outro conjunto de bens constitucionais sobre os quais ela representará no caso concreto uma intervenção restritiva.

Como se tem vindo a sublinhar, a par dos efeitos positivos de consolidação de bens fundamentais lesados pela preterição de impedimento, a medida da perda de mandato exerce efeitos negativos sobre todo um conjunto de bens fundamentais, portanto, em colisão com os primeiros.

Desde logo, assim é quanto a direitos fundamentais do autarca, cuja restrição se encontra sujeita ao imperativo constitucional de proporcionalidade. Tem a natureza de direito, liberdade e garantia política o *direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país*, estabelecido pelo artigo 48.º, n.º 1, CRP. No respetivo quadro enquanto "*direito como um todo*" (*als Ganzes*), inscreve-se o *direito de sufrágio passivo*, ou seja, o direito de ser eleito, que corresponde à capacidade eleitoral passiva. Por outro lado, o *direito genérico de participação política*, abrange o *direito de acesso aos cargos públicos* a que alude o artigo 50.º, n.º 1, CRP, *maxime* aos cargos políticos e, dentro destes, aos eletivos. Neste se inclui, designadamente, o *direito de permanecer no e exercer o cargo para que se foi eleito*[34]. Estas duas dimensões do direito de acesso aos cargos públicos *eletivos* entroncam na ideia de cidadania e no princípio da participação democrática das populações locais na autogestão dos seus interesses como coletividade, o qual inclui o direito de as populações locais escolherem os seus próprios eleitos[35] e de não verem essa escolha perturbada ou quebrada, salvo com fundamento constitucional.

A par destes direitos de natureza política, destacam-se ainda com relevo para o regime da decisão de perda de mandato, os direitos pessoais referidos no artigo 26.º, n.º 1, CRP, em especial, os direitos ao bom nome e à reputação.

Todos os direitos mencionados pertencem indubitavelmente ao catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, por conseguinte, do regime de proteção previsto no artigo 18.º, n.º 2, CRP.

---

[34] Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 678.

[35] Cf. SÉRVULO CORREIA, *Droit constitutionnel des collectivités territoriales au Portugal*, in: *Escritos de Direito Público*, I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 366, 377 e 396.

Além de intervenção restritiva em relação a eles, a decisão de perda de mandato exerce dinâmica compressora sobre o princípio da participação democrática das populações locais na autogestão dos seus interesses como coletividade[36].

Estes são, portanto, em termos muito resumidos, os Direitos Fundamentais e outros valores constitucionais sobre os quais o ato de declaração de perda de mandato exerce um efeito negativo. São, assim, aqueles que se haverá de levar à ponderação com esses outros que saiem em princípio beneficiados pela tomada dessa medida.

23. A ponderação a levar a cabo com o fim de fundamentar a juridicidade da decisão positiva ou negativa de perda de mandato e de dar cumprimento ao imperativo constitucional de proporcionalidade apresenta algumas particularidades explicáveis pelos contornos do instituto.

Em primeiro lugar, como resulta da própria epígrafe do artigo 242.º CRP e da sua inserção em título da Parte III dedicado ao Poder Local, trata-se de tutela administrativa. Mas, não merecendo dúvidas a administratividade material da tutela em que se insere o ato típico da decisão de perda de mandato, deparamos, por opção do legislador, com a solução assaz singular de exercício da mesma pelo juiz administrativo através de um ato – a sentença – próprio da função jurisdicional.

Em segundo lugar, cumpre compreender que, embora, como dispõe o artigo 242.º, n.º 1, CRP, a tutela administrativa sobre as autarquias locais consista na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos, essa verificação se não confunde com a jurisdição dos tribunais administrativos que consiste no "julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas" (CRP, artigos 212.º, n.º 3). E, tal como se não confunde com o contencioso administrativo de impugnação e de responsabilidade civil extracontratual, também não corresponde ao exercício de jurisdição penal por crime de responsabilidade. A finalidade da tutela administrativa sobre as autarquias locais é mais ampla e difusa, incidindo sobre a legalidade da atividade administrativa autárquica sob um ângulo próprio: o de permitir ao Estado uma razoável confiança no clima de juridicidade vivido pelos órgãos autárquicos e sentido pelas populações locais.

Deste modo, aquilo que incumbe ao tribunal excecionalmente investido numa competência materialmente administrativa é fazer como deveria no seu lugar fazer o Governo dela originário titular (CRP, artigo 199.º, alínea d)). Num processo de perda de mandato, o tribunal não julga, no âmbito dos estreitos limites do ato concreto de preterição de impedimento, sobre um pedido cassatório e, ou, indemnizatório, assim dirimindo um litígio subjetivamente confinado não apenas quanto aos participantes mas quanto à incidência do caso julgado.

E a razão de ser da decisão da perda ou não perda de mandato para a qual o processo converge também não é a de ordenar sistematicamente num plano puramente individualizado os elementos da definição de uma infração esboçada em termos de

[36] Cf. SÉRVULO CORREIA, *O Direito Constitucional das Autarquias Locais em Portugal*, in: *Questões Actuais de Direito Local*, n.º 11, 2016, pp. 7-8.

tipicidade, ilicitude e culpa[37] para efeito do exercício de um poder sancionatório sobre o agente. Para isso, lá estão os processos por crime de responsabilidade.

Aquilo que na verdade importa, no âmbito da tutela administrativa de legalidade sobre a administração autónoma, é, em primeiro lugar, a identificação quer dos bens e valores jusfundamentais merecedores de proteção afetados por uma conduta de preterição de um impedimento legal, quer dos bens e valores, identicamente dignos de proteção no quadro constitucional, que serão comprimidos ou neutralizados por uma decisão externa de cessação de um mandato eletivo em um órgão de uma pessoa coletiva pública autárquica.

E, em segundo lugar, dando corpo a esses bens e valores concebidos em abstrato mediante a incorporação neles das circunstâncias em que se manifestam no caso concreto, verificar em que medida colidem ou, pelo contrário, se conciliam a fim de, através de uma justaposição segundo cânones de proporcionalidade, concluir se a preservação, tanto de um ambiente de legalidade na atuação do órgão ou órgãos autárquicos, como de um clima de confiança sobre ela por parte da esfera pública, exige ou contraindica a cassação do mandato.

24. Um terceiro aspeto a realçar a propósito desta ponderação é o papel que nela se deva atribuir à avaliação da culpa. A jurisprudência do STA tem-se inclinado no sentido de assentar a observância do princípio da proporcionalidade de uma medida com a penosidade da perda de mandato na sua correlação com a gravidade da culpa, que tende a ser o fator predominante, com inexistência ou menorização da consideração de outros. Partindo de uma velha orientação jurisprudencial anterior ao RRCEE, assume-se, expressa ou implicitamente, que a prática de qualquer ato administrativo ilegal envolve uma presunção judicial de culpa[38]. E, a este propósito, a culpa leve transforma-se em culpa grave por se entender que a inobservância da norma de impedimento gera uma outra presunção: a presunção de parcialidade.

Este "mecanismo infernal" tem, a nosso ver, um duplo efeito nocivo. Por um lado, gera no mínimo um défice de ponderação (e, logo, violação da proporcionalidade) por se desconsiderarem os diversos outros elementos que o juízo ponderativo deveria abarcar. Mas, pelo menos em alguns casos, vai-se mais longe, visto que uma qualquer ponderação é substituída pelo raciocínio formalista da presunção de parcialidade, em que se baseia um juízo de gravidade da culpa, desse modo se fugindo à averiguação objetiva do teor do comportamento.

Não se infira, porém, que contestemos a inclusão de uma avaliação da culpa do autarca em virtude de defendermos uma caracterização objetivista da ponderação. Que a culpa será um elemento a levar em conta na tomada de decisão resulta até do disposto pelo artigo 10.º, n.º 1, da LTA, segundo o qual não haverá lugar à perda de

[37] Cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Parte Geral*, 5.ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p. 56.

[38] Cf. RUI MEDEIROS, *Comentário ao artigo 9.º*, in: RUI MEDEIROS (Org.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual...*, cit., p. 245. Hoje em dia, o artigo 10.º, n.º 2, do RRCEE, dispõe que "Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos".

mandato quando se verifiquem causas de exclusão da culpa dos agentes. Uma culpa medida concretamente à luz dos factos relevará para a mensuração do efeito da conduta na confiança pública na integridade da representação autárquica e numa prognose da probabilidade de repetição do comportamento em causa pelo mesmo agente. E, quando leve, deverá ser tomada em conta, a par de outros elementos de aferição do caráter gravoso da medida para descartar a sua necessidade.

25. A consideração da gravidade da conduta ilegal do autarca, imposta pelo artigo 242.º, n.º 3, CRP como cânone de proporcionalidade de uma intervenção tão restritiva como a perda de mandato perpassa – como se viu já – pela comparação entre os efeitos negativos quer da conduta, quer da medida, sobre bens jusfundamentais em colisão. Como temos procurado evidenciar em relação à figura da perda de mandato, a metódica própria da ponderação bilateral equaciona a gravidade das restrições ou intervenções restritivas a impor a Direitos Fundamentais "*als Ganzes*" e a situações jurídicas subjetivas em contraponto com a importância das razões que justificam tal imposição segundo a racionalidade garantística inerente à proporcionalidade[39].

Ora, uma vez identificados os valores e outros bens jusfundamentais em colisão e atribuído a cada um o peso que lhes deverá corresponder à luz da sua funcionalidade à defesa e promoção da dignidade da pessoa humana e do seu lugar no sistema de tarefas fundamentais do Estado, haverá que estabelecer prevalências em função das circunstâncias do caso. E, segundo a metodologia mais difundida nos nossos dias, aquele confronto de pesos alimentará juízos de necessidade e de equilíbrio entre efeitos positivos e negativos que, mediante sacrifícios recíprocos, permitirá encontrar um nível de equilíbrio correspondente a um ideal de *concordância prática*.

Como observa ROBERT ALEXY – o grande teorizador dos Direitos Fundamentais que primeiramente desenvolveu esta linha de argumentação racional –, embora o modelo de ponderação de todos os elementos relevantes (*Abwägungsmodell als Ganzes*) não forneça o sentido de cada decisão, ele ministra um critério no qual se combinam o princípio da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. Assim, o princípio da ponderação diz-nos aquilo que deve ser fundamentado de modo racional. No campo da resolução jurisdicional de um caso, ele permite encontrar a saída perante uma colisão de princípios e valores. E, perante tal colisão, ficamos a saber que a ponderação se não reduz a uma questão de tudo ou nada, mas a uma tarefa de otimização, ou seja, de encontro, à luz do peso desses princípios e valores em face das circunstâncias do caso, do modo como se poderá produzir uma solução na qual todos eles sejam levados em conta embora em graus distintos[40]. Para o efeito, haverá no entanto que levar a cabo um balanceamento através de três etapas ou aproximações sucessivas. Em cada uma delas, ao maior grau de não-satisfação ou detrimento suportado por cada bem jurídico em colisão corresponderá um maior grau de satisfação

[39] Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Princípio da Razoabilidade como Parâmetro de Atuação e Controlo da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 161-162.

[40] Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 152.

do bem oposto. Os graus são sistematizados (não só para comparação com os bens em confronto, mas também entre os bens da mesma série) em função dos critérios "menor", "elevado" e "sério". O sentido da decisão corresponderá à fórmula que assegure uma maior proximidade entre a satisfação ou salvaguarda dos bens e valores em colisão[41].

Esta nossa digressão pela teoria da ponderação enquanto metodologia da proporcionalidade torna-se necessária em virtude de uma particularidade da aplicação deste princípio à decisão de perda de mandato ser a impossibilidade da descoberta gradual de uma fórmula de concordância prática que guie o decisor no exercício de uma "discricionariedade de escolha" (*Auswahlermessen*), isto é, uma escolha entre várias condutas possíveis. Cremos que, perante dolo específico, o poder do decisor é vinculado quanto à imposição de perda de mandato. Nos restantes casos, trata-se de "discricionariedade de decisão" (*Entscheidungsermessen*), consistindo apenas em tomar, ou não, uma decisão de tipo único[42].

Assim sendo, aquilo que de mais aproximado se poderá encontrar em relação à ideia de *concordância prática* para efeito da não aplicação da perda de mandato, será a conclusão de que as circunstâncias do caso tendem a baixar para um nível "menor" e, em todo o caso, não "sério" a efetiva lesão dos bens e valores jusfundamentais protegidos pela norma de impedimento.

Conclusão

A competência dos tribunais administrativos de aplicação da medida de perda de mandato autárquico por inobservância de norma de impedimento constitui um interessante caso de interdependência de poderes. A tutela administrativa sobre a Administração autónoma representa um modo de exercício da função administrativa, o qual cabe em princípio ao Governo por determinação constitucional. O hibridismo da solução organizatória, a par da existência de meios tipicamente jurisdicionais para repor a legalidade administrativa ofendida por ato ou contrato administrativo, tutelar os diritos lesados e reprimir os crimes de responsabilidade, reúnem-se para deixar claro que, embora de competência de tribunais exercida em processo jurisdicional, o juízo sobre a perda de mandato constitui uma atividade materialmente administrativa. Como tal, o princípio da proporcionalidade deve informá-lo nos termos próprios da sua aplicação como princípio fundamental do exercício da função administrativa. Significa isto que relevam necessariamente para a formulação do juízo todos os pressupostos que se aplicariam se se tratasse da tomada da decisão pelo Governo. Por outras palavras, sob pena de défice de ponderação e consequente violação da proporcionalidade, deverão figurar no discurso argumentativo de fundamentação o elenco de pressupostos próprios de tal modalidade de tutela administrativa e o modo como foram comparativamente sopesadas.

[41] Cf. ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitucional Rights*, trad. do original alemão por JULIAN RIVERS, Oxford University Press, 2002, *Postscript*, p. 401 s.

[42] Sobre estas modalidades de discricionariedade, cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade E Autonomia Contratual Nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 109-110.

A manifesta incompletude do regime normativo de uma figura de relevância social, relativamente à qual se não tem alcançado o desejável nível de aplicação do Direito, recomendaria que os tribunais administrativos e, em particular, o Supremo Tribunal Administrativo, fossem definindo jurisprudencialmente tipos de situações relativamente às quais a consideração ponderada de pressupostos identificados como relevantes neutralizasse em alguma medida a perniciosa indefinição reinante.

DIREITO CONSTITUCIONAL

AS CONCEÇÕES POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS DE POVO

Jorge Miranda*

O Doutor Augusto Silva Dias era um grande professor
de Direito penal e de Direito processual penal, que não
se confinava às respetivas teorias gerais, antes se abria
a outros diversos problemas, entre os quais os dos direitos
fundamentais e da sociedade de risco.
Mas, por isso mesmo, consciente da unidade do ordenamento
jurídico, estava atento aos pressupostos da Filosofia
do Direito. A sua talvez obra principal "Delicta in se"
e "Delicta mere prohibita" é disso paradigmática.
A vocação universitária entendia-a como um serviço,
numa relação constante de professores e alunos.
Trabalhou até ao limite das suas forças.
Presto-lhe uma muito sentida homenagem.

SUMÁRIO: I. A diversidade das conceções; II. O povo nas Constituições portuguesas.

I. A diversidade das conceções

1. Como comunidade política, o povo identifica-se sempre com o conjunto das pessoas, sejam estas quais forem, que, em certo momento, estão sujeitas às leis do Estado e têm um laço permanente com o poder político; define-se através da cidadania. Tal é uma noção válida para todos os Estados e para todos os regimes políticos em concreto que se conhecem[1].

Todavia, vêm a ser diversas e antagónicas as interpretações adotadas acerca da comunidade política e daqueles que a integram. Distinguem-se elas em razão do papel de sujeito político efetivo que atribuem ao povo, do sentido da cidadania e, sobretudo,

* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[1] O conceito de povo não coincide com o da classe social. Nas situações historicamente determinadas, o governo de uma classe exclui do poder económico e político, mas não suprime irreversivelmente, outras classes e, assim, outras componentes do povo (cf. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale Comparato*, 7.ª ed., Pádua, 2008, p. 87).

em razão da relevância que emprestam a outros fatores além dos estritamente jurídicos. E essas várias maneiras de conceber o povo – por vezes, para o converter ou reconverter – e com o povo, os indivíduos, traduzem-se em normas constitucionais caracterizadoras dos regimes políticos e das formas de governo.

Olhando apenas às que são coevas do constitucionalismo, sem custo se reconhecem cinco mais significativas conceções político-constitucionais e ideológicas de povo, consoante se esteiam em critérios puramente jurídicos, em critérios económicos, em critérios rácicos, em critérios ético-históricos ou histórico-orgânicos e em critérios religiosos.

Há noções de povo que se pretendem só jurídicas: as que remontam às Revoluções americanas e francesa e prevalecem nos Estados de Direito de tipo ocidental. Há noções económico-sociais de povo: as que se encontram no marxismo e também, antes deste e com finalidade oposta, as que sustentam o sufrágio censitário. Há noções rácicas de povo: em especial, a da Alemanha nacional-socialista. Há noções ético-históricas ou histórico-orgânicas de povo: as do fascismo italiano e do nacionalismo autoritário. E há noções religiosas: as do fundamentalismo islâmico[2].

2. O constitucionalismo proclamou o povo como totalidade e unidade dos cidadãos e conferiu a esse povo a soberania, o poder. «O povo soberano é constituído pela totalidade dos cidadãos franceses» (art. 7.º do «ato constitucional» inserido na Constituição francesa do ano I), «A Nação Portuguesa é a união de todos os Portugueses» (art. 20.º da Constituição de 1822) e «a soberania reside essencialmente em a Nação» (art. 26.º).

O povo aparece como um conjunto de homens livres e iguais que agem racionalmente. Trata-se, porém, de uma noção ideal e abstrata, de um povo de «indivíduos sem individualidade»[3]; e, por outro lado, de uma noção em correspondência com a dominância burguesa na sociedade, traduzida, designadamente, no sufrágio censitário e capacitário.

Pretende-se ligar a participação na formação da vontade soberana à capacidade de assumir responsabilidades familiares, à propriedade ou a outras funções sociais. E, se com isso se supõe acautelar o correto exercício do voto e o bem comum, objetivamente são um critério económico e uma opção de classe que avultam. O conceito de povo liberal é também um conceito de povo burguês – a que se contrapõe o povo dos que aspiram ao acesso à cidadania plena[4].

---

[2] Cfr., principalmente, sobre a conceção liberal e a marxista, cf. VAN GUNSTEREN, Herman, *Notes on a Theory of Citizenship,* in: AA.VV., *Democracy, Consensus, Social Contract*, Londres, 1978, pp. 9 ss. E sobre a problemática, próxima, da relevância da cidadania ou da relação entre subjetividade política e autonomia pessoal, cf. VEGA, Salvatore, *Una filosofia política della cittadinanza,* in *Il Politico,* 1989, pp. 553 e ss.

[3] Na expressão de RADBRUCH, Gustav*, Filosofia do Direito*, 4ª ed. portuguesa, I, Coimbra, p. 168. Também, cf. CABRAL DE MONCADA, Luís, "Valor e sentido da democracia", *Estudos Filosóficos e Históricos,* Coimbra, 1958, I, pp. 35 e ss.

[4] Cf. MAGALHÃES GODINHO, Vitorino, *Estrutura da Antiga Sociedade Portuguesa,* 2.ª ed., Lisboa, 1975, p. 142.

Quanto se fez a seguir foi para tentar vencer a contradição. O progressivo alargamento do sufrágio, ao longo de décadas, visou aproximar do povo jurídico o povo politicamente ativo. E veio modificar tanto a consideração interna do povo correspondente à sociedade como o próprio Estado-poder – porque a ascensão das classes trabalhadoras tira à burguesia, pelo menos, o exclusivo do governo, desloca o fulcro das deliberações coletivas e provoca o aparecimento de novas formas institucionais. O «advento do povo real», do homem «concreto» e «situado»[5] equivale ao advento do conceito democrático de povo[6].

Para lá da silhueta esboçada do povo, vislumbram-se, portanto, quer numa quer noutra fase da evolução do Estado constitucional, elementos, forças, interesses, motivações doutra índole. Todavia, as mudanças de estrutura social e económica que se operam vão inserir-se num mesmo quadro fundamental de referência e, assim, se garante a continuidade jurídica. Precisamente por se recortar nos mais amplos termos, a noção de povo como universalidade de cidadãos pretende-se dotada da virtualidade de se adaptar a essas mudanças e de fazer dos homens situados cidadãos *optimo jure*[7].

3. O conceito marxista de povo apresenta-se, em primeiro lugar, como resposta à noção e à prática burguesas e, em segundo lugar, como resultado da análise, até às últimas consequências, da situação económica relativa das pessoas e dos grupos dentro da comunidade política.

É um conceito que privilegia a posição perante os bens e as relações de produção e que se prende com a vontade de as transformar de acordo com a conceção do homem e da vida própria do materialismo histórico e dialético – de acordo com a conceção do indivíduo concreto e «socializado»[8] o que está em causa é substituir a atual divisão da sociedade em classes por uma unidade construída a partir da revolução feita pelo proletariado, em que se alterem tanto a natureza da comunidade política como o estatuto do indivíduo. O povo não pode abranger explorados e exploradores, somente pode abranger as classes trabalhadoras ou as classes revolucionárias.

A emancipação política, escreve MARX, reduz o homem, por um lado, ao membro da sociedade civil, ao indivíduo egoísta independente, e, por outro lado, ao cidadão, à pessoa moral. «Será apenas quando o homem real individual retomar em si o cidadão abstrato e se tornar, na sua vida empírica, no seu trabalho, nas suas relações individuais, um ser genérico, será apenas quando ele reconhecer e organizar as suas forças próprias como forças sociais e não mais separar de si a força social

[5] Cf. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, VII, 2.ª ed., Paris, 1973, pp. 31 e ss., *maxime* 39-40, 118 e ss. e 180 e ss.

[6] E à passagem do governo representativo clássico ou liberal para a democracia representativa.

[7] Mantemos a opinião exposta em *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade,* Lisboa, 1968, pp. 60-61, diferente da de cf. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, cit., pp. 118 e 298 e ss. (que fala em artifício da continuidade democrática e em falta de imaginação constitucional).

[8] Noutra expressão de RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, cit., p. 174.

sob a forma de força política, será apenas nessa altura que se consumará a emancipação humana»[9/10].

A primeira e a quarta Constituições soviéticas continham conceitos de povo – qualificado segundo o povo ativo – paradigmáticos das duas sucessivas fases de «ditadura do proletariado» e de «Estado de todo o povo»: «A República Russa é uma livre comunidade socialista de todos os trabalhadores da Rússia. Todo o poder... pertence à totalidade da população operária do país, organizada nos sovietes das cidades e dos campos» (art. 10.º da Constituição de 1918); «A U.R.S.S. é um Estado socialista de todo o povo, que exprime a vontade e os interesses dos operários, dos camponeses e dos intelectuais, trabalhadores de todas as nações e etnias do país» (art. 1.º da Constituição de 1977). E na atual Constituição chinesa, de 1982, ainda se lê: «A República Popular da China é um Estado socialista subordinado à ditadura democrático-popular da classe operária e assente na aliança de operários e camponeses» (art. 1.º).

4. Na Alemanha do nacional-socialismo – mas a ideia tinha antecedentes aí e noutros países[11] – dominou um conceito de povo na base de critérios biológicos mitigados historicamente.

O povo, de harmonia com a doutrina nacional-socialista, não é nem o conjunto dos cidadãos, nem uma unidade política; é uma unidade étnica que repousa na comunidade de sangue[12]. Esta, porém, não se confunde com uma nação única, até porque, em qualquer povo, se encontram elementos de várias raças. A unidade nacional aparece quando uma história e uma civilização comuns operam uma ligação constante entre essas raças, já que uma delas (a raça nórdica no caso alemão) terá sempre a preponderância e imporá a sua marca própria.

O fim supremo é a conservação do povo e da raça. O Estado possui mero valor secundário diante desse fim e da vontade do *Führer:* o Estado não é senão a organização política do povo conduzido pelo *Führer,* o qual toma as decisões, faz as leis, dá

[9] *Question juive,* trad., in cf. MARX, Karl, *Oeuvres choisis,* I, Paris, 1963, pp. 88-89.

[10] Cf. OJEA, Gonzalo Puente, "As revoluções marxistas e a validade do sufrágio universal", *Critério,* n.º 3, Janeiro de 1976, pp. 36-37: MARX não ignora o progresso implícito na consagração do homem como cidadão de pleno direito; mas não aceita o postulado de um cidadão eleitor como sujeito de uma ética universal abstrata, incondicionada histórica e socialmente, como soberano absoluto de uma racionalidade incontaminada; em vez do *homem abstrato,* existe o *homem concreto,* sujeito de *relações de produção* que o convertem ou em explorador ou em explorado e que, em qualquer das posições antagónicas, não pode iludir os condicionamentos sociais e económicos da perceção da realidade que o circunda.
V. também, por exemplo, cf. CERRONI, Umberto, *La libertad de los modernos,* trad., Barcelona, 1972, pp. 201 e ss., ou cf. DELLA VOLPE, Galvano, *Rousseau e Marx – A liberdade igualitária,* trad., Lisboa, 1982, pp. 39 e ss. e 109 e ss.; e, de premissas bem diferentes, cf. KUHN, Helmuth, *El Estado* (trad., *Der Staat*), Madrid, 1979, pp. 163 e ss.; cf. BARBIER, Maurice, *La modernité – La modernité politique*, Paris, 2000, pp. 178 e ss.

[11] V.,criticamente, HELLER, Hermann, *Teoria del Estado* (trad., *Allgemeine Staatslehre*), 15.ª ed., Buenos Aires, 1950, pp. 183 e segs., ou CASSIRER, Ernst, *O mito do Estado* (trad.), Lisboa, 1961, pp. 277 e ss.

[12] Segundo o programa do Partido Nacional-Socialista, ninguém poderia ser cidadão alemão se não tivesse «sangue alemão» (art. 4.º).

ordens à administração e, assim, colabora também na formação do espírito popular *(Volksgeist)*[13].

5. As conceções ético-históricas ou histórico-orgânicas de povo têm de comum o diluírem o povo numa realidade mais ampla que o ultrapassa, em nome de imperativos mais fortes, sejam imperativos do Estado, sejam imperativos da Nação. «Tudo pelo Estado, nada contra o Estado» é o lema do fascismo italiano. «Tudo pela Nação, nada contra a Nação», é o lema do nacionalismo autoritário português.

Eticismo objetivo, conúbio de idealismo hegeliano e de ativismo vitalista[14], o fascismo é a teoria da minoria ativa que age, não em nome do princípio político da nação, mas em nome de uma noção metafísica de nação[15]. E essa ideia de nação – ou de povo – surge implicada com o poder do Estado, do Estado que é «a verdadeira realidade do indivíduo» (Mussollini).

Do prisma histórico, social, orgânico, o povo é, não uma massa, uma multidão, uma soma, um número, mas uma coletividade irredutível aos elementos que a compõem, aos indivíduos; o todo está *antes* e é *mais* que as partes em sentido aristotélico, e *universitas non solvitur in singularitates;* é um ente em si, um sujeito, uma pessoa ideal, espiritual ou moral, mesmo se não jurídica; é um «organismo ético», no sentido hegeliano[16].

«A Nação Italiana é um organismo com fins, vida e meios de ação superiores, pelo poder e pela duração, aos dos indivíduos, isolados ou associados, que o constituem. É uma unidade moral, política e económica, que se realiza integralmente no Estado Fascista» (art. 1.º da *Carta del Lavoro*)[17]. «A Nação Portuguesa constitui uma unidade moral, política e económica, cujos fins e interesses dominam os dos indivíduos e grupos que a compõem» (art. 1.º do Estatuto do Trabalho Nacional).

Na Nação Portuguesa, afirma Oliveira Salazar, estão encorporados e por ela vivem os indivíduos, as famílias, os organismos privados e públicos. E na unidade resultante da sua integração e da concordância profunda dos seus interesses, ainda que às vezes aparentemente contrários, não há que separá-los ou opô-los, mas que

[13] Cf. SCHEUNER, Ulrich, "Le peuple, L'État, le droit et la doctrine nationale-socialiste", *Revue du droit public,* 1937, pp. 41, 43, 45 e 51; cf. BONNARD, Roger, *Constitution et administration du III^e Reich alemand, ibidem,* pp. 607 e segs.; cf. CABRAL DE MONCADA, Luís, "Valor e sentido da democracia", cit., pp. 390 e ss.; cf. FARACO DE AZEVEDO, Plauto, *Limites e justificação do poder do Estado,* Petrópolis, 1979, pp. 97 e segs. e 120 e ss.; cf. BARBIER, Maurice, *La modernité – La modernité politique*, cit., pp. 173 e ss.

[14] Na qualificação de CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, 2ª ed., Coimbra, 1955, pp. 388 e 390.

[15] Cf. MIRKINE-GUETZÉVITCH, "Les théories de la dictature"*,* in *Revue politique et parlementaire,* 1934, p. 138. O «princípio político da nação» a que alude é o da Revolução francesa.

[16] Cf. PANUNZIO, Sérgio, *Popolo, Nazione, Stato*, Florença, 1933, pp. 27-28. Este autor distingue, aliás, povo e nação (esta é o povo privilegiado ou aristocrático na hierarquia dos valores históricos, o povo tomado idealmente na perspetiva dos especiais vínculos *nacionalizantes* como a língua, o território, a raça, a religião, o Estado ou a economia).

[17] Cf. a análise jurídica de ESPOSITO, Carlo, *Lo Stato e la Nazione Italiana,* in *Archivio di Diritto Pubblico,* II, 1933, pp. 409 e ss.

subordinar a sua atividade ao interesse coletivo. *Nada contra a Nação, tudo pela Nação*[18].

Há, para MARCELLO CAETANO, duas aceções do termo nação: como povo português, elemento humano do Estado, e como *comunidade cultural transpessoal* «formada pela ininterrupta cadeia de gerações onde se conserva e elabora tudo o que dá carácter aos portugueses e os diferencia no mundo, e donde resultam imperativos a que o Estado como expressão política da unidade nacional e instrumento da sua missão ecuménica tem de se subordinar»[19]. E a soberania nacional não se confunde com a soberania popular, porque esta assenta na manifestação da vontade do povo pelos eleitores, enquanto aquela existe mesmo quando interpretada, e até adivinhada, pelos homens de escol que sabem dar consciência a tendências latentes, mas ignoradas ou passivas no seio da coletividade. – Mas a soberania nacional é compatível com a soberania popular, se admitirmos que em certo grau de evolução da Nação os seus cidadãos e as sociedades primárias que a integram estão aptos a traduzir a consciência e a vontade atuais da comunidade, embora não sejam senhores de dispor dela e devam ser considerados meros depositários do poder para exercerem a delicada função de realizar no presente a continuação do passado e a preparação de um futuro segundo a mesma linha de continuidade tradicional»[20].

Com relativa facilidade se reconhece que, apesar das semelhanças, a noção fascista italiana e a noção nacionalista portuguesa possuem sentidos diversos: a segunda está mais próxima das conceções românticas antiliberais do século XIX[21] e tem um cunho conservador, mas não totalitário[22].

6. Para o fundamentalismo islâmico[23], não pode existir separação entre a esfera política e a esfera religiosa, o povo é a comunidade dos crentes e a lei islâmica deve vigorar como lei civil.

A República Islâmica do Irão, proclamada em 1979, apresenta-se com a experiência mais radical de realização desta ideia[24] e a sua Constituição, de 1986, patenteia-a bem impressivamente.

---

[18] *Discursos,* I, 4.ª ed., Coimbra, 1948, p. 34. V., também, cf. RODRIGUES, Manuel, *Política, Direito e Justiça,* Lisboa, 1934, pp. 7 e segs., *maxime* 63.

[19] *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* 6.ª ed., II, Lisboa, 1972, p. 509.

[20] *Ibidem,* pp. 542-543.

[21] Cfr. a crítica da Constituição de 1822 por MADRE DE DEUS, Faustino, *A Constituição de 1822 comentada e desenvolvida,* Lisboa, 1823.

[22] «O Estado que subordinasse tudo sem exceção à ideia de nação ou de raça por ele representada, na moral, no direito, na política e na economia, apresentar-se-ia como ser omnipotente, princípio e fim de si mesmo... e poderia envolver um absolutismo pior do que aquele que antecedera os regimes liberais, porque ao menos esse outro não se desligara do destino humano» (OLIVEIRA SALAZAR, António, *Discursos*, cit., pp. 336-337; V., também, pp. 71 e 78, 145 e 335, e II, p. 132). Cf. as observações de PEREIRA DOS SANTOS, Francisco, *Un État Corporatif – La Constitution Sociale et Politique Portugaise,* 2.ª ed., Paris-Porto, 1940, pp. 382 e ss. e 398 e ss.; ou de CAMPINOS, Jorge, *A ideologia política do Estado Salazarista,* Lisboa, 1975, pp. 20 e ss.

[23] Que, aliás, não é o único fundamentalismo religioso em expansão nos nossos dias.

[24] Noutros países muçulmanos, ela tem, não raro, também uma influência marcante.

Assim, a República Islâmica é um «sistema baseado na fé» (art. 2.º), em que o povo é «chamado à virtude» e «os crentes, homens e mulheres, são amigos uns dos outros, rejubilam no Bem e proíbem o Mal» (Alcorão, 9:71) (art. 8.º).

Os princípios islâmicos são limites aos direitos dos cidadãos e critério de acção do Estado (arts. 21.º, 24.º, 27.º e 28.º), embora o Governo e todos os muçulmanos sejam obrigados a conduzir-se «com moderação, justiça e equidade» para com os não muçulmanos e devam salvaguardar os direitos destes (art. 14.º, 2.ª parte) e a nacionalidade seja um «direito absoluto» de todos os cidadãos (art. 41.º).

Por outro lado, logicamente, os poderes soberanos exercem-se sob a supervisão dos dirigentes religiosos (art. 57.º).

Eis um programa que aponta para a teocracia e se afasta da moderna construção do Estado[25], como que pretendendo o retorno a concepções das primeiras épocas muçulmanas (sem embargo da aceitação de certas formas jurídicas de origem europeia).

II. O povo nas Constituições portuguesas

1. Nas Constituições portuguesas, como nas de outros países, o conceito de povo acolhido espelha bem as respetivas linhas fundamentais e o tratamento que cada uma confere ao Estado.

O povo, a comunidade política denomina-se *nação* em todas elas, menos na de 1976[26]. E é o conceito liberal e mais ou menos voluntarista que aparece nos textos de 1822, 1836, 1838 e 1911; um conceito complexo, ambíguo ou dividido ou uma pluralidade de conceitos no texto de 1933; e um conceito próprio do Estado social, mas igualmente com aspetos particulares e não unívocos, que emerge em 1976.

Nada há a acrescentar sobre as Constituições liberais. Algo mais há ainda a dizer a respeito da Constituição de 1933 e, sobretudo, naturalmente, da atual.

2. O carácter compromissório do texto constitucional de 1933 projeta-se com nitidez na conceção e na dimensão de povo, de nação[27] e de Estado.

Por um lado, na única definição de Nação Portuguesa que enuncia – a do art. 3.º – a Constituição reporta-se ao Povo juridicamente recortado a partir da cidadania e no art. 71.º (numa fórmula idêntica às de 1822, 1838 e 1911) declara que «a soberania reside em a Nação».

---

[25] Cf., por todos, BARBIER, *La modernité – La modernité politique*, cit., pp. 213 e ss.

[26] Embora nesta o adjetivo *nacional* (refira-se ao Estado, ao povo ou à nação) seja algo frequente – v. independência nacional [preâmbulo e arts. 9.º, alínea *a*), 81.º, alínea *f*), e 87.º]; problemas nacionais [art. 9.º, alínea *c*)]; símbolos nacionais (art. 11.º); território nacional (arts. 19.º, n.º 2, 33.º, n.os 1, 2 e 3, 121.º, n.os 1 e 3, 129.º e 272.º, n.º 4); libertação nacional (art. 33.º, n.º 7); salário mínimo nacional [art. 59.º, n.º 2, alínea *a*)]; serviço nacional de saúde [arts. 64.º, n.os 2, alínea *a*), 3, alínea *d*), e 4, e 165.º, n.º 1, alínea *f*)]; política nacional [art. 81.º, alíneas *l*) e *m*)]; comunidade nacional (art. 121.º, n.º 2); percentagem de votos nacional mínima (art. 152.º, n.º 1); e defesa nacional [arts. 164.º, alínea *d*), 273.º e 274.º].

[27] Sobre o sentido de nação na Constituição de 1933, v. cf. MIRANDA, Jorge, *Ciência Política e Direito Constitucional*, II, policopiado, Lisboa, 1972, pp. 69 e ss..

Quaisquer dúvidas que, a despeito disso, haja sobre o carácter democrático do sistema objetivado no texto dissipam-se à face do princípio da participação de todos os elementos estruturais da Nação «na vida administrativa e na feitura das leis» (art. 5.º) ou «na política e na administração geral e local» (art. 5.º, § 1.º, após a Lei n.º 3/71, de 10 de Agosto) e à face de regras como a da eleição do Presidente da República «pela Nação» (art. 72.º) e a da Assembleia Nacional por sufrágio direto dos cidadãos eleitores (art. 85.º)[28]. A tese da dupla soberania, nacional e popular, com prevalência da primeira sobre a segunda[29], não poderia aqui apoiar-se.

Mas essa Nação não se resume nos indivíduos. «Elementos estruturais da Nação» são, além deles (arts. 7.º e segs.), a família (arts. 11.º e segs.), as corporações morais e económicas (arts. 14.º e segs.) e as autarquias locais (arts. 17.º e segs.) ou, como se diria em 1971, «os cidadãos, as famílias, as autarquias locais e os organismos corporativos» (art. 5.º, § 3.º). Um dos fins do Estado é de promover a unidade moral da Nação (art. 6.º, n.º 1). E «a organização económica da Nação» é de uma sociedade corporativamente organizada (arts. 29.º e 34.º).

Por outro lado, ainda, perpassa em vários títulos e capítulos significativos um apelo à Nação como comunidade transtemporal. Ele manifesta-se a propósito da família, da educação e do Padroado do Oriente (arts. 11.º, 43.º, § 3.º, e 46.º, respetivamente). Só ele explica a prioridade do território na configuração constitucional do Estado (art. 1.º)[30] e o dever ser considerada a regra da inalienabilidade (art. 2.º) – abrangendo o ultramar – um limite material da revisão constitucional[31] [32]. Ele sobressai ainda no art. 2.º do Ato Colonial (convertido em 1951 no art. 133.º da Constituição), onde se lê: «É da *essência orgânica* da Nação Portuguesa desempenhar a *função histórica* de possuir e colonizar domínios ultramarinos e de civilizar as populações indígenas que neles se compreendem, exercendo também a influência moral que lhe é adstrita pelo Padroado do Oriente»[33] [34].

---

[28] Assim, cf. MIRANDA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., pp. 167-168.

[29] Cf. CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional,* cit., pp. 508 e ss. e 543 (passos já citados).

[30] Cf. LUCAS PIRES, Francisco, *Uma Constituição para Portugal,* Coimbra, 1975, p. 97 (que fala em esquema «para-imperial»); cf. MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, p. 283.

[31] Cf. MIRANDA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., I, p. 251, e II, pp. 111 e ss.

[32] Já não tem que ver com essa conceção a regra da proteção dos monumentos artísticos, históricos e naturais e dos objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais (art. 52.º), embora situada no título sobre domínio público e privado do Estado, e não no título sobre educação e cultura.

[33] Jorge Campinos (cf. CAMPINOS, *A ideologia política do Estado Salazarista*, cit., p. 27) associa esta «função» da Nação à teoria do espaço vital e ao princípio do expansionismo fascista. Não se descortina, porém, de que maneira.
Mais adequada parece ser a referência de Paulo Otero a «nacionalismo imperial» (OTERO, Paulo, "A concepção unitarista do Estado na Constituição de 1933", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* 1990, pp. 428 e ss.).

[34] A consideração da Nação como comunidade histórica seria reforçada em 1951, ao declarar-se a religião católica «religião da Nação Portuguesa» (art. 45.º, após a revisão desse ano) ou, como se fixaria em 1971, «religião tradicional da Nação Portuguesa» (art. 46.º).

Acrescem dois aspetos interessantes: a referência, pela primeira vez entre nós (e uma das primeiras vezes em Constituições não marxistas) a «classes» no art. 5.º («livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização») e no art. 6.º, n.º 3 («melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas»); e a referência a «raça» no art. 11.º (a família «como fonte de conservação e desenvolvimento da raça»)[35] [36].

São, porém, aspetos de menor importância. Nem a Constituição – muito pelo contrário – contempla uma visão classista da vida social, nem a menção de «raça» se relaciona com a conceção nacional-socialista: tem-se em vista, quando muito, a «raça portuguesa» como «povo», a «nacionalidade» como grupo caracterizado por uma cultura, uma moral e uma psicologia próprias, independentemente de qualquer uniformidade de tipo fisiológico[37], e nunca nenhum efeito político foi atribuído a esse termo[38].

De qualquer modo, de tudo resulta a presença na Constituição de 1933, e ao longo da sua vida, de fatores bastantes diversos em necessária tensão – numa tensão que só não se transformou em difícil harmonia por força das circunstâncias de funcionamento autoritário das instituições.

3. Os confrontos ideológicos de 1975 tiveram direta repercussão nos projetos apresentados à Assembleia Constituinte pelos diversos partidos políticos, no tocante ao conceito de povo.

Nítido foi então o contraste entre os projetos de Constituição do Centro Democrático Social e do Partido Popular Democrático que declaravam que constituíam o povo português todos os cidadãos portugueses onde quer que residissem (arts. 2.º e 3.º, n.º 1, respetivamente) e os projetos de Constituição do Movimento Democrático Português e do Partido Comunista Português que tomavam a comunidade política em moldes classistas: «O Estado Português é uma República Democrática que, *baseando-se nas grandes camadas de população historicamente oprimidas...»* (art. 1.º do projeto do Movimento Democrático Português); «O Estado Português é um Estado democrático revolucionário...»[39] (art. 1.º do projeto do Partido Comunista Português); «A aliança entre o povo e as forças armadas exprime a forma original de *unidade e aliança da classe operária, das massas trabalhadoras, dos pequenos e médios agricultores e de*

[35] Após a revisão constitucional de 1959, passaria a falar-se (no agora art. 12.º) em «Povo» (seria, aliás, o único preceito desta Constituição de 1933 em que se falaria em povo).

[36] E poderia acrescentar-se, como terceira nota algo significativa, a menção de «súbditos portugueses» no art. 7.º (§ 2.º, na versão final).

[37] Parecer n.º 19/VII da Câmara Corporativa sobre o projeto de revisão constitucional dos Deputados Américo Cortês Pinto e outros (in *Pareceres da Câmara Corporativa,* VII legislatura, ano de 1959, II, pág. 214).

[38] Não tem, pois, razão J. J. Gomes Canotilho (cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 181), quando diz que «nesta exaltação da raça talvez esteja presente a influência anti-semítica que os doutrinadores do Integralismo Lusitano herdaram de Maurras».

[39] Significando isso, primeiro que tudo, que «a sua base social é constituída por classes revolucionárias» (Deputado Vital Moreira, in *Diário da Assembleia Constituinte,* n.º 22, pág. 563).

outras camadas sociais interessadas na luta contra os monopólios e latifundiários e no avanço do processo revolucionário a caminho do socialismo» (art. 4.º)[40].

Por causa desse contraste e da ausência de posição do Partido Socialista, o art. 4.º da Constituição (que se segue a um art. 3.º sobre soberania e legalidade e que antecede um art. 5.º sobre território) viria a receber este teor: «São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional»[41].

Mas, logo no momento da aprovação do preceito, na única declaração de voto emitida, foi afirmado que ele se referia ao povo português, ligando o conceito de povo ao de cidadania: «O art. 4.º, apesar de a sua letra não o dizer explicitamente, significa que constituem o povo português todos os cidadãos portugueses residentes dentro ou fora de Portugal... Este conceito de povo é o mesmo que se encontra consagrado em alguns artigos dos princípios fundamentais, como o art. 3.º, n.º 1 (quando diz: «A soberania reside no povo»), o art. 9.º (quando apela para a «participação do povo» e para «qualidade de vida do povo») e ainda o art. 1.º (quando fala em «vontade popular») ou o art. 2.º (quando fala em «soberania popular»)[42].

Também no processo de revisão constitucional de 1981-1982, a matéria do art. 4.º voltaria a ser debatida – mas só na comissão eventual, não no plenário da Assembleia da República – em face do projeto de revisão da Aliança Democrática que retomaria as fórmulas propostas em 1975. E houve então quem as reputasse tautológicas, porque «o povo português não poderia ser outra coisa senão constituído por todos os cidadãos portugueses[43] ou, ao invés, quem chamasse «tolo» ao art. 4.º, por declarar que «são portugueses os portugueses»[44].

Pareceu prevalecer, entretanto, o entendimento segundo o qual aí se consagra um princípio de universalidade no acesso aos direitos políticos, contraposto a um sentido económico-social classista de povo, através do qual, eventualmente, certo número de portugueses fosse excluído de direitos políticos[45] [46]; e porque hoje o «Estado democrático está consolidado», já não teria «grande alcance» definir *expressis verbis* o que é o povo[47].

---

[40] Cfr. ainda a crítica feita à noção de povo dos projetos do Centro Democrático Social e do Partido Popular Democrático: «Não se tratava apenas de uma estranhíssima noção de povo como titular da soberania ou do poder político; tratava-se, acima de tudo, de tentar veicular uma noção idealista de Estado, sem qualquer marca de classe, colocado abstratamente por sobre uma base social constituída por um conjunto de cidadãos politicamente homogéneos, ou seja, por uma abstração cuja composição social era completamente iludida» (Deputado Vital Moreira, in *Diário,* n.º 27, pág. 679).

[41] Aprovado por unanimidade. V. *Diário,* n.º 29, pág. 740.

[42] Deputado Jorge Miranda, in *Diário,* n.º 29, págs. 740-741.

[43] Deputado Almeida Santos, *Diário da Assembleia da República,* II legislatura, 1.ª sessão legislativa, 2.ª série, 3.º suplemento ao n.º 108, pág. 3332(43).

[44] Deputado Sousa Tavares, *ibidem.*

[45] Deputado Jorge Miranda, *ibidem,* págs. 3332(44) e 3332(47). No mesmo sentido, Deputado Costa Andrade, *ibidem,* pág. 3332(45).

[46] A formulação do art. 4.º não é, de resto, muito diferente da dos arts. 74.º da Constituição de 1911 e 7.º da Constituição de 1933. E já o art. 21.º da Constituição de 1822 dizia: «Todos os Portugueses são cidadãos...».

[47] Deputado Jorge Miranda, *ibidem,* pág. 3332(47).

Finalmente, na revisão constitucional de 1987-1989, tentou-se, sem êxito, introduzir o termo *nação* no art. 1.º da Constituição. Foram os projetos individuais apresentados pelos Deputados Helena Roseta e Sottomayor Cardia[48].

4. A interpretação objetiva confirma a interpretação histórica aduzida (até porque nunca qualquer dúvida poderia retirar-se da ausência de definição de povo, muito rara, aliás, em Direito comparado)[49].

Em primeiro lugar, embora fosse possível tomar em sentido restrito as referências constitucionais a *povo, vontade* popular e *soberania popular* [preâmbulo e arts. 3.º, n.º 1, 9.º, alíneas *d*) e *e*), 64.º, n.º 2, alínea *b*), 108.º, 202.º, n.º 1, e 275.º, n.º 4], tal sentido restritivo esbarraria contra o entendimento mais natural e mais comummente aceite[50]. Apenas pode notar-se que umas vezes por *povo* se entende a totalidade dos cidadãos [preâmbulo e arts. 3.º, n.º 1, 9.º, alínea *e*), 108.º, 202.º, n.º 1, e 275.º, n.º 4], e outras vezes cada cidadão [arts. 9.º, alínea *d*), e 64.º, n.º 2, alínea *b*)][51].

Em segundo lugar, a colocação do art. 4.º aponta para a consideração de todos os cidadãos como integrantes da comunidade política e não como meros súbditos do poder. A cidadania é a base pessoal do Estado. E ninguém pode ser dela privado senão nos casos e termos previstos na lei, e nunca com fundamento em motivos políticos (art. 26.º, n.º 4); nem pode haver expulsão de cidadãos portugueses do território nacional (art. 33.º, n.º 1).

Em terceiro lugar, todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da sua situação económica ou condição social (art. 13.º).

Em quarto lugar, não só todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes eleitos (art. 48.º, n.º 1), como a participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático (art. 109.º) e a Assembleia da República é a assembleia representativa de todos os portugueses (art. 147.º).

Em quinto lugar, o sufrágio universal (arts. 10.º, n.º 1, 49.º, n.º 1, 121.º, 147.º e segs., 231.º, n.º 2, e 239.º, n.º 2) é limite material da revisão constitucional [art. 288.º, alínea *h*)].

---

[48] V. a intervenção da Deputada Helena Roseta, in *Diário da Assembleia da República,* V legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 86, reunião de 23 de Maio de 1989, pág. 4213.

[49] Seguimos *A Constituição de 1976,* cit., págs. 381 e segs. e 523, mas atualizamos as referências. Cf. a visão de MACHADO, Jónatas, "Constituição e constitucionalidade. Algumas notas", in: AA.VV., *Autoridade e consenso em estado de sítio* (coord.: de Luís Colaço Antunes), Coimbra, 2002, pp. 441 e ss.

[50] Nem sequer, quando no texto inicial de 1976 se previa a «aliança com o povo» do Movimento das Forças Armadas (art. 3.º, n.º 2), se tratava de um conceito de menor extensão ou se visava uma qualquer aliança que não fosse a que se dava através dos «partidos e organizações democráticas» (art. 10.º, n.º 1).

[51] E era neste segundo sentido que se falava em *povo* no art. 9.º, alínea *c*), antes de 1989, e no art. 81.º, alínea *a*), antes de 1997.

5. Também na Assembleia Constituinte se aduziu ainda a propósito do art. 4.º: «Este conceito de povo é um conceito jurídico, não é um conceito sociológico. Com ele reconhecemos a todos os portugueses o direito a ter uma posição dentro do Estado, sem ignorarmos que existem classes, contradições ou antagonismos na nossa sociedade. Mas essas classes, essas contradições, esses antagonismos hão-de ser superados através, precisamente, do respeito pela vontade popular democraticamente expressa»[52].

A Constituição viria, nessa linha, a admitir a presença, a par de um povo uno, de uma sociedade concreta, diversificada, complexa, plural. Todos aqueles grupos, associações, organizações, instituições, portadores de interesses próprios, com relevância constitucional e interferência maior ou menos na vida coletiva, mostrando que o Estado não absorve a sociedade – são índices de que o povo já não é o povo liberal, burguês, abstrato, formal. É, antes, o povo cuja participação organizada na resolução dos problemas nacionais» vem a ser «tarefa fundamental» do Estado «assegurar» [art. 9.º, alínea *c*)].

No texto originário, havia «matizes classistas»[53] (fossem quais fossem) na enunciação do conceito de povo. E mesmo depois das revisões constitucionais, os trabalhadores ou as «classes trabalhadoras» ocupam na Constituição um lugar eminente, quer no plano dos direitos fundamentais [arts. 53.º e segs., 58.º, n.º 3, alínea *c*), 59.º, 63.º, n.º 2, e 288.º, alínea *e*)] quer no da organização económica [arts. 80.º, alínea *g*), 82.º, n.º 4, alínea *c*), 89.º, 92.º, n.º 2, 93.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), 94.º, n.º 2, 97.º, n.º 1, e 98.º]. Mas, de nenhum modo, seria admissível restringir o conceito de povo ao «núcleo marxista de classes e frações de classes capazes de levar a Revolução até ao fim»[54]; e já era assim mesmo quando se falava em «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras» (primitivos arts. 2.º, 55.º, 80.º e 90.º, n.º 2), pois que não se tratava de nenhuma atribuição qualificada de poder político, com reflexos nos órgãos do Estado, mas tão-só de uma síntese dos seus direitos ou de uma visão prospetiva do seu pleno exercício[55].

6. Resta registar que, se a Constituição deixa intencionalmente de aludir a nação nos arts. 2.º, 3.º e 4.º reagindo contra o regime de 1933[56], a nação em sentido próprio dela não está ausente – nem poderia estar – e adquire mesmo relevância jurídica[57].

A primeira das componentes da decisão constituinte é «defender a independência nacional» [preâmbulo e art. 9.º, alínea *a*)]. Ora, esta não se reconduz à soberania na sua exata aceção jurídica, nem se esgota no fenómeno económico, no político ou no geoestratégico; envolve uma dimensão cultural, uma consciência coletiva, que sempre

[52] Declaração de voto citada sobre o art. 4.º

[53] Cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, 1.ª ed., Coimbra, 1993, p. 103.

[54] Cf. GOMES CANOTILHO, *ibidem.*

[55] V. cf. MIRANDA, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais,* cit., pp. 524 e ss.

[56] Cf. *ibidem*, p. 381; cf. GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada*, pág. 71.

[57] Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoria Política* (trad., *Philosophische Texte: Studienausgabe*), 2009, Lisboa, 2020, pp. 155 e ss.

tem sido o alicerce último da diferenciação de Portugal relativamente a quaisquer outras comunidades políticas[58]. Sem uma identidade nacional portuguesa não haveria independência nacional portuguesa.

Portugal abrange o território *historicamente* definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira (art. 5.º, n.º 1). E o reforço da unidade *nacional* e dos laços de solidariedade entre os portugueses torna-se uma das finalidades da autonomia político-administrativa dos dois arquipélagos (art. 225.º, n.º 2), autonomia essa que, por seu lado, se fundamenta nas características[59] geográficas, económicas e sociais e nas *históricas* aspirações autonomistas das populações insulares (art. 225.º, n.º 1).

Não menos significativo é ser na Constituição de 1976 que, pela primeira vez, aparece um preceito sobre símbolos nacionais, o art. 11.º[60]. E aparece exatamente para reafirmar, no contexto bem conhecido de formação da Constituição, a continuidade de Portugal, com os símbolos (a bandeira e o hino) que, adotados em 1910-1911, mas no essencial vindos de muito antes, são símbolos tanto do Estado como da Nação portuguesa[61].

Quanto à relevância jurídica do fator nacional, conhecem-se as disposições que importam: os arts. 7.º, n.º 4, 15.º, n.º 3, e 78.º, n.º 2, alínea *d*) (sobre laços especiais ou privilegiados com os países e povos de língua portuguesa); os arts. 9.º, alínea *e*), e 78.º, n.º 2, alínea *c*) (sobre a valorização do património cultural, «tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum»); o art. 9.º, alínea *f*) (sobre o ensino, a valorização permanente, o uso e a difusão internacional da língua portuguesa)[62], e o art. 11.º, n.º 3 (declarando-a língua oficial)[63]; o art. 66.º, n.º 2, alíneas *c*) e *d*) (sobre proteção de paisagens e sítios «de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação dos valores culturais de interesse histórico e artístico» e sobre proteção das zonas históricas nas povoações); e o art. 74.º, n.º 3, alínea *h*) (sobre a incumbência do Estado de assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa).

[58] Assim também, MACHADO, Jónatas, "Povo", *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, 1994, pp. 441-442.

[59] No texto inicial, falava-se em *condicionalismos.*

[60] Aprovado por unanimidade. V. *Diário,* n.º 30, pág. 783.

[61] Não houve, pois, confusão constitucional, como pretende Adriano Moreira (cf. MOREIRA, Adriano, *O Novíssimo Príncipe,* Lisboa, 1977, p. 93); muito pelo contrário.

[62] Aditado na segunda revisão constitucional.

[63] Aditado na revisão constitucional de 2001. Mas, por costume constitucional remotíssimo, já a língua portuguesa possuía esse estatuto. V. cf. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Lisboa, 2017, p. 152.

O *IMPEACHMENT* DO PRESIDENTE EM SISTEMA DE GOVERNO PRESIDENCIAL: DOIS MODELOS DISTINTOS

Jorge Reis Novais[*/**]

SUMÁRIO: I. O *impeachment* em presidencialismo; II. O *impeachment* na História; 1. A origem do *impeachment* na Inglaterra; 2. A expansão territorial do *impeachment*; III. O *impeachment* nos Estados Unidos da América; 1. O regime constitucional; 2. A natureza política *sui generis* do *impeachment*; 3. A controvérsia sobre a inexistência de um controlo pleno de constitucionalidade do processo de *impeachment*; 4. As dúvidas sobre os fundamentos que justificam o recurso ao *impeachment*; 5. A prática norte-americana do *impeachment* e as perspectivas do instituto no futuro; 6. Conclusão; IV. O *impeachment* na América Latina; 1. Acolhimento do instituto na sua estrutura original, mas com adaptações; 2. A prática do *impeachment* no presidencialismo adaptado; 3. Um novo sentido para o *impeachment* em sistemas de *presidencialismo adaptado*?

I. O *impeachment* em presidencialismo

A existência de um processo de acusação e julgamento de titulares de órgãos de soberania por prática de crimes no exercício de funções, incluindo a previsão de remoção do cargo em caso de condenação, é comum a qualquer regime democrático, obtendo um reconhecimento generalizado nas mais diferentes latitudes. Porém, o instituto do *impeachment*, tal como é normalmente acolhido em presidencialismo, com o significado de uma acusação (*impeachment*) e de um julgamento conduzidos pela assembleia parlamentar e tendentes à remoção do titular de um cargo oficial por prática de actos ou por comportamento considerados inadmissíveis e incompatíveis com a função, assume características e relevo próprios e especiais nesse sistema de governo.

A especialidade e relevância do *impeachment* em presidencialismo advém, desde logo, da sua inserção problemática na lógica do sistema de governo. Por um lado, destaca-se o facto de se atribuir à assembleia parlamentar (Congresso) a competência decisória, não apenas sobre a iniciativa de acusação, como sobre o respectivo julgamento. Por outro lado, surpreende como, num sistema que rejeita a plena responsabilização política do executivo perante o parlamento, como é o presidencialismo, se reintroduz,

[*] Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[**] O Autor não usa, por opção, o Novo Acordo Ortográfico.

pela via do *impeachment*, uma excepção relevante à lógica da separação e da independência que caracteriza e marca decisivamente as relações entre os dois órgãos nesse sistema de governo – Presidente e Congresso.

Por isso mesmo, e apesar de qualquer servidor público poder ser sujeito a *impeachment* e, na prática dos Estados Unidos da América, ele ter incidido sobretudo sobre juízes, no domínio do sistema de governo é sobretudo no que se refere à possibilidade de *impeachment* do Presidente que o tema é especialmente relevante, uma vez que aí temos, precisamente, a previsão constitucional de uma interacção entre os dois principais órgãos de exercício do poder político que conduz, em caso de condenação decidida pelo Congresso, à cessação do mandato presidencial.

Ora, sendo o presidencialismo o único sistema de governo democrático em que o executivo não pode ser objecto de desconfiança política parlamentar conducente a demissão, o que tem como contrapartida, para fins do equilíbrio do sistema, a recíproca impossibilidade de o Presidente ou de o executivo fazerem cessar a legislatura parlamentar através de dissolução, a possibilidade, ainda que excepcional, de o Congresso poder remover o Presidente do cargo através do *impeachment* questiona objectivamente a racionalidade e o equilíbrio do sistema de governo presidencial.

Com efeito, diferentemente do que ocorre em sistemas parlamentares e em sistemas semipresidenciais, no sistema de governo presidencial os dois órgãos de exercício do poder político – executivo, liderado por um presidente, e parlamento – têm uma origem e uma subsistência reciprocamente independentes. Então, a possibilidade do *impeachment* presidencial introduz uma excepção à consequente regra fundamental da rigidez dos mandatos, tanto do executivo como da assembleia parlamentar.

À partida, após a eleição, pressupor-se-ia que os mandatos de Presidente e de Congresso seriam levados até ao termo constitucionalmente previsto, independentemente das dificuldades ou até dos bloqueios que pudessem irromper ao longo do respectivo exercício. Porém, através do *impeachment* o Congresso pode destituir o Presidente, sem que haja, em contrapartida, qualquer instrumento institucional atribuído ao Presidente de reequilíbrio dos poderes relativamente à continuidade ininterrupta da legislatura.

No entanto, apesar da *anomalia* assim introduzida na lógica de funcionamento do sistema de governo presidencial, a adopção do *impeachment* pela ordem constitucional dos Estados Unidos da América compreende-se no contexto da formação do sistema. Tendo inaugurado historicamente a criação e a configuração constitucionais de um Presidente-chefe do executivo com um poder forte, interveniente e com um mandato que nem depende da vontade de um executivo colegial em que o Presidente se integre (o executivo norte-americano é um órgão singular) nem das maiorias políticas que se formem conjunturalmente no Congresso, sentiu-se, como contraponto, a necessidade de prevenir a hipótese de surgimento de tentações de abuso ou de extravasamento dos poderes constitucionais por parte dos presidentes.

Esse contraponto expressou-se, precisamente, na adopção do *impeachment*, enquanto possibilidade de destituição do presidente, ainda que essa possibilidade seja excepcional e exclusivamente motivada pela necessidade de prevenção e erradicação do risco de um exercício inadmissível dos poderes presidenciais.

Ou seja, por um lado instituiu-se no sistema de governo norte-americano uma separação de poderes entre os vários órgãos estruturalmente incompatível, tanto com a possibilidade de o Congresso destituir o Presidente por razões de desconfiança ou divergência política, como, reciprocamente, com a possibilidade de dissolução do Congresso por parte do Presidente. Todavia, num sistema que assim procurara imunizar o Presidente relativamente às pressões mais gravosas provindas do Congresso, sentiu-se consensualmente a necessidade de prevenir a hipótese de surgimento de um *novo Monarca*, de um Presidente que tivesse comportamentos incompatíveis com a função ou que revelasse tentações autocráticas contrárias à natureza democrática do sistema. No fundo, a previsão de *impeachment* funcionava como *válvula de segurança* do sistema perante anomalias indesejáveis, mas possíveis, no exercício concreto da função presidencial.

Considerando tais intenções e enquadramento, pode-se dizer, num balanço retrospectivo, que essa opção se veio a revelar acertada, na medida em que a parcimónia na utilização do instituto permitiu que, sem pôr em causa a estruturação delineada para o sistema de governo, se mantivesse a força dissuasora de uma salvaguarda de defesa efectiva da normalidade constitucional que pode ser sempre desencadeada, a título excepcional, contra eventuais tentações de abuso que possam vir a ocorrer. Ao longo da história dos Estados Unidos, a efectividade daquela salvaguarda ficou inequivocamente demonstrada quando, por uma única vez, um Presidente foi forçado a retirar-se numa situação excepcional. Tão excepcional que permitiu, num processo de *impeachment* em desenvolvimento, a formação de uma ampla maioria parlamentar favorável à destituição, o que levou o Presidente a demitir-se antes da conclusão do processo (o caso do Presidente Richard Nixon, em 1974).

Em contrapartida, a opção dos constituintes norte-americanos veio a revelar-se disfuncional e inútil quando, noutra ocasião bem mais próxima, o sistema político democrático precisava de se defender de um Presidente eleito demagogo, não respeitador dos procedimentos democráticos e que atentou efectivamente contra o regime democrático – porventura o exemplo vivo de personificação dos riscos contra os quais o instituto do *impeachment* foi constitucionalmente instituído[1] – e o recurso ao instituto se revelou, por duas vezes, irremediavelmente ineficaz para defender a Constituição, o caso dos *impeachments* de Trump em 2019 e em 2021.

Já noutros presidencialismos, uma vez que o instituto foi depois generalizadamente adoptado pelos outros Estados americanos, verifica-se uma atitude contrastante quanto ao tipo de utilização: a uma grande contenção verificada ao longo da história dos Estados Unidos, contrapõe-se, sobretudo nas últimas décadas, uma frequência inusitada de *impeachment* presidencial em alguns países da América latina. Podemos tomar o Brasil como exemplo desse outro tipo de utilização: só na vigência da actual Constituição de 1988, dois presidentes foram já removidos na sequência de processos de *impeachment*, tendo especialmente o mais recente caso de Dilma Rousseff, em 2016, sido objecto de grande controvérsia política e jurídica e de grande atenção mundial.

[1] Cf. HOLTZMAN, E., *The Case for Impeaching Trump*, New York, ebook, 2018, pp. 27 ss.

Isso suscita, de um lado, a questão de saber quais as consequências que tal prática tende a gerar no domínio do sistema de governo presidencial e da própria democracia representativa tal como são vividos na América latina e, de outro, obriga a reflectir sobre o papel e o futuro do instituto também nos Estados Unidos, tanto mais que, não obstante a referida parcimónia de utilização, dúvidas sistemáticas sobre a oportunidade de recurso ao *impeachment* têm permeado regularmente o debate político norte-americano em todos os últimos mandatos presidenciais.

Em todo o caso, quando se consideram vantagens e riscos do *impeachment*, há um dado normalmente não considerado que importa ter presente: o efeito dissuasor benigno que a simples existência e possibilidade de recurso ao instituto provoca nos que a ele podem ser sujeitos.

Da parte dos presidentes, que é o tema que nos ocupa, é muito diferente saber que, embora excepcionalmente e de difícil mobilização, o Parlamento pode em qualquer altura desencadear um *impeachment*, com todas as consequências pessoalmente desqualificantes que tal processo inevitavelmente provoca, do que, e seria a hipótese alternativa, estar plenamente seguro de que em caso algum o seu mandato poderia ser interrompido por iniciativa parlamentar. Tendo em conta o risco que, para os regimes democráticos, advém da existência de Presidentes com poder demasiado forte, aquele efeito dissuasor pode ter uma importância vital para um funcionamento equilibrado do sistema.

Em todo o caso, como se verá, o que acaba por ser determinante na existência de modelos diferenciados de utilização do *impeachment* em sistema presidencial acaba por ser o sistema partidário dominante em cada país, designadamente, o bipartidarismo ou a fragmentação partidária e a existência ou não de fidelização e de disciplina que assegurem ou não um apoio parlamentar sólido ao Presidente em exercício.

II. O *impeachment* na História

1. A origem do impeachment na Inglaterra

O *impeachment* nasceu na Inglaterra no último quartel do século XIV e foi utilizado, embora com interregnos prolongados, até finais do século XVIII, altura em que, quando já caía em desuso na Inglaterra, foi então recebido nas Constituições das ex-colónias britânicas na América e, posteriormente, adoptado na Constituição dos Estados Unidos[2]. E, apesar das inúmeras diferenças relativamente à actualidade, a utilização originária do instituto na Inglaterra apresenta já alguns dos elementos estruturais que perduram na configuração constitucional do *impeachment* no presidencialismo dos nossos dias.

Ressalta, no entanto, essa diferença essencial atinente à diferente posição que Rei, na Inglaterra, e Presidente, nas democracias presidenciais, assumem nos respectivos

[2] Curiosamente, quando o instituto foi consagrado na Constituição dos Estados Unidos, estava em curso na Inglaterra, em 1787, um dos últimos processos de *impeachment*, o de Hastings, ex-Governador Geral da Índia; em 1805 terá ocorrido o último *impeachment* em Inglaterra, o de Lord Melville (cf. MORGAN Jr., Ch. *et al.*, "Impeachment: an historical overview" *in Seton Hall L. R.*, 5, 1974, p. 694).

sistemas políticos, dado que, diferentemente do que o *impeachment* hoje significa nas relações entre Parlamento e Presidente, o instituto apresentava, na época, uma natureza substancialmente diversa que decorria, naturalmente, do estatuto de irresponsabilidade que era reconhecido ao Monarca.

Logo, não sendo admissível, no contexto da monarquia britânica, a responsabilização directa do Rei pelo Parlamento (*the King can do no wrong*), o *impeachment* tinha como alvo preferencial funcionários corruptos – sobretudo quando eles beneficiavam da protecção de tribunais subservientes – e era também dirigido contra aqueles a quem se imputava o *bad advice* relativamente aos actos ou comportamentos que, apesar de recolherem, de algum modo, o beneplácito da Coroa, requeriam algum tipo de responsabilização; não podendo o Rei ser responsabilizado, os *culpados* seriam os que o haviam aconselhado. Finalmente, o *impeachment* visava igualmente os juízes que, a instâncias do Rei, protegiam os seus conselheiros e servidores de eventual fiscalização parlamentar.

Não obstante essas notas de especificidade, no plano procedimental as semelhanças com o *impeachment* actual são notórias. Também em Inglaterra as duas câmaras do parlamento, tal como agora acontece nos parlamentos bicamerais, se envolviam no processo. A acusação (*impeachment*) era elaborada e aprovada pela Câmara dos Comuns e o julgamento feito pela Câmara dos Lordes, o que, todavia, surgia na Inglaterra como algo natural, dado que, para além das funções políticas, a Câmara dos Lordes funcionava também como tribunal supremo. A especificidade era apenas a de que na decisão do *impeachment* participavam todos os membros da Câmara alta e a condenação era decidida por maioria dos votos, o sistema de decisão próprio da época, enquanto que, na generalidade dos outros processos de recurso, quem decidia eram apenas os *Law Lords*.

Analogamente, também no plano substancial, o *impeachment* evoluiu na Inglaterra, designadamente a partir do século XVII, para procedimento parlamentar orientado à defesa da ordem constitucional contra o abuso e o mau exercício do poder, tal como ocorre, hoje, nos países que o adoptaram. Assim, ainda que não fosse exclusivamente dirigido contra servidores da Coroa, já que se aplicava potencialmente a qualquer pessoa, servidor público ou particular, o instituto adquiriu na Inglaterra, sobretudo naquela última época, o carácter de defesa das prerrogativas do Parlamento contra potenciais tentações de poder absoluto[3].

Por último, tal como hoje também acontece, sempre houve alguma obscuridade ou incerteza quanto à verdadeira natureza do instituto. Também na Inglaterra persistia uma significativa indeterminação quanto aos fundamentos para desencadear o *impeachment* e manifestava-se ainda alguma indefinição quanto à natureza, política ou criminal, que lhe deveria ser atribuída. De facto, relativamente aos fundamentos, para além do abuso no exercício da autoridade, a acusação podia envolver, simplesmente, a incompetência, a má administração, a negligência ou o incumprimento do dever, tudo o que, sobretudo no século XVII, se procurava incluir na fórmula abrangente que designava o fundamento justificativo do *impeachment*: a prática de "*high crimes and misdemeanors*".

[3] Cf. BERGER, Raoul, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Cambridge, Mass., 1973, pp. 1 ss.

Com base nesta fórmula, independentemente da gravidade e da natureza da falta cometida, aquilo que se pressupunha estar em causa seria um delito *político*, no sentido de uma lesão culposa dos interesses do Estado[4] e da sociedade, mas o comportamento impugnado não tinha de constituir necessariamente um crime nem sequer um acto legalmente punível.

Ainda assim, não se pode caracterizar o instituto da época como possuindo uma natureza exclusivamente política, mesmo se, e tal como acontece na actualidade, o condenado fosse necessariamente removido do cargo ou das funções oficiais que eventualmente ocupasse. É que, durante algum tempo, enquanto meio de actuação parlamentar, os processos de *impeachment* concorriam com os *bill of attainder* (leis penais individuais condenatórias e eventualmente retroactivas) e, nesse âmbito, tanto uns como outros podiam ser igualmente dirigidos contra privados e não apenas contra titulares de cargos oficiais. Para além disso, insinuando a natureza criminal que o instituto também assumia na Inglaterra, as condenações em processo de *impeachment* traduziam-se, para além da remoção do cargo, na aplicação de sanções penais que podiam, inclusivamente, ir até à pena de morte.

Tais especificidades conformavam os dois institutos – o *impeachment* inglês e o *impeachment* americano – com uma natureza tendencialmente divergente. Como diz Paulo Brossard[5], enquanto que no *impeachment* do presidencialismo se julga apenas a autoridade – o Congresso pode ferir a autoridade do Presidente, mas deixa a sua sorte como homem aos tribunais comuns –, no *impeachment* inglês o Parlamento julgava a autoridade e o homem, podendo, para além da remoção do cargo, sancionar a pessoa com qualquer pena.

Entretanto, no seu desenvolvimento na Inglaterra, o recurso ao *impeachment* acabou por resultar na instituição de uma progressiva responsabilização dos membros do executivo perante o parlamento.

De facto, como muitos dos acusados titulares de cargos políticos renunciavam ao cargo antes mesmo de se ter concluído a condenação em processo de *impeachment*, criaram-se, na reiteração destas práticas, os pressupostos de uma transição para a institucionalização de uma verdadeira responsabilização política: em caso de censura parlamentar, que podia ser simplesmente motivada por discordância política, também o executivo se deveria demitir ou ser demitido. E, nos termos dessa evolução, à medida que se institucionalizava autonomamente essa responsabilidade política do executivo e dos seus membros perante o parlamento, caíam em desuso as anteriores modalidades de responsabilização político-criminal individual dos conselheiros da Coroa, ou seja, caía em desuso o *impeachment*.

[4] Note-se que *high* tem aqui o sentido de afectação de algo superior (estadual), distinto da lesão dos interesses de privados, *petty* (*petit*). Cf. BERGER, *op. cit.*, p. 61; MORGAN Jr. *et al.*, "Impeachment...", cit., 714; GERHARDT, M., *The Federal Impeachment Process*, Princeton, 1996, pp. 103 ss.

[5] Cf. BROSSARD, Paulo, *O Impeachment*, Porto Alegre, 1965, pp. 21 ss.

2. A expansão territorial do impeachment

a) Foi a partir e com inspiração na evolução registada na Inglaterra que os restantes sistemas europeus de regime representativo procederam, de um lado, à importação da própria ideia de responsabilidade política dos governos em sistema parlamentar e, de outro, à consagração da responsabilidade criminal dos detentores de cargos oficiais, incluindo, quando era o caso, a responsabilização criminal dos presidentes das repúblicas parlamentares.

Porém, enquanto que, numa primeira fase, não havendo ainda a instituição de uma verdadeira e plena responsabilidade política dos executivos perante os parlamentos, os dois tipos de responsabilidade surgiam indiferenciados[6], posteriormente, responsabilidade política e responsabilidade criminal passaram a ser concebidas e reguladas como processos autónomos com fundamentos estritamente distintos, conduzidos, respectivamente, nos parlamentos e nos tribunais (eventualmente, no caso da responsabilidade criminal dos titulares de órgãos de soberania por crimes praticados no exercício das funções, combinava-se a iniciativa parlamentar de acusação com a decisão condenatória a cargo do poder judicial).

Já nos Estados Unidos, a importação do *impeachment* assume diferentes contornos. O instituto foi, é certo, configurado como procedimento político – acolhendo-se, também aqui, a estrita separação do *impeachment* relativamente ao eventual procedimento criminal pela prática dos mesmos actos –, mas sem que aquele procedimento específico de responsabilização de natureza política, que é o *impeachment*, se confundisse, nos Estados Unidos, com a responsabilização política dos executivos tal como esta se ia afirmando na Europa.

De acordo com a natureza especial do sistema presidencial, a expressão de censura parlamentar baseada em mera discordância política não podia aqui ter como consequência a queda ou a demissão do executivo. Pura e simplesmente, o presidencialismo não comportava essa possibilidade, dado que, a partir de uma origem independente dos dois órgãos – Presidente e Congresso –, se optara por instituir um equilíbrio no relacionamento recíproco assente na rigidez dos respectivos mandatos e na sua formação e subsistência separadas e independentes.

Em todo o caso, e não obstante essa diferença relativamente à responsabilidade política em sentido próprio, a adopção americana do *impeachment* justifica-se, em primeiro lugar, pela imagem democrática do instituto tal como era já praticado na Inglaterra nos tempos mais recentes que antecederam a *importação* (séculos XVII e XVIII), ou seja, como mecanismo de salvaguarda do poder do parlamento contra tentações autocráticas.

Em segundo lugar, a *importação* americana acentua a distinção entre o *impeachment* e um eventual processo criminal dirigido contra o Presidente pela prática de crimes no exercício da função. Diferentemente do que acontece em processo criminal, a con-

[6] Cf., assim, a instituição da responsabilidade dos secretários de Estado e dos juízes na Constituição portuguesa de 1822 (artigos 159º, 160º e 196º), numa redacção que viria a inspirar, depois, a Constituição do Império, no Brasil, em 1824, e a Carta Constitucional portuguesa de 1826.

denação em processo de *impeachment* deve-se à prática de actos inapropriados e incompatíveis com a permanência em funções e tem como exclusiva consequência a remoção do cargo; já no caso em que os actos ou o comportamento presidencial constituam igualmente práticas criminosas, abrir-se-á, eventualmente, um procedimento criminal autónomo e perfeitamente distinto do processo de *impeachment*.

Posteriormente, a partir da configuração que recebeu na Constituição americana, o *impeachment* seria objecto de exportação, sobretudo para a América latina, mas também para outras latitudes, incluindo países europeus, como ainda aconteceu recentemente com a França, em 2014. Essa exportação é acompanhada de adaptações mais ou menos pronunciadas, designadamente, no plano orgânico, combinando-se, por exemplo, uma fase de acusação a cargo de uma assembleia parlamentar com um julgamento a cargo de um Supremo Tribunal ou de um Tribunal Constitucional e, no plano procedimental e material, colocando-se a tónica numa maior ou numa menor politização ou judicialização do instituto.

III. O *impeachment* nos Estados Unidos da América

1. O regime constitucional

Nos Estados Unidos da América, de acordo com a previsão constitucional e com a confirmação obtida numa prática já com mais de duzentos e trinta anos, a estrutura do *impeachment* apresenta as seguintes principais características identificadoras:

(i) podem ser sujeitos a *impeachment* os servidores públicos, incluindo juízes, o Presidente e o Vice-Presidente;

(ii) cabe à Câmara dos Representantes, e só a ela, o poder de formalizar a acusação, sob proposta do seu Comité Judiciário após a realização de um inquérito;

(iii) cabe ao Senado, e só a ele, reunindo neste caso sob a presidência do Juiz-Presidente do Supremo Tribunal, o poder de julgar, devendo a condenação do acusado ser aprovada por uma maioria de 2/3 dos senadores;

(iv) as consequências da condenação são a remoção do cargo e a inabilitação para exercer cargos públicos, não podendo ainda o condenado ser objecto de posterior indulto presidencial.

Neste conjunto de características e requisitos identificadores, assume relevância fundamental, como se viria a comprovar na história dos Estados Unidos, a exigência de formação de uma maioria qualificada de 2/3 dos senadores para condenar. Por um lado, com a adopção deste procedimento, equiparava-se formalmente o *impeachment* às decisões mais solenes e importantes da ordem constitucional que também exigem uma maioria de 2/3, como são as emendas constitucionais ou a superação do veto presidencial. Por outro lado, tal requisito reflecte a excepcionalidade e a sensibilidade que os constituintes pretenderam conferir à utilização do *impeachment*, dado que, na época, a norma era a de as assembleias parlamentares decidirem por maioria simples[7].

[7] Cf. TRIBE, L./MATZ, J., *To End a Presidency*, *The Power of Impeachment*, New York, 2018, pp. 123 ss.

Acresce, por último, que, nas condições políticas que se viriam posteriormente a desenvolver nos Estados Unidos, este requisito acabou por significar, na prática, a necessidade de um compromisso interpartidário envolvendo os dois partidos, republicano e democrata, o que torna especialmente exigente e difícil a reunião de condições políticas para condenar. De resto, para além de uma função inibitória permanente de tentações de recurso ligeiro ao instituto, foi mesmo este requisito qualificado que impediu o sucesso do processo de *impeachment* dirigido contra o Presidente Andrew Johnson, em 1868, dado que nesse caso, ainda que houvesse uma maioria favorável à condenação, ficou em falta um voto para atingir aquela maioria qualificada; também no caso do segundo *impeachment* de Trump, em 2021, apesar de haver uma maioria favorável à condenação (57 senadores), não se reuniram os 2/3 necessários (67)[8].

2. A natureza política *sui generis* do impeachment

O *impeachment* apresenta uma natureza política, num primeiro sentido de que tanto a iniciativa quanto o julgamento são da competência de órgãos políticos que vão decidir no exercício da função política. Em segundo lugar, a natureza política decorre do facto de a decisão ser tomada com base numa avaliação política sobre a oportunidade do processo e sobre as consequências que devem ser atribuídas na ordem constitucional aos actos e comportamentos do Presidente acusado. Por último, as consequências da eventual condenação são de natureza essencialmente política (remoção do cargo e eventual inabilitação para exercício de funções públicas, incluindo nova candidatura ao órgão).

Assim se percebe porquê a renúncia ao cargo no decurso de um *impeachment* determina, em princípio, a cessação do processo, já que os objectivos políticos que seriam concretizáveis através da eventual condenação em processo de *impeachment* foram já alcançados através do afastamento voluntário do cargo.

A natureza política do *impeachment* deduz-se, ainda, do contexto do seu acolhimento na Constituição e do sentido do respectivo enquadramento constitucional, sendo esse entendimento do instituto confirmado na forma como foi acolhido numa prática já com mais de duzentos anos[9]. Essa natureza evidencia-se nos seguintes dados:

(i) Havendo na Convenção constituinte dos Estados Unidos da América uma intenção originária de atribuir o poder de julgar o *impeachment* ao Supremo Tribunal, essa orientação acabou por ser expressamente rejeitada, sendo tal poder atribuído ao Senado, ainda que funcionando sob a presidência do Juiz-Presidente da *Supreme Court*.

A atribuição desta exclusividade de competência sobre o *impeachment* à assembleia parlamentar representativa é consentânea com a concepção do instituto como devendo

[8] Já no caso do *impeachment* de Bill Clinton, em 1998, e no primeiro *impeachment* de Trump (2019) não foi sequer reunida uma maioria simples para condenar e no *impeachment* de Richard Nixon, a única ocasião na história dos Estados Unidos em que estava garantida a existência de uma maioria de 2/3 dos senadores pela condenação, o Presidente renunciou antes da respectiva concretização.

[9] Cf., por todos, de acordo com a doutrina dominante, TRIBE/ MATZ, *To End a Presidency*, cit., pp. 109 ss.

assentar numa avaliação essencialmente política sobre a adequação da continuidade do titular no exercício do cargo e sobre os eventuais riscos dessa continuidade. Com efeito, o objectivo central do processo não é o de concluir se o Presidente cometeu ou não os actos de que vem acusado, mas o de saber se, confirmando-se que os cometeu, deve ou não tal facto ser impeditivo da sua continuidade em funções. Ora, essa é uma avaliação essencialmente política e, por isso, o poder de condenar foi exclusivamente atribuído a uma assembleia política.

(ii) A Constituição acolheu uma separação clara entre o processo de *impeachment* e o processo criminal eventualmente desencadeado pela prática dos mesmos actos criminosos de que o Presidente venha acusado.

Esta separação justifica-se pelo facto de o processo de *impeachment* ser destinado a apurar, numa avaliação essencialmente política, para a qual se considera mais adequada a assembleia parlamentar, se a prática de actos e de comportamentos de que o Presidente vem acusado revelam uma falha de integridade e de adequação que deva conduzir à remoção do cargo e à desqualificação para o exercício de funções públicas, enquanto que, no processo criminal conduzido nos tribunais, e que incide eventualmente sobre os mesmos actos criminosos, se visa apurar, para além de qualquer dúvida, a existência dos actos de que a pessoa do Presidente vem acusada, com a consequente aplicação, em caso de condenação, de uma pena retributiva da culpa do agente.

Assim, quando o *impeachment* é desencadeado com base na prática de actos que constituem também crimes do ponto de vista técnico-legal, aquela separação processual evidencia inequivocamente a referida distinção entre a natureza política do *impeachment* e a natureza penal do outro processo.

(iii) O texto constitucional fixa os possíveis fundamentos do *impeachment* através de uma fórmula intencionalmente indeterminada.

A adopção constitucional de uma fórmula cuja indeterminação já havia sido verificada na história da Inglaterra ("*high crimes and misdemeanors*") indicia uma intencional remissão da decisão para juízos de natureza política e não tanto para juízos técnico-legais que em Estado de Direito exigiriam, sobretudo porque se trata de norma sancionatória, uma previsão em norma de conteúdo bem mais determinado.

(iv) Por último, embora tal não esteja claramente expresso no texto constitucional e haja alguma controvérsia doutrinária e jurisprudencial a propósito, o entendimento dominante vai no sentido de que, enquanto questão política, o *impeachment* não está sujeito a *judicial review.*

No entanto, apesar da convergência inequívoca de todo este conjunto de dados confirmadores do cariz político do *impeachment*, trata-se de um instituto com uma natureza política *sui generis*, qualitativamente distinta da que se manifesta na responsabilização político-parlamentar dos executivos em sistema parlamentar e em sistema semipresidencial.

É que os fundamentos para a activação do instituto estão especificamente enumerados na Constituição e na lei e os juízos políticos relativos à condenação e à sua oportunidade centram-se na eventual violação, por parte do Presidente, dos deveres que lhe são constitucional e legalmente impostos. Ora, ao contrário do que sucede na

responsabilização dos executivos em sistemas parlamentares e semipresidenciais, a mera discordância política não constitui, tendencialmente pelo menos[10], fundamento legal para a destituição.

No entanto, esta distinção qualitativa entre natureza política do *impeachment* e responsabilidade política dos executivos nos sistemas parlamentares e semipresidenciais pode ser atenuada ou até dissipar-se pontualmente, na medida em que a estrita observância dos limites materiais do *impeachment* por parte das assembleias parlamentares não é jurisdicionalmente sindicável, podendo, na prática, aquela distinta natureza do *impeachment* em presidencialismo reduzir-se à exigência de uma maioria parlamentar qualificada de 2/3 para a condenação, exigência essa que, normalmente, não vem requerida na responsabilidade política dos sistemas parlamentares e semipresidenciais.

Em qualquer caso, não obstante a sua compreensão nesses moldes e mesmo aderindo à concepção dominante segundo a qual não há *judicial review* do processo de *impeachment*, a sua natureza política deve ser compatibilizada, enquanto processo regulado juridicamente, não apenas com a jurisdicionalização do processo – que se manifesta, desde logo, no inquérito que dá origem à acusação na Câmara dos Representantes e na atribuição da presidência do Senado, para estes fins específicos, ao Juiz-Presidente do Supremo Tribunal –, mas também com a necessidade de uma estrita observância dos constrangimentos impostos pela sua regulação constitucional, designadamente quanto aos fundamentos que permitem a abertura de um processo de acusação. Nesse âmbito, resulta claro que mera discordância, censura ou desconfiança políticas não integram, pelo menos nos Estados Unidos, o conjunto de fundamentos admissíveis para a destituição.

3. A controvérsia sobre a inexistência de um controlo pleno de constitucionalidade do processo de *impeachment*

Em princípio, enquanto *political question*, o *impeachment* não estaria sujeito a controlo de constitucionalidade, a não ser, quando muito, quanto ao preenchimento dos requisitos constitucionais explícitos, designadamente os formais e orgânicos. Trata-se, todavia, tanto na jurisprudência como na doutrina norte-americana, de uma controvérsia que não se pode considerar *fechada*[11].

Em qualquer caso, o facto de não haver controlo judicial de uma *political question* não dispensa a necessária observância dos requisitos constitucionais nem obsta à qualificação

[10] Note-se como, no entanto, embora não nos Estados Unidos, o *impeachment* se pode, pura e simplesmente, assemelhar na prática à aprovação de uma moção de censura própria dos sistemas parlamentares e semipresidenciais; por exemplo, num país que consagra o simples *mau desempenho* no cargo como fundamento de *impeachment*, o Paraguay, a destituição do Presidente Fernando Lugo foi realizada com base nesse fundamento, em 2012, através de processo concretizado em dois dias, tal qual como se de uma moção de censura típica de sistema parlamentar se tratasse. Cf. PÉREZ-LIÑAN, "A two-level theory of presidential instability" *in Latin American Politics and Society*, vol. 56, 1, 2014, p. 34; SERRAFERO, M., "Siete cuestiones en torno de la teoría de las caídas presidenciales" *in Política y Gobierno*, vol. XXV, 2, 2018, pp. 407 s.

[11] Cf. assim, contrariando a opinião dominante, BRANT, Irving, *Impeachment: Trials and Errors*, New York, 1972, pp. 183 ss.; BERGER, *op. cit.*, pp. 104 ss.

como inconstitucional de um *impeachment* que não respeite esses requisitos; de resto, a presidência do Senado durante o *impeachment* pelo Juiz-Presidente do Supremo Tribunal reforça a ideia de uma necessária sujeição de todo o processo à legalidade.

De qualquer forma, a inexistência de um controlo pleno de constitucionalidade do processo de *impeachment* seria, não apenas aconselhável, como poderia ser igualmente deduzida dos seguintes elementos interpretativos que apontam para a não atribuição prática da última palavra sobre o destino político do acusado ao Supremo Tribunal:

(i) o sentido literal do texto constitucional, quando diz que a Câmara dos Representantes possui o "sole" poder de acusar e, sobretudo, que ao Senado cabe o "*sole*" poder de julgar;

(ii) não seria plenamente adequado que, sendo o Presidente a nomear os juízes do Supremo Tribunal (pelo que, eventualmente, alguns deles lhe devem pessoalmente a designação), fossem depois esses mesmos juízes, por força e em caso de eventual *judicial review* da decisão do Congresso, a julgar em última análise a continuidade do Presidente no cargo;

(iii) o reduzido número de juízes do Supremo Tribunal (nove) torná-los-ia mais susceptíveis de pressão política (frequentemente, o voto de apenas um deles pode ser decisivo);

(iv) havendo a possibilidade de um processo criminal autónomo para julgar a prática de crimes por parte do Presidente, seria em última análise o mesmo órgão, o Supremo Tribunal, caso fosse esse órgão a determinar o destino do *impeachment* através da *judicial review*, a proceder à decisão final sobre os dois processos que, todavia, foram constitucionalmente previstos como devendo ser autónomos;

(v) finalmente, mas de grande importância política, seria irracional deixar decorrer todo um dramático, complexo e demorado processo, como é sempre um *impeachment* de um Presidente, para, no fim e na eventualidade de ter existido condenação, tudo poder vir a ser posteriormente anulado pelo Supremo Tribunal. Para além disso, nessas circunstâncias em que se verificasse jurisdicionalmente a inconstitucionalidade da condenação do Presidente, ele acabaria mantido em funções, mas numa posição politicamente insustentável, já que acabara de ser objecto de uma acusação por parte da assembleia representativa e de uma condenação por 2/3 do Senado[12].

4. As dúvidas sobre os fundamentos que justificam o recurso ao *impeachment*

a) Mesmo que a decisão do Congresso, enquanto *political question*, não seja judicialmente sindicável, os constrangimentos constitucionais aplicáveis não deixam de vincular todos os órgãos políticos, pelo que, e independentemente da indeterminabilidade da fórmula, não é dispensável o esforço para apurar o seu sentido mais adequado.

[12] Cf. BLACK Jr., Ch./BOBBITT, Ph., *Impeachment: A Handbook New Edition*, New Haven/London, 1974, ebook, 2018, pp. 57 ss.

A adopção da expressão "*treason, bribery and other high crimes and misdemeanors*" pela Constituição dos Estados Unidos, para definição do fundamento da acusação e condenação do Presidente em processo de *impeachment*, tem um sentido intencional parcialmente apurável com relativa certeza, mas gera dúvidas residuais persistentes quanto ao seu entendimento integral. E pode-se dizer, com alguma surpresa, que, decorridos mais de duzentos anos sobre a adopção da fórmula e não obstante a importância da questão, as dúvidas sobre o seu sentido não diminuíram substancialmente[13].

Se quanto à traição e ao suborno/corrupção não havia divergência significativa relativamente ao respectivo sentido e à sua pertinência enquanto fundamento de *impeachment*, as dúvidas surgiam relativamente aos outros tipos de actos e de comportamentos que se poderiam abrigar sob a fórmula "*other high crimes and misdemeanors*", recuperada da experiência histórica inglesa[14]. A discussão mantém-se até aos nossos dias, mas, ainda assim, nas margens dessa incerteza, há algumas conclusões susceptíveis de um assentimento generalizado.

Pontos firmes são o facto de que, por um lado, a simples divergência ou a desconfiança políticas não podem constituir razão admissível (e, por isso, a proposta de complementar *treason* e *bribery* com *maladministration* foi recusada na Convenção constituinte[15]) e de que, por outro lado, tais actos ou comportamentos deverão ser tão graves ou inadmissíveis – do ponto de vista da permanência no cargo e do exercício de funções públicas – que não se compadeçam com o cumprimento do normal calendário eleitoral onde os eleitores teriam sempre a oportunidade, através do exercício normal do direito de voto, de afastar o Presidente.

Portanto, quanto a esta controvérsia, não pode aceitar-se, sob um ponto de vista jurídico, o "realismo político" expresso numa célebre afirmação do ex-Presidente Gerald Ford, em 1970, quando, na qualidade de líder republicano no Congresso e tendo acabado de desencadear uma tentativa mal-sucedida de *impeachment* do Juiz Douglas do Supremo Tribunal, sustentou que "[a]*n impeachmentable offense is whatever a majority of the House of Representatives considers it to be at a given moment in history; conviction results from whatever offense or offenses two-thirds of the other body considers to be sufficiently serious to require removal of the accused from office*"[16].

---

[13] Cf. BERGER, *op. cit.*, pp. 54 ss.

[14] Também na experiência inglesa, de onde é originária, o significado da fórmula não é mais preciso, não tendo um sentido claro derivado da lei ou da prática judicial, mas, bem mais, um conteúdo instrumental variável em ordem a prosseguir os interesses dominantes nos casos pontuais de *impeachment*. Cf. BERGER, *op. cit.*, pp. 42, 55 ss., 67 ss.

[15] Cf. BERGER, *op. cit.*, pp. 86 ss.; TRIBE, L., *American Constitutional Law*, I, 3ª ed., New York, 2000, pp. 171 ss.

[16] Veja-se, no entanto, como o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff no Brasil, em 2016, parece confirmar exemplarmente o *realismo político* da afirmação de Gerald Ford. Num contexto político em que o combate à corrupção instalada era o *Leitmotiv* do recurso ao *impeachment* presidencial, a ex-Presidente Dilma parece ser um caso singular de político brasileiro ocupando cargo de realce e que não está envolvido em situações suspeitas. Considerando as justificações oficiais para a destituir e as razões proclamadas pessoalmente pelos congressistas no momento da destituição, pode-se concluir que foi efectivamente condenada porque... 2/3 do Senado (onde se incluem muitos envolvidos em processos de corrupção) assim o decidiram. Simplesmente.

Havendo, assim, que apurar um conteúdo constitucionalmente adequado para aquela fórmula, tendo em conta o contexto literal em que surge e a importância das consequências típicas da condenação – a remoção compulsiva do cargo –,"*other crimes and misdemeanors*" deve, no mínimo, significar que, em termos de escala de gravidade, os actos ou comportamentos em causa devem ser equiparáveis a traição e a suborno, não numa comparação enquanto crimes, mas em termos de censurabilidade para efeitos de justificação da remoção do cargo e da desqualificação do Presidente para exercer cargos políticos no futuro.

Em segundo lugar, tendo em conta as referidas consequências da condenação em processo de *impeachment*, a observância do princípio da necessidade exige que aquilo que esteja em causa seja um delito contra a sociedade e o Estado – um abuso grave ou uma escala sucessiva de abusos – reveladores de uma falha de integridade que torne evidente a inaptidão para o exercício do cargo e um perigo na continuidade em funções que não se compadeça com a remissão da avaliação para o juízo político do eleitorado; a inaceitabilidade e o risco devem ser tão prementes que exijam ser imediatamente atalhados sem aguardar o desenrolar normal do calendário eleitoral[17].

Por isso, a avaliação da gravidade do acto e do risco da permanência em funções dependem essencialmente da natureza do cargo e das circunstâncias em que o comportamento questionável ocorre[18] e devem sustentar-se num consenso social expresso na formação da requerida maioria de 2/3 do Senado.

De facto, o objectivo do *impeachment* não é o castigo do criminoso, não é a retribuição de uma transgressão, mas a protecção da sociedade e do Estado contra o risco da permanência em funções[19]. A função retributiva e a punição do criminoso em função da culpa serão, sim, da competência do processo criminal autónomo que, entretanto, seja desencadeado para o julgamento dos actos em causa.

Em terceiro lugar, a prática de crimes pode, pela sua gravidade e natureza, constituir fundamento de *impeachment*, mas a existência de crime não é condição necessária nem suficiente para a abertura do processo. Pode haver prática de crime, todavia insusceptível de constituir fundamento de *impeachment* (quando, por exemplo, o tipo de infracção nada revele sobre eventual inaptidão do agente para permanecer no cargo nem risco para a sociedade em caso de continuidade na função presidencial),

[17] Cf. SUNSTEIN, C., "Impeaching the President", *University of Pennsylvania L. R.*, 147, 2, 1998, p. 315; GERHARDT, *The Federal Impeachment Process*, cit., pp. 104 ss.; BOWMAN, F./SEPINUCK, S., "'High crimes and misdemeanors': defining the constitutional limits on presidential impeachment", *Southern California L. R.*, 72, 1999, pp. 1550 ss.

[18] Por exemplo, a avaliação poderá ter o mesmo fundamento, mas as circunstâncias da ocorrência e as necessidades de *impeachment* são distintamente valoráveis consoante se trate de um Presidente ou de um juiz: uma actuação partidarizada de um Presidente é *normal*, mas uma actuação partidarizada de um juiz seria fundamento para *impeachment*; um Presidente pode ser afastado *normalmente* nas próximas eleições, e é nesse contexto que se aprecia a necessidade de um *impeachment*, enquanto que um juiz que não incorra em mau comportamento vai exercer o cargo vitaliciamente se não for entretanto condenado. Cf. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp. 167 ss.; GERHARDT, Michael, *The Federal Impeachment Process*, Princeton, 1996, pp. 104 ss.

[19] Cf. BERGER, *op. cit.*, pp. 78 s, 83 s.; TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp. 155, 158; BLACK Jr./BOBBITT, *Impeachment*, cit., pp. 46 ss.

e pode haver actos ou comportamentos não criminosos que constituam fundamento de *impeachment* (desde que ponham decisivamente em causa a confiança pública no exercício do cargo)[20].

Por exemplo, a condução em excesso de velocidade – que fosse considerada crime pela legislação em vigor –, mas num contexto em que não tivesse colocado em risco a vida de qualquer pessoa, não seria razão adequada para remover um Presidente do cargo. Ao invés, a deslocação para o estrangeiro numa viagem romântica ou para um encontro romântico, num contexto em que o Presidente descurasse seriamente e com consequências graves a condução da política nacional durante largo tempo, mesmo não constituindo prática de qualquer crime, seria razão suficiente para o *impeachment*.

Por último, tendo havido uma rejeição clara da admissibilidade dos *bill of attainder* na Constituição americana, tem de se concluir que também no *impeachment* não pode haver, em termos práticos, qualquer espécie de retroactividade de norma sancionatória (a inadmissibilidade da retroactividade de norma penal sancionatória foi uma das razões históricas determinantes do repúdio constitucional dos *bill of attainder*). Assim, deve entender-se que o respectivo procedimento só pode incidir sobre falta ou delito que qualquer pessoa razoável pudesse ter configurado, *ex ante*, como sendo abusiva e inadmissível em quaisquer circunstâncias, ou seja, não basta que se forme a maioria requerida para condenar independentemente de qual seja a falta cometida[21].

5. A prática norte-americana do *impeachment* e as perspectivas do instituto no futuro

Existe um notório desfasamento entre as grandes expectativas que, no momento da sua consagração constitucional, se depositavam no papel a desempenhar pelo *impeachment* no sistema político e um aparente impacto prático muito reduzido que o instituto teria acabado por produzir na história política dos Estados Unidos.

Sem menosprezar a relevância do efeito dissuasor e inibitório já referido, não pode deixar de se assinalar que, numa realidade de constitucionalismo norte-americano com mais de 230 anos, houve um único caso de Presidente destituído, na prática, por *impeachment*. Tratou-se, juridicamente, de uma renúncia, mas para evitar uma condenação iminente em processo de *impeachment* (Richard Nixon); houve ainda mais quatro casos finalizados que resultaram em não condenação (Andrew Johnson, Bill Clinton e Trump, este por duas vezes). Todos os outros casos de processos de *impeachment* verificados, e ainda assim não muito significativos, respeitaram a outros servidores públicos, designadamente juízes[22].

[20] Cf. ROTUNDA, R., "An essay on constitutional parameters of federal impeachment", *Kentucky L. R.*, 1987/88, pp. 725 s.; SUNSTEIN, "Impeaching the President"m cit., pp. 280 ss.; BLACK Jr./BOBBITT, *Impeachment*, cit., pp. 41 ss.

[21] Cf. BLACK Jr./BOBBITT, *Impeachment*, cit., pp. 36 ss.

[22] Houve 19 acusações de impeachment aprovadas na Câmara dos Representantes, 13 das quais contra juízes. Houve condenação pelo Senado em oito destas acusações e três acusados renunciaram ao cargo antes da conclusão do processo (cf. SUNSTEIN, C., *Impeachment – a Citizen's Guide*, Cambridge, Mass., 2017, p. 106).

A condenação de Nixon – que, a não ter havido prévia renúncia, acabaria por se verificar no decurso da conclusão do *impeachment* – só teria sido possível por uma reunião muito particular de circunstâncias que permitiu a convergência interpartidária na reprovação do Presidente: uma indiscutível gravidade das transgressões cometidas[23] e uma elevada taxa de desaprovação popular do Presidente em funções, tal como era perceptível nas sondagens de opinião, que se verificaram num ambiente de profunda crise do sistema político e dos valores da própria sociedade norte-americana motivado, em grande medida, pelo fracasso do envolvimento de décadas na guerra do Vietnam[24].

b) De alguma forma, a causa daquele desfasamento entre expectativas no momento constituinte originário e realidade do *impeachment* ao longo da história dos Estados Unidos pode ser localizada na influência de um requisito que, não tendo sido particularmente notado na época da sua consagração constitucional, se veio a revelar decisivo: o requisito da necessidade de formação de uma maioria de 2/3 dos senadores para dar provimento à acusação e para afastar, consequentemente, o Presidente em exercício.

Na prática, foi a necessidade de observância desta maioria qualificada que impediu a condenação de Andrew Johnson, em 1868, e de Trump em 2021 – já que em ambos os casos se formou, no Senado, uma maioria simples favorável à destituição, e, sobretudo, é este requisito que desenvolve também, a título permanente, um efeito dissuasor que inibe as iniciativas de *impeachment* abusivas ou não verdadeiramente plausíveis.

Que essa é a causa demonstra-o o facto de, ainda assim, se terem verificado processos de *impeachment* contra Presidentes sem que haja notoriamente razão para tanto à luz da natureza do instituto. Como assinalam TRIBE/MATZ[25], esse abuso foi, desde logo, manifesto no primeiro caso de desencadeamento de um *impeachment* presidencial (o do Presidente Tyler, em 1842) e também no do Presidente Clinton, em 1998. No caso de Tyler, a pretensa razão para o *impeachment* seria a ocorrência de repetidos vetos presidenciais de leis aprovadas no Congresso. No caso de Clinton estava em causa o perjúrio relativamente a questões de vida privada que em nada se reflectiam no exercício das funções presidenciais nem geravam qualquer risco na condução dos destinos públicos. Ou seja, não havia manifestamente, à luz da racionalidade subjacente à criação do instituto, motivos para destituir os Presidentes.

Reciprocamente, é a mesma razão que explica que, mesmo perante comportamentos objectivamente incompatíveis com a dignidade do cargo presidencial em Estado democrático, como foi o mais recente episódio do segundo *impeachment* de Trump, após incitamento público e notório do Presidente em funções ao não respeito e

[23] Incluindo, conforme validação do Comité Judiciário da Câmara, a espionagem ilícita aos adversários políticos (*Watergate*), a utilização do aparelho do Estado para obstrução à justiça, o abuso de poder, a violação grave da separação de poderes com a ocultação ao Congresso dos bombardeamentos do Cambodja e, ainda, o não acatamento das intimações da Câmara dos Representantes.

[24] Cf. TRIBE/MATZ, *To End a Presidency*, cit., pp. 142 ss.

[25] Cf. TRIBE/MATZ, *To End a Presidency*, cit., pp. 19 ss.

acatamento dos resultados eleitorais e à invasão insurreccional do Capitólio, não tenha sido possível reunir no Senado uma maioria de 2/3 a favor da condenação.

Nessas situações, na realidade político-partidária dos Estados Unidos, acaba por ser a exigência desta maioria qualificada – que, no sistema bipartidário que ali se consolidou, exige sempre um compromisso entre os dois grandes partidos – que bloqueia as iniciativas não consensualmente assumidas mesmo quando há razões objectivas e pesadas que sustentam a acusação e que, por maioria de razão, consequentemente, inibe a tentação para um recurso de forma abusiva ao instituto. Maior relevância assume ainda este factor quando se assiste, tendencialmente, nos últimos anos, à radicalização e ao *entrincheiramento* dos dois partidos dominantes nos Estados Unidos. No fundo, acaba por ser esta exigência de maioria qualificada para condenação que garante, apesar dos acontecimentos dos últimos anos, uma histórica parcimónia de utilização do *impeachment* presidencial nos Estados Unidos, diferentemente do que acontece noutros países onde a fragmentação partidária no Parlamento não assegura, à partida, a existência de uma fracção parlamentar permanente de apoio ao Presidente capaz de bloquear as iniciativas de *impeachment*.

Estas consequências não eram perceptíveis no tempo da Convenção constituinte, mas a posterior estabilização de um sistema bipartidário e a importância que esse factor assumiu no funcionamento do sistema político dos Estados Unidos alterou decisivamente a previsão inicial, tal como aconteceu, num outro plano, com a própria natureza da eleição presidencial.

Também na época em que o particular método de eleição indirecta do Presidente foi adoptado se esperava que ele permitisse uma escolha representativa, desapaixonada e não decisivamente influenciada pelos Estados mais populosos. Porém, a intervenção e o papel decisivo que nela assumiram os partidos políticos alterou radicalmente a natureza da eleição. A eleição presidencial transformou-se, de facto, em eleição directa, ainda que com a persistência do mesmo sistema formal indirecto, incluindo esse absurdo que é a possibilidade, duas vezes verificada nos tempos mais recentes (Bush, em 2000, e Trump, em 2016), de não eleição do candidato mais votado.

Ora, também relativamente ao *impeachment* o sistema bipartidário alterou significativamente os dados que fundavam as previsões iniciais (note-se que na origem o Senado também não era directamente eleito, mas composto por nomeação das assembleias estaduais, o que atenuava o risco de partidarização da sua intervenção em processo de *impeachment*). Como cada Presidente é sempre proposto e apoiado por um dos dois grandes partidos, é altamente improvável que, durante o mandato, perca o apoio da fracção afecta ao seu próprio partido no Congresso; e, sem compromisso entre os dois partidos – ou, pelo menos, envolvendo parte significativa dos congressistas dos dois grandes partidos –, nenhuma iniciativa de *impeachment* pode ter sucesso.

No entanto, apesar das dificuldades fácticas em concretizar um *impeachment* bem-sucedido, a discussão, os apelos e a controvérsia sobre a necessidade de recurso ao instituto invadiram a política norte-americana nos mandatos de todos os últimos Presidentes desde Bill Clinton[26].

[26] Cf. TRIBE/MATZ, *To End a Presidency,* cit., pp. 151 ss, 173 ss.

Esta tendência é provocada e estimulada por uma progressiva divisão, polarização e radicalização ideológicas na sociedade norte-americana – reflectida internamente e acompanhada nas novas correntes que se desenvolvem nos dois grandes partidos –[27], mas as mesmas tendências de oposição frontal entre eles determinam, em contrapartida, a quase impossibilidade de um acordo bipartidário que permita satisfazer o requisito da maioria de 2/3 no Senado.

Esse quadro só pode ser eventualmente alterado por uma nova confluência de circunstâncias em que se reúnam convergentemente factores como a prova de prática de actos graves pelo Presidente e um descontentamento popular generalizado relativamente ao Presidente em funções, uma e outra possibilitando ou gerando o afrouxamento dos laços de fidelidade entre os congressistas filiados no partido que apoia o Presidente e dos quais uma boa parte estão essencialmente preocupados com as contingências da sua própria reeleição e determinam o seu voto em função desse objectivo.

6. Conclusão

A adopção, por parte dos constituintes norte-americanos, de um instituto singular que provinha do sistema político do colonizador, na precisa altura em que ele deixava de ser aplicado no território de origem, tem a sua explicação indirectamente associada ao facto de a Constituição dos Estados Unidos ter instituído um sistema de governo em que o executivo não responde politicamente perante o parlamento.

Na Inglaterra, quando o *impeachment* caiu em desuso, as funções que ele desempenhara no sistema político e jurídico britânicos passaram a ser assumidas pela responsabilização política dos executivos no parlamento e pela responsabilização criminal por actos praticados no exercício das funções. Já nos Estados Unidos, segundo a Constituição, o Congresso não disporia da possibilidade de destituir politicamente os governantes. Logo, o *impeachment* constituiria, nessas condições, a única *válvula de segurança* nas mãos da assembleia democrática representativa contra o risco de surgimento de um Presidente usurpador[28].

De resto, como na convenção constituinte originária se previa que o Presidente acabaria, em grande parte das situações, por ser eleito pelo Congresso – ou seja, tal aconteceria sempre que não se formasse no colégio dos grandes eleitores uma maioria absoluta a favor de um candidato, o que, pensava-se, aconteceria frequentemente dado o particular método eleitoral –, então também não seria intrinsecamente contraditório que o Congresso pudesse igualmente destituir o Presidente em circunstâncias extraordinárias; quem elege também deve poder destituir. Se era o Congresso, pensava-se na altura, que acabaria por ser responsável pela eleição do Presidente, não seria anómalo atribuir-lhe também a possibilidade excepcional de destituir o Presidente.

Porém, quando, por força da intervenção dos partidos, o Presidente passou, na prática, a ser eleito, tal como o Congresso, por eleição democrática directa, um instituto

[27] Cf. TRIBE/MATZ, *To End a Presidency,* cit., pp. 200 ss.

[28] Cf. BERGER, *op. cit.*, pp. 98 ss.

como o *impeachment* é dificilmente sustentável na lógica da particular separação de poderes do presidencialismo. Se tanto o Presidente quanto o Congresso têm uma legitimidade democrática que resulta da eleição popular, deixa de fazer sentido atribuir a um desses órgãos a competência para interromper o mandato do outro contra a vontade deste. Sobretudo, o instituto revela-se incoerente quando a competência de destituição não é reciprocamente atribuída ao outro órgão e não há um controlo jurisdicional independente que verifique a observância, por parte do Congresso, dos requisitos constitucionais do *impeachment*.

Ou seja, nos Estados Unidos o Presidente é visto nacionalmente como o órgão mais importante, mais legitimado e principal responsável pela política a prosseguir, interna e externamente, mas, contraditoriamente, o seu mandato pode ser feito cessar pelo Congresso sem que, em contrapartida, o Presidente possa igualmente dissolver o Congresso. Note-se que, originariamente, como referimos, a contradição não existia dado que o Presidente não era eleito directamente pelo povo; sendo designado por um colégio eleitoral ou pela própria Câmara dos Representantes em caso de inexistência de maioria no colégio eleitoral, não admirava que se atribuísse ao Congresso o poder para desencadear o *impeachment* e destituir o Presidente.

Todavia, a partir do momento em que, na prática – e por força da intervenção dos partidos políticos no processo e do particular sistema partidário dos Estados Unidos –, o Presidente passou a ser eleito directamente e a deter, em consequência, uma legitimidade democrática tão forte quanto a do Congresso (não obstante o referido anacronismo do método eleitoral da eleição presidencial e os riscos e distorções inerentes), a subsistência do *impeachment* surge como elemento estranho e incoerente no sistema político de presidencialismo.

Não obstante, a exigência dos 2/3 do Senado para remover o Presidente tem permitido e permitirá, enquanto se mantiver o particular sistema partidário do presidencialismo norte-americano, salvaguardar o sistema de uma potencial utilização abusiva do instituto nos Estados Unidos, pois aquela exigência acaba por pressupor um compromisso interpartidário que só é alcançado em circunstâncias verdadeiramente excepcionais e especialíssimas, como aconteceu no *impeachment* de Richard Nixon.

Só por esse motivo, a prática do *impeachment* nos Estados Unidos não tem produzido efeitos dissolventes da lógica subjacente ao seu particular sistema de governo[29] e o instituto, no que ao Presidente se refere, tem sido utilizado, com sucesso, com grande contenção e em geral como instância de último recurso de salvaguarda do sistema.

Em contrapartida, como demonstram as duas tentativas de *impeachment* de Trump em 2019 e em 2021, a fidelização partidária dos congressistas e senadores combinada com o *entrincheiramento* dos dois grandes partidos impede, face à exigência de uma maioria qualificada de 2/3 para a condenação, que o instituto possa desempenhar, com um mínimo de efectividade, as funções de prevenção e de garantia do sistema democrático

[29] Como exemplo do que poderia igualmente suceder, mesmo nos Estados Unidos, veja-se como uma utilização abusiva do *impeachment* esteve prestes a ser bem-sucedida quando o Presidente A. Johnson, em 1868, não foi destituído por falta de apenas um voto no Senado, em circunstâncias em que, afinal, independentemente da sua impopularidade, o *crime* de que vinha acusado tinha sido a nomeação de um secretário de Estado contra a opinião maioritária do Congresso. Cf., assim, BRANT, *op. cit.*, pp. 3 ss.

para que foi criado pelos constituintes norte-americanos: desde que o Presidente conserve a influência política que lhe garantiu a eleição, o voto dos senadores afectos – essencialmente preocupados com as condições da sua própria reeleição – assegura-lhe o voto *fiel,* independentemente da gravidade dos factos de que vem acusado.

No entanto, as consequências podem ser distintas numa situação em que se verifique uma alteração substancial no sistema partidário. Provavelmente, nessa hipótese, sem a estabilidade garantida pela existência de um partido parlamentar com representação significativa que assegura um apoio permanente ao Presidente, reproduzir-se-iam e justificar-se-iam, também nos Estados Unidos, as consequências e as dúvidas que se manifestam na aplicação do instituto em sistemas políticos de presidencialismo – caso da América latina – onde as particulares características do sistema partidário dos Estados Unidos não são replicadas.

IV. O *impeachment* na América Latina

1. Acolhimento do instituto na sua estrutura original, mas com adaptações

Tal como o sistema de governo presidencial foi acolhido na generalidade dos países da América latina, mas adaptando as suas características à realidade política regional e construindo um modelo com funcionamento substancialmente diverso daquele que se estabilizou nos Estados Unidos – ou seja, o sistema que designamos como *presidencialismo adaptado* para o distinguir do presidencialismo *clássico*[30] –, também o *impeachment* foi recebido na América latina a partir do regime instituído nos Estados Unidos, mas dando origem a um padrão de utilização significativamente distinto.

A estrutura, objectivos e natureza do instituto, comparando o seu regime nos Estados Unidos com outros países da América latina, são muito semelhantes. Eventualmente, em alguns destes últimos, verifica-se a intervenção dos Supremos Tribunais ou dos Tribunais Constitucionais em algum momento do processo, mas mantendo-se o sentido geral com que o *impeachment* foi consagrado nos Estados Unidos.

Já os fundamentos que legitimam o recurso ao *impeachment* diferem significativamente de país para país, impressionando o facto de a *fórmula* consagrada nos Estados Unidos não ter sido replicada em qualquer outra experiência constitucional, o que, em alguma medida, confirma um juízo negativo generalizado sobre a respectiva adequação. De facto, a *desconfiança* implícita na não adopção da fórmula tradicional é facilmente compreensível quando se tem em conta a indefinição e as controvérsias geradas a propósito do sentido da *expressão* anglo-americana dos "*high crimes and misdemeanors*", que, de resto, diríamos ser mesmo intraduzível para castelhano ou para português.

Por exemplo, no Brasil, fundamento para recurso ao *impeachment* é a prática dos chamados *crimes de responsabilidade* tal como venham explicitados em lei especial[31];

[30] Cf. REIS NOVAIS, J., *Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo*, 2ª ed., Lisboa, 2019, pp. 196 ss.

[31] Note-se, porém, a equivocidade e imprecisão igualmente presentes na designação "crimes de responsabilidade". Ela foi pela primeira vez utilizada na lei brasileira que, em 1827, definia os termos da

no Paraguay ou na Argentina, o simples "mau desempenho" é, entre outras razões, considerado fundamento de *impeachment* e, na Colômbia, inclui-se nos respectivos fundamentos a *indignidade por má conduta*. Em todo o caso, na generalidade dos países constitui fundamento de *impeachment* a comissão, no exercício das funções, de delitos contra a Constituição ou contra as leis, ainda que alguns, como o Chile, exijam que a violação daqueles parâmetros normativos seja evidente e, noutros, como o Equador ou o Peru, haja a referência expressa a alguns crimes especialmente graves.

Assim, dado um tão amplo espectro de fundamentos, a responsabilização concretizada através do *impeachment* no *presidencialismo adaptado* da América latina surge em alguns países confundida com uma *quase* responsabilidade criminal enquanto que noutros se assemelha a uma responsabilidade *quase* puramente política.

2. A prática do *impeachment* no presidencialismo adaptado

a) Quanto à prática real do *impeachment* na América latina, um primeiro dado impressivo é a constatação de um recurso incipiente ao instituto durante praticamente todo o século XX, ao invés do que seria de esperar tendo em conta a enorme instabilidade política que atravessou a região ao longo deste período. De facto, atendendo à sucessão interminável de crises no sistema de governo e no regime político da generalidade dos países da América latina, supor-se-ia a existência de inúmeras situações de remoção dos Presidentes através do *impeachment*, mas tal não se verificou.

Ao longo de um período que vai até aos anos oitenta do século XX, a *marca* da especificidade do presidencialismo na América latina é a recorrência da verificação de interregnos de degenerescência autocrática ou da tentativa de superação de crises políticas através de golpes militares que instituíam ditaduras mais ou menos duradouras. Nesse registo, o *impeachment* é praticamente ignorado como via política de superação dos frequentes bloqueios institucionais. Com sucesso, o instituto apenas foi concretizado no Equador, em 1933, e no Panamá, em 1955.

---

responsabilização dos membros do executivo tal como prevista na Constituição (excluindo, dada a sua imunidade, o Imperador), foi posteriormente recebida no Código Criminal brasileiro de 1830 – mas logo aí para excluir a aplicação do próprio Código a tais "crimes", remetendo-se a regulação dos *crimes de responsabilidade* para lei especial – e não mais saiu da terminologia jurídica brasileira e também portuguesa. Também, entre nós, a designação foi acolhida na Constituição de 1911, por influência da Constituição brasileira de 1891, e manteve-se até à actualidade.

No entanto, enquanto que, na sua origem, a designação correspondia a responsabilização criminal dos membros do executivo, já quando se instituiu no Brasil o *impeachment* por influência norte-americana em contexto republicano, a designação *crimes de responsabilidade* permaneceu, mas a natureza da responsabilidade mudou substancialmente: pelos *verdadeiros* crimes que cometesse, o Presidente respondia perante o Supremo Tribunal, enquanto que pelos "crimes de responsabilidade" respondia *politicamente* perante o Congresso. Como diz Paulo BROSSARD, "os crimes de responsabilidade não são crimes. Não correspondem a ilícitos penais... não acarreta sanção criminal, mas apenas a sanção política, taxativamente prevista na Constituição... São infrações políticas da alçada do Direito Constitucional" (cf. *O Impeachment*, cit., p. 56).

Cf., também, a propósito dos "crimes de responsabilidade" na ordem jurídica brasileira, QUEIROZ, Rafael, "A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: lições a partir do *impeachment* de Dilma Rousseff", *epublica*, vol. 4, 2, 2017, pp. 227 ss.

A situação muda, no entanto, nos finais do século XX, quando se verifica um renovamento do interesse pelo instituto no ambiente geral de democratização dos sistemas políticos da região que se iniciou nos finais da década de setenta. Então, já a partir dos anos noventa, o *impeachment* passa a ser um dos *protagonistas* de um novo padrão de interrupção dos mandatos dos Presidentes em sistema presidencial no contexto de resolução de crises políticas. Todavia, ao contrário do que tendia a suceder nas crises políticas na região no período anterior, o recurso ao *impeachment* não põe em causa a continuidade de funcionamento do regime democrático[32].

Neste novo contexto, para além de várias outras interrupções do mandato presidencial, o Presidente foi formalmente removido através do *impeachment* na Venezuela (1993), no Paraguay (2012), no Brasil (2016) e no Peru (2020) e renunciou, perante *impeachment* iminente, no Brasil (1992), no Paraguay (1999) e no Peru (2000 e 2018)[33].

b) Quando as elites deixam de *olhar* para os militares como meio de afastar presidentes indesejáveis – ainda que apelos minoritários nesse sentido se continuem a fazer ouvir da parte de sectores nostálgicos das ditaduras dos anos passados[34] –, o *impeachment*, entre outros meios legalmente previstos, parece arrogar-se um novo protagonismo.

Com efeito, dada a rejeição nacional e internacional da intervenção dos militares na vida política dos regimes democráticos, desenvolveu-se uma tendência, nítida a partir dos anos 90 do século XX e prolongando-se pelo século XXI, para destituir ou forçar a destituição dos Presidentes em exercício como forma de solucionar situações de crise, mas com diferenças significativas relativamente ao padrão de superação de bloqueios institucionais no período anterior.

Por um lado, aqueles novos mecanismos dispõem de previsão legal e, mesmo quando se gera enorme controvérsia, política e jurídica, sobre se estão ou não preenchidos os requisitos constitucionais para afastamento dos executivos em funções, não se coloca em causa a subsistência do regime democrático e da ordem constitucional, uma vez que a sua utilização se faz num contexto de justificação que não contesta a necessidade de cumprimento e observância da Constituição em vigor.

Neste novo padrão, meios principais da destituição de presidentes impopulares, isolados e sem apoio parlamentar bastante são o *impeachment*, a declaração parlamentar de inaptidão para o exercício do cargo e a renúncia presidencial, com ou sem convocação de novas eleições.

No entanto, o recurso padronizado a essas vias surge como mecanismo atípico de responsabilização dos executivos em sistema de governo de *presidencialismo adaptado*, quais formas espúrias de irrupção de uma responsabilização política

[32] Cf. PÉREZ-LIÑAN, A., *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge, 2007, pp. 40 ss.; MARSTEINTREDET, L./BERNTZEN, E., "Reducing the perils of presidentialism in Latin America through presidential interruptions", *Comparative Politics,* Vol. 41, 1, 2008, pp. 83 ss.

[33] Cf. PÉREZ-LIÑAN, *Presidential Impeachment...*, cit., pp. 40 ss., 62 ss.; PÉREZ-LIÑAN, A., "Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century", *RBCS*, vol. 33, 98, 2018, pp. 1 ss.

[34] E, ainda assim, houve três intervenções mais ou menos discretas dos militares em três crises políticas neste período: Guatemala (1993), Equador (2000) e Honduras (2009). Cf. PÉREZ-LIÑAN, "A two-level theory of presidential instability", cit., p. 35.

espasmódica[35] em situações patológicas. Ora, essa prática coloca frontalmente em causa a regra típica da rigidez dos mandatos – do Presidente ou do Congresso – e de ausência de responsabilidade política entre os dois órgãos vigente nos cânones jurídico-constitucionais do presidencialismo.

Ainda assim, apesar de interrupções dos mandatos presidenciais em sistema de governo presidencial suscitarem, por esse facto, grandes dúvidas e controvérsia sobre o concomitante respeito e observância dos requisitos constitucionais previstos, há essa outra nota já referida e que é relativamente nova na América latina: independentemente das dúvidas de constitucionalidade que as acompanham, por facto de não constituírem vias típicas e programadas de resolução de crises políticas, tais interrupções têm-se verificado sem pôr em causa a subsistência do regime político democrático.

Nesse novo quadro, o recurso ao *impeachment* é a principal modalidade através da qual se pretendem legitimar constitucionalmente, nos novos tempos do *presidencialismo adaptado* da América latina, as referidas interrupções *legais* dos mandatos presidenciais.

Há duas razões, de natureza jurídica e política, para esta preferência e aceitação. Por um lado, independentemente da sua justificação no caso concreto, o *impeachment* é um mecanismo constitucionalmente previsto de interrupção dos mandatos presidenciais. Por sua vez, a actuação contra os Presidentes desenvolvida nos Parlamentos constitui normalmente uma tentativa de resposta institucional a escândalos de corrupção, de abuso do poder ou de ocorrência de graves crises económicas que é, em geral, desencadeada e estimulada – ou, eventualmente, contrariada – por mobilizações populares de rua com grande impacto, o que favorece a condescendência relativamente à avaliação, política e jurídica, do cumprimento de requisitos que, em geral, são em si mesmos intencionalmente fluidos e de determinação insegura.

Assim, em repetidas ocasiões, a interrupção dos mandatos presidenciais tem sido directa ou indirectamente provocada pela actuação do Parlamento (através do *impeachment* ou, como se permite em alguns países, através da declaração parlamentar de inabilitação do Presidente para o exercício do cargo por inaptidão física ou mental[36]), ainda que, por vezes, surja formalmente como acto de renúncia ao cargo por parte dos Presidentes em exercício. Todavia, essa renúncia é já o resultado da prévia pressão parlamentar, verificando-se no seguimento ou em antecipação do desenlace daqueles outros processos parlamentares de *impeachment* e de declaração de inaptidão para o cargo.

3. Um novo sentido para o *impeachment* em sistemas de *presidencialismo adaptado*?

Mesmo quando há o cumprimento dos requisitos formais e orgânicos do *impeachment* e é juridicamente possível integrar a prática de actos do Presidente como preenchendo

[35] Cf. PÉREZ-LIÑAN, *Presidential Impeachment...*, cit., p. 13.

[36] Esta possibilidade existe no Chile, Costa Rica, Equador e Peru, ocorrendo através de uma declaração parlamentar de inaptidão aprovada por maioria simples ou maioria absoluta, o que permite igualmente uma utilização motivada por simples divergência política semelhante, em termos práticos, ao que ocorre com as moções de censura ou de desconfiança dos sistemas parlamentares e semipresidenciais. Cf. MARSTEINTREDET/BERNTZEN, "Reducing the perils of presidentialism...", cit., p. 87.

a previsão dos fundamentos para recorrer ao instituto – e, por vezes, essa própria previsão inclui como causa de destituição o simples *mau desempenho*, como acontece no Paraguay e na Argentina –, há uma diferença substancial quando se faz uma comparação da utilização do instituto no *presidencialismo adaptado* com o que ocorre na história dos Estados Unidos.

Em geral, fica a ideia de que, em parte desses processos de *impeachment*, a remoção do Presidente do cargo não era uma estrita exigência de defesa da sociedade e do Estado e de preservação da integridade da ordem constitucional democrática perante comportamentos presidenciais incompatíveis com a função, mas que o verdadeiro motivo da destituição foi simplesmente o distanciamento parlamentar ou a divergência política relativamente a um Presidente que ficou politicamente isolado ou enfraquecido.

Nesses termos, a dúvida que se suscita é se, diferentemente do que acontecia até aos anos oitenta do século XX, as interrupções dos mandatos presidenciais através da intervenção dos parlamentos – constituindo o *impeachment* uma ou até a principal dessas modalidades de interrupção do mandato presidencial – podem funcionar *benignamente* como *válvulas de segurança* que evitem crises ou rupturas do próprio regime democrático em situações de conflito entre o executivo e o legislativo ou em situações de descrédito ou de abuso do poder presidencial e contribuam para um renovamento virtuoso do sistema político democrático no seu conjunto[37].

Sobretudo, questionam-se as vantagens na utilização do *impeachment* em situações em que, rigorosamente, ele não seria convocável à luz da natureza originária do instituto em presidencialismo, suscitando-se a dúvida de se tais vantagens superam os inconvenientes que uma utilização desse tipo igualmente gera.

De um lado, uma utilização frequente e indiscriminada do *impeachment* põe em causa as putativas vantagens do presidencialismo: a estabilidade governativa que advém da certeza de os executivos poderem cumprir um mandato até ao fim e a imunização da condução da vida política face a possíveis interferências do parlamento. Esta relativa *independência* do executivo presidencial protegeria o executivo, na medida em que lhe oferecia condições óptimas para governar, e, simultaneamente, daria ao eleitorado, no momento da eleição/reeleição presidencial, a possibilidade de o responsabilizar pela política prosseguida de forma inteiramente transparente.

Porém, a partir do momento em que, na prática, o próprio Presidente depende da não formação de uma maioria parlamentar que o possa destituir a qualquer momento – a possibilidade de *impeachment* é um dado a ter sempre em conta –, ele passa a ser obrigado a negociar e entrar em compromissos que lhe garantam o integral cumprimento do mandato até ao seu termo. Essa dependência é, ainda, agravada pelo facto de o Presidente não possuir, ao contrário do que acontece nos sistemas de governo parlamentares e semipresidenciais, a contrapartida da *ameaça* da dissolução do

[37] GINSBURG, T./HUQ, A./LANDAU, D. (cf. "The comparative constitutional law of presidential impeachment", *The University of Chicago Law Review*, 2021, pp. 81 ss.) falam, aqui, de um "political reset model" de *impeachment*, contraposto ao "bad actor model" vigente nos Estados Unidos (cf. pp. 144 ss.). No primeiro, o recurso ao *impeachment* é utilizado como ocasião para superar uma crise de legitimidade de exercício, enquanto que, no *bad actor*, se trataria simplesmente de afastar um titular indigno do cargo que ocupa.

parlamento e da remissão para o eleitorado da arbitragem do conflito em desenvolvimento entre os dois órgãos, ameaça essa que, normalmente, inibe objectivamente o parlamento de colocar dificuldades artificiais à actividade do executivo.

Nesse sentido, o abuso possível do recurso ao *impeachment* no *presidencialismo adaptado* pode desequilibrar o balanceamento de poderes originariamente previsto para o sistema de governo presidencial, provocando um enfraquecimento da posição institucional dos Presidentes, reforçando a sua dependência das assembleias parlamentares e impondo aos executivos, sobretudo em países com sistema partidário fragmentado e não ideologicamente diferenciado, a necessidade de assentarem o exercício do respectivo mandato em alianças pós-eleitorais estabelecidas sem um critério programático racional e transparente.

É certo poder dizer-se que o maior e mais frequente perigo para as democracias na América latina não surge de presidentes debilitados, mas, ao invés, deriva da tentação autocrática assente no peso excessivo dos executivos face a assembleias parlamentares fragmentadas e enfraquecidas[38]. Porém, o *enfraquecimento* político dos presidentes provocado ou estimulado por uma utilização *politizada* do *impeachment* contradiz a justificação do presidencialismo enquanto sistema de governo autónomo que, precisamente, assentava na rigidez dos mandatos, na separação institucional entre Presidente e Congresso e na posição central que nele ocupa um Presidente supostamente imune à pressão das maiorias parlamentares.

O sistema havia sido desenhado com um equilíbrio assente sobre a impossibilidade recíproca de cada um dos órgãos de exercício do poder político – Presidente e Congresso – poder fazer cessar o mandato do outro, mas enquanto que uma maioria qualificada do Congresso, através de uma utilização não criteriosa do *impeachment*, pode destituir o Presidente durante o mandato deste, o Presidente mantém-se impossibilitado de, perante uma situação de conflito irredutível entre os dois órgãos, chamar o eleitorado a arbitrar o diferendo após ter recorrido à dissolução da assembleia parlamentar.

Dir-se-ia, ainda assim, que tal acabaria por funcionar, positivamente, como meio de defesa do regime democrático contra tentações autocráticas dos Presidentes, contra executivos que tendem a concentrar e a abusar de uma força não controlada. Mas, paradoxalmente, não é assim, já que o *impeachment* se afirma como um meio poderoso contra Presidentes *fracos*, mas como meio fraco contra Presidentes *poderosos*.

De facto, o recurso a estas vias atípicas de responsabilização política é totalmente ineficaz e inaplicável nas situações de verdadeiro abuso presidencial e de risco de instauração de um poder autocrático que ocorram naquelas situações em que os Presidentes de *presidencialismo adaptado* dispõem de um apoio parlamentar maioritário e sólido. Por definição, o *impeachment* não pode, nessas circunstâncias, ser bem-sucedido.

Há ainda, por último, duas consequências suplementares também disruptivas da racionalidade do sistema de governo.

De um lado, o Presidente afastado através de *impeachment* vê abrupta e definitivamente interrompida a sua vida política – mesmo quando a causa do seu afastamento

[38] Cf., assim, PÉREZ-LIÑAN, "Impeachment or backsliding?...", cit.

foi um pretexto artificialmente construído –, ao contrário do que acontece, em regra, com a responsabilização política típica nos sistemas parlamentares e semipresidenciais: o facto de um Primeiro-ministro ser objecto da aprovação de uma moção de censura não significa, aí, a sua *morte política* nem a sua desqualificação pessoal[39].

Por outro lado, o cargo de Vice-Presidente assume uma relevância não constitucionalmente *prevista* e não consentânea com o seu relativo *apagamento* no momento da eleição presidencial[40], na medida em que, assumindo de forma intercalar o lugar do Presidente destituído em processo de *impeachment*, o titular do cargo de Vice-Presidente acaba por deter uma posição chave no sistema político na hipótese de remoção do Presidente durante o mandato[41].

Todavia, sendo estes os aspectos mais discutíveis e negativos de um recurso excessivamente *politizado* ao *impeachment*, há algumas notas que permitem uma valoração de sentido positivo em situações específicas de funcionamento do *presidencialismo adaptado*, ou seja, aquelas situações em que executivos presidenciais enfraquecidos, sem apoio popular e parlamentar bastante, se mostram incapazes de reverter a situação de isolamento e o sistema político corre o risco de cair em situação de crise e de bloqueio institucional.

Assim, este tipo de utilização do instituto parece permitir superar os eventuais bloqueios que, de outra forma, paralisariam o funcionamento do sistema e que, em circunstâncias de regime democrático não estabilizado, tendem a estimular os golpes militares e as rupturas antidemocráticas de regime. Associada a outras possibilidades, como a renúncia ao cargo provocada pela ameaça de *impeachment* ou a declaração de inaptidão para o cargo, tem permitido a interrupção de presidências e o afastamento de executivos impopulares, ineficazes ou corruptos sem pôr em causa a continuidade do regime democrático.

Ou seja, mesmo quando o *impeachment* se processa num ambiente de grande controvérsia política e de radicalização de posições, após a remoção do anterior Presidente o sistema político sofre algum tipo de regeneração que, não pondo em causa a subsistência do regime democrático, permite, a prazo, a superação da crise em ambiente de manutenção das possibilidades de alternância democrática do poder.

---

[39] Cf., assim, PÉREZ-Liñan, *Presidential Impeachment...*, cit., p. 206.

[40] Não constitucionalmente prevista no sentido de que o sistema não regulou a substituição do Presidente especificamente para as situações de afastamento por *impeachment*. Porém, mesmo sem uma utilização *forçada* do *impeachment*, existia já alguma incoerência sistémica na atribuição de uma posição relevante ao Vice-Presidente em presidencialismo. Cf., assim, LINZ, J., "The perils of presidentialism", *Journal of Democracy,* 1, 1990*,* pp. 54, 65 s.

[41] Veja-se assim como no *impeachment* de Dilma Rousseff em 2016, no Brasil, o Vice-Presidente Michel Temer – que nas eleições presidenciais anteriores, em 2014, havia sido integrado no *ticket presidencial* por força de uma acordo interpartidário entre o Partidos dos Trabalhadores e o Movimento Democrático Brasileiro – assumiu a Presidência e imprimiu ao país uma orientação política radicalmente distinta da sua antecessora, sem que essa reorientação tivesse passado por uma qualquer legitimação democrática. Michel Temer não tinha apoio popular, como mostravam as sondagens e se confirmou com a sua ausência na disputa nas eleições presidenciais de 2018, era suspeito de corrupção e estava judicialmente indiciado em vários processos e, no entanto, assumiu a plenitude do poder presidencial para os anos seguintes com um programa político próprio nunca sujeito a aprovação popular.

DIREITO DA FAMÍLIA

A CRIANÇA NO *SÉCULO DOS PROFISSIONAIS DA INFÂNCIA*: DO PODER PATERNAL AO PODER DA OPINIÃO TÉCNICA?

Jorge Duarte Pinheiro[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. O *adeus* do poder paternal; II. O desafio de educar sem os meios clássicos de autoridade; III. Opinião técnica no exercício das responsabilidades parentais; IV. Opinião técnica, regulação do exercício das responsabilidades parentais e intervenção para promoção e protecção; V. Dois casos *pouco exemplares*; Conclusão.

Introdução

No início do século XX, vaticinou-se que este seria o "século da criança"[1]. Em finais do mesmo século, declarou-se que afinal estaria a ser o "século dos profissionais da infância"[2].

A primeira afirmação anuncia um progresso do estatuto da criança; a segunda, num contexto em que permanece o *modelo da criança na família*[3], revela diminuição da autonomia da família, mais precisamente transferência do poder de decisão dos pais para os profissionais da infância.

---

[*] Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde é professor; agregado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

[**] Estudo elaborado segundo as regras do Acordo Ortográfico aprovado pelo Decreto n.º 35.228/45, de 8 de Dezembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 32/73, de 6 de Fevereiro; concluído em 19 de Dezembro de 2020, data em que foram confirmadas todas as referências relativas a elementos disponíveis para consulta na *internet*.

[1] Título de obra sueca publicada por Ellen Key em 1900 (e traduzida para inglês em 1909), que viria a ser frequentemente usado como frase para designar o século XX (cf., por exemplo, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes. A lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15, nota 1).

[2] STAFSENG, O., "A Sociology of Childhood and Youth – the Need of Both?", in: AA.VV., *Childhood as a Social Phenomenon: Lessons from an International Project* (editor: Qvortrup), Viena: European Centre, 1993 (pp. 71-90), p. 77.

[3] O *modelo da criança na família* é um modelo universal e milenar, consagrado entre nós, designadamente, no artigo 36.º, n.ºs 5 e 6, da Constituição da República Portuguesa, não obstante a defesa que Platão fez do *modelo da criança na comunidade*: cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, "Critério biológico e critério social ou afectivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores", *Lex Familiae*, Ano 5, n.º 9 (2008), (pp. 5-12), pp. 5-7.

O estudo em apreço visa apurar se a última declaração é aplicável aos últimos anos, incluindo os que se situam já no século XXI, e, em caso afirmativo, como a respectiva ideia se concretiza.

Quando se proclama o século XX como o "século da criança", tinha terminado o século em que se assistira à criação do Direito das Crianças. De facto, não obstante se faça remontar o "sentimento moderno da infância" ao século XVII[4], antes da década de 70 do século XIX, a vida e a integridade física da criança assumiam escasso valor.

Em Portugal, como noutros países europeus, era tolerado o infanticídio discreto, em pequena escala, praticado sobretudo nos meios rurais pela chamada "tecedeira de anjos"[5]. A industrialização inspirou soluções de morte infantil em maior escala, incompatíveis com o progresso do individualismo. Em Inglaterra, no ano de 1872, surge o *Infant Life Protection Act*, que se destinava a evitar as piores práticas de "baby farming", isto é, de aceitação da guarda definitiva de crianças com menos de um ano de idade, mediante remuneração, de situações de entrega de crianças a berçários privados, *v.g.*, por mães solteiras: os progenitores pagavam uma prestação pecuniária única não muito elevada aos responsáveis dos berçários, que se comprometiam a cuidar das crianças para sempre; contudo, estes responsáveis agiam de modo a que as crianças falecessem o mais depressa possível, chegando a administrar-lhes uma dieta que misturava farinha de amido de milho, água, leite, sabão em pó e láudano, calmante e analgésico que potenciava infecções e insuficiências quer respiratórias quer cardíacas[6].

Também na década de 70 do século XIX se depara nos Estados Unidos com um momento simbólico, no campo da tutela jurídica das crianças: o caso de Mary Ellen Wilson. Confiada a família que a sujeitava a maus tratos, foi visitada por uma missionária, que alertou as autoridades, sem sucesso. Na verdade, carecia de efectividade a protecção das crianças relativamente aos actos de progenitores ou de outras pessoas que as tivessem a seu cargo. Em contrapartida, havia notícia de acções judiciais intentadas, com relativo êxito, por associações de protecção de animais, para retirar estes a donos que os maltratassem. Deste modo, a missionária contactou o fundador da "American Society for the Prevention of Cruelty to Animals", que levou a situação a tribunal e

[4] Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, "O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança", in: AA.VV., *Cuidar da justiça de crianças e jovens: A função dos juízes sociais. Actas do encontro*, Coimbra: Almedina, 2003 (pp. 9-63), p. 11.

[5] Cf. QUEIRÓS, Eça de, *O crime do Padre Amaro*, 1875, em cujo capítulo XXIII se lê:
A Dionísia chegou-se ao pároco, e baixando a voz:
– Ai, menino, eu não gosto de acusar ninguém. Mas, está provado, é uma tecedeira de anjos!
– Uma quê?
– Uma tecedeira de anjos!
– O que é isso? Que significa isso?, perguntou o pároco.
A Dionísia gaguejou-lhe uma explicação. Eram mulheres que recebiam crianças a criar em casa. E sem excepção as crianças morriam... Como tinha havido uma muito conhecida que era tecedeira, e as criancinhas iam para o Céu... Daí é que vinha o nome.

[6] Cf. BAINHAM, Andrew/GILMORE, Stephen, *Children – The modern law*, 4.ª edição, Bristol: Jordan Publishing Limited, 2013, p. 34.

conseguiu que a criança fosse retirada à família com quem até aí estava. Este caso motivou, em 1875, a constituição da primeira organização vocacionada para a protecção jurídica dos direitos das crianças, com o nome de "New York Society for the Prevention of Cruelty to Children" (NYSPCC), que ainda está activa[7].

Em Portugal, o Direito das Crianças despontará com o Decreto de 27 de Maio de 1911, que instituiu a Tutoria da Infância e a Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças, ou seja, já no "século da criança", em que a preocupação pela situação de pessoas com menos idade se detectou quer entre os Estados isoladamente considerados quer na comunidade internacional: a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança; a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, adoptada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas; e, sobretudo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em 1989 e que veio pôr fim a uma incerteza que se observara, de 1959 a 1989, sobre a aplicabilidade, ou não, à criança dos diplomas internacionais gerais relativos a direitos humanos[8]

Da época em que a criança era tida como ente *infra-animal* passou-se, assim, a uma época em que ela é caracterizada como sendo titular de um interesse superior. Mas a quem cabe a definição deste *interesse*? Aos pais, à própria criança, aos *profissionais*?

I. O *adeus* do poder paternal

Noutra época, seria impensável questionar ou escrutinar a decisão parental respeitante à criança. De imediato, vem à memória o Direito romano que foi aplicado no território que hoje corresponde ao de Portugal. Enquanto titular da *patria potestas*, o *paterfamilias* tinha faculdades que iam além das de cuidar e educar. Ele podia matar, vender, expor ou abandonar o filho[9]. Mas nem sequer é necessário recuar muito no tempo.

O primeiro Código Civil português vigorou até 31 de Maio de 1967, ou seja, ao longo de dois terços do século XX. De acordo com este Código, os pais eram titulares do poder paternal, expressamente qualificado como um "complexo de direitos", que incluía reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os bens deles (artigo 137.º); aos filhos incumbia obedecer aos pais em tudo o que não fosse ilícito (artigo 142.º). Quando o filho menor fosse "desobediente e incorrigível", o artigo 143.º do mesmo diploma permitia que os pais solicitassem à autoridade judicial a prisão do descendente com o propósito de correcção, por prazo não superior a 30 dias, e que fizessem cessar a qualquer momento a prisão ordenada. Predominava uma imagem autoritária e distante dos pais, aos quais geralmente se concedia o uso de todos os meios

[7] Cf., além do "sítio" da NYSPCC (https://www.nyspcc.org/), MYERS, Jonh E. B., "A short history of child protection in America", *Family Law Quarterly*, 42/3 (2008), pp. 449-463 (em particular, parte III); LeBOW, Elizabeth/CHERNEY, Debbie, "The role of animal welfare legislation in shaping child protection in the United States", *International Journal of Education and Social Science*, 2/6 (2015), pp. 35-44 (em particular, p. 40).

[8] Cf. BAINHAM, Andrew/GILMORE, Stephen, *Children*, cit., pp. 50-51.

[9] Cf. BRIGAS, Miriam Afonso, *O Direito da Família na História do Direito português (Dos antecedentes ao século XVIII). Primeiras reflexões,* volume I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 34, 36 e 37.

que estivessem ao seu alcance com vista à educação da criança – incluindo quaisquer castigos corporais, contanto que não incapacitassem nem pusessem em risco a vida do filho[10]. Não obstante isto, a actuação arbitrária parental conhecia limites traçados por legislação avulsa, como o Decreto de 27 de Maio de 1911, marco na génese do Direito das Crianças português, que colocava sob protecção a criança que fosse objecto de "maus tratos físicos habituais ou excessivos por parte dos pais" (artigo 26.º, 5.º, alínea a*)*), admitindo que estes fossem inibidos do poder paternal e aquela viesse a ser confiada a outro parente ou internada num refúgio (artigos 41.º e 43.º).

A versão originária do segundo Código Civil manteve o estatuto de autoridade dos pais, se bem que atenuado, nomeadamente, por lhes ter sido negada a antiga faculdade de obter a detenção compulsória do filho. O artigo 1876.º determinava que era dever fundamental do filho "honrar e respeitar os pais", nada prescrevendo quanto aos deveres destes perante aquele. O filho estava, normalmente, sujeito ao poder paternal até aos vinte e um anos de idade. No poder paternal, atribuído aos pais, cabia "a guarda e regência dos filhos menores não emancipados com o fim de os defender, educar e alimentar", bem como a representação dos filhos e a administração dos seus bens (artigo 1879.º). A subordinação perante os pais, que se pressentia no citado artigo 1876.º, torna-se nítida no artigo 1884.º, n.º 1, disposição que lhes conferia o poder de corrigir moderadamente o filho nas suas faltas. A configuração que subsistia do poder paternal, associada à repulsa pela interferência externa na esfera familiar, levava à criação de uma zona ampla de imunidade, civil e penal, dos pais na relação com o filho[11], apesar de os maus tratos graves estarem expressamente mencionados entre os fundamentos de inibição judicial do poder paternal (artigo 105.º, alínea c*)*, da Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 44.288, de 20 de Abril de 1962, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 47.727, de 23 de Maio de 1967).

A Constituição da República Portuguesa, na versão originária de 1976, repudia o modelo que até então imperava, de quase total submissão da criança aos pais, ao estabelecer no artigo 69.º, n.º 2, que as crianças têm direito a protecção contra todas as formas de opressão e "contra o exercício abusivo de autoridade na família" (num texto que corresponde, de certo modo, ao do n.º 1 do mesmo artigo, na redacção actual, resultante da revisão constitucional de 1997)[12].

A Reforma de 1977 acompanha a orientação constitucional, ao excluir do Código Civil uma norma como a do originário 1884.º (que concedia aos pais o poder de corrigir moderadamente os filhos nas suas faltas) e ao modificar os artigos 1874.º e 1878.º. O artigo 1874.º passa a vincular pais e filhos a deveres mútuos de respeito, auxílio e assistência. Ao explicitar as posições contidas no poder paternal, o n.º 1 do

[10] Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, "Novos pais e novos filhos – Sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças", em *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015 (pp. 401-411), p. 403.

[11] Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 44.

[12] Cf. MEDEIROS, Rui, anotação ao artigo 69.º, em AA.VV, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, *Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª edição, (coordenação: Jorge Miranda e Rui Medeiros), Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, (pp. 1379-1387), p. 1381.

artigo 1878.º, determina que as mesmas competem aos pais "no interesse dos filhos". E no n.º 2 acrescenta-se que os pais, "de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida".

Em 1990, Portugal vincula-se à Convenção sobre os Direitos da Criança, feita em Nova Iorque aos 20 dias do mês de Novembro de 1989, e, portanto, a um conjunto numeroso de obrigações, entre as quais a de ter primacialmente em conta o interesse superior da criança em todas as decisões que a ela digam respeito (artigo 3.º, n.º 1).

No final do século, a Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, aprova a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que regula desenvolvidamente a intervenção estatal para promoção dos direitos e protecção da criança, partindo do pressuposto geral de que tal intervenção é legítima quando os pais ponham em perigo o filho ou não consigam afastar o perigo em que ele se encontre. Ou seja, surge no ordenamento português um diploma, com mais de cem artigos, que contempla restrições ao exercício das responsabilidades parentais, por vários motivos (que se reconduzem a situações de perigo para a criança) e sob diversas formas (as chamadas medidas de promoção e protecção).

A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, adita ao Código Penal o artigo 152.º-A, cujo n.º 1, alínea a), pune com pena de prisão quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, "pessoa menor", lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, alteração que reforça a dúvida sobre a subsistência da possibilidade de os titulares do poder paternal recorrerem a castigos corporais moderados para educarem a criança[13].

No ano seguinte, a Lei n.º 61/2009, de 31 de Outubro, substitui a expressão "poder paternal" pelo termo "responsabilidades parentais" na epígrafe da secção II do capítulo dos efeitos da filiação e no bloco de artigos compreendidos nesta secção (1877.º a 1920.º-C) do Código Civil. Apesar da permanência da expressão "poder paternal" noutros pontos do Código Civil (*v.g.*, na epígrafe da secção subsequente, nos artigos 1921.º e 124.º), a mudança terminológica realizada torna claro que o conjunto de situações jurídicas que incumbem aos pais com vista à protecção e desenvolvimento do filho não se traduz agora num poder em sentido técnico (entendido como disponibilidade de meios para obter um fim) e, muito menos, num "complexo de direitos" que assistem ao pai e à mãe (como se lia no artigo 137.º do Código Civil de 1867); trata-se antes de um instrumento para ser exercido no interesse do filho[14].

---

[13] Cf. FERREIRA, Maria Elisabete, *Violência parental e intervenção do Estado: A questão à luz do Direito português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 233-254. Todavia, a autora, em nome do princípio da adequação social, aceita que certos castigos corporais *muito leves* se não encontrem materialmente a coberto da tipificação do artigo 152.º-A. Claramente no sentido da ilicitude simultaneamente penal e civil de todos e quaisquer castigos corporais, SALABERT, Luís Filipe, "Castigos físicos a crianças – educação ou violação de direitos", in: AA.VV., *Direito da Família e das Crianças – Temas atuais em debate*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020, livro digital disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_DFamilia2020.pdf, (pp. 145-159), pp. 155-159.

[14] Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 259-269.

II. O desafio de educar sem os meios clássicos de autoridade

Os pais têm de assegurar a educação do filho, mas agora sem certos *instrumentos e dados do passado*: os castigos corporais e a força do temor reverencial, num ambiente contrário à interferência externa na relação entre pais e filhos.

O ambiente contemporâneo tornou-se, pelo contrário, favorável à intervenção estatal na família quando está em causa uma criança, dada a percepção de alargamento dos limites intrínsecos ao exercício das responsabilidades parentais.

O interesse da criança surge na lei como critério prioritário orientador do exercício das responsabilidades parentais, da regulação do exercício destas e da intervenção externa na família (artigos 1878.º, n.º 1, e 1906.º, n.º 8, do Código Civil[15]; artigo 4.º, alínea a*)*, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). A indeterminação do interesse (dito superior) da criança reduz a sua operacionalidade, não sendo incomum a sua recondução à ideia de "bem-estar"[16].

O resultado é a detecção de restrições ao exercício das responsabilidades parentais com fundamento em situações frontalmente incompatíveis com essa ideia. São, assim, previstas restrições para *afastar o perigo* da criança, de acordo com os pressupostos quer de providências tutelares cíveis, quer da intervenção para promoção e protecção.

Nos termos do artigo 1918.º do Código Civil, quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de uma criança se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode ser decretada judicialmente providência *adequada*, designadamente de confiança a terceira pessoa, esclarecendo-se, no artigo 1919.º, n.º 1, que os pais conservam o exercício das responsabilidades parentais em tudo o que com a providência tutelar cível se não mostre inconciliável.[17]

O artigo 3.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, indica o contexto que legitima a intervenção para promoção e protecção: "quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo".

A intervenção pode consistir na definição de um plano para ser cumprido pela criança, jovem e respectiva família, no acompanhamento da execução de tal plano (artigo 7.º, n.º 4, alínea c*)*, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo) e na aplicação das medidas enunciadas no artigo 35.º, n.º 1, da Lei de Protecção: apoio junto dos pais; apoio junto de outro familiar; confiança a pessoa idónea; apoio a

[15] Artigo 1906.º, nº 7, na redacção anterior à da Lei n.º 65/2020, de 4 de Novembro (diploma que estabeleceu as condições em que o tribunal pode decretar a residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores).

[16] Cf. o seguinte documento oficial das Nações Unidas: *UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008, disponível em https://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf, p. 14.

[17] Cf., por todos, SOTTOMAYOR, Maria Clara, anotação aos artigos 1918.º e 1919.º, in: AA.VV., *Código Civil anotado, Livro IV – Direito da Família*, (coordenação: Clara Sottomayor), Coimbra: Almedina, 2020, pp. 949-954.

autonomia de vida; acolhimento familiar; acolhimento residencial; confiança a pessoa seleccionada para a adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção.[18]

A intervenção comporta efeitos naturalmente restritivos, ou muito restritivos, do exercício das responsabilidades parentais[19] e a sua possibilidade assenta num regime de comunicações e competência que aspira a um nível de grande eficiência.

A intervenção de promoção e protecção incumbe a três categorias de *agentes* (artigo 6.º da Lei de Protecção): entidades com competência em matéria de infância e juventude, designação que cobre quaisquer pessoas singulares ou colectivas que desenvolvam actividades nas áreas da infância e juventude (artigo 5.º, alínea d*)*, da Lei de Protecção), por exemplo, médicos e professores, centros de saúde e escolas; comissões de protecção de crianças e jovens; e tribunais. As entidades com competência em matéria de infância e juventude e as comissões de protecção só podem intervir com o consentimento dos titulares das responsabilidades parentais (artigos 7.º, n.º 3, e 9.º, n.º 1, da Lei de Protecção). A aplicação de medidas de promoção e protecção é da competência exclusiva das comissões de protecção e dos tribunais (artigo 38.º da Lei de Protecção)[20].

Além de disporem de meios próprios para tomar conhecimento de situação de perigo em que se encontre uma criança e de deverem encaminhar informação obtida para instituição que possa resolver o assunto, quando concretamente o não consigam fazer, as entidades e instituições com competência em matéria de promoção e protecção podem receber comunicação sobre situações de crianças em perigo proveniente de autoridades policiais e judiciárias ou...de qualquer pessoa (artigos 64.º e seguintes da Lei de Protecção[21]).

E as condições de restrição do exercício das responsabilidades parentais para afastar o perigo da criança são bastante menos rigorosas "quando exista perigo actual ou iminente para a vida ou de grave comprometimento da integridade física ou psíquica da criança ou do jovem", permitindo-se então que sejam tomadas "medidas adequadas para a sua protecção imediata" por entidades com competência em matéria de infância e juventude e comissões de protecção, mesmo contra a vontade dos pais e sem prévia autorização judicial (artigo 91.º da Lei de Protecção).

É, portanto, visível a consagração, pelo menos formal, de um sistema amplo de tutela da criança contra o perigo, com impacto na esfera de acção reconhecida aos que

[18] Sobre a intervenção para promoção e protecção, cf., nomeadamente, BOLIEIRO, Helena / GUERRA, Paulo, *A criança e a família – Uma questão de direito(s)*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 33-85.

[19] Isto quando não chega ao extremo da confiança com vista à adopção, que implica inibição total tendencialmente irreversível: artigo 1978.º-A do Código Civil e artigo 62.º-A da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

[20] Como resulta da segunda parte do artigo 38.º, somente o tribunal pode aplicar a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adopção.

[21] O n.º 1 do artigo 66.º confere a qualquer cidadão a faculdade de comunicar situação de criança ou jovem em perigo, enquanto o n.º 2 impõe que "a comunicação é obrigatória para qualquer pessoa que tenha conhecimento de situações que ponham em risco a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade da criança ou do jovem".

até aí eram os seus cuidadores. E o conceito de perigo é indeterminado e, como decorre da exemplificação constante do artigo 3.º, n.º 2, da Lei de Protecção, extenso: considera-se que a criança está em perigo, nomeadamente, quando "não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal" (alínea c*)*) ou quando "assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento" (alínea g*)*). Ou seja, é traçado um padrão de exercício das responsabilidades parentais, abaixo do qual se prenuncia interferência estatal destinada a suprir a insuficiência do comportamento parental. Paralelamente, os pais já não gozam dos *meios clássicos de autoridade paternal*: castigos corporais e castigos mais intensos de outra índole são ilícitos tanto à luz do Direito Penal, como do Direito Tutelar Civil (cf., designadamente, o artigo 3.º, n.º 2, alínea b*)*, da Lei de Protecção, que indica como estando em perigo a criança que sofre maus tratos físicos ou psíquicos); o temor do filho perante os pais é característico de época anterior, sem paralelo com a contemporânea, em que se prevê um dever mútuo de respeito (cf. actual artigo 1874.º do Código Civil) ou se determina que os pais devem ter em conta a opinião do filho "nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida" (artigo 1878.º, n.º 2, do Código Civil, na versão em vigor).

Impõe-se, deste modo, a seguinte questão: como podem os pais exercer adequadamente as suas responsabilidades parentais, em especial se o filho for "uma criança difícil"?

III. Opinião técnica no exercício das responsabilidades parentais

A comunicação actual, sob as mais diversas formas (programas de rádio e televisão, livros e artigos, vídeos e intervenções curtas em redes sociais), mostra o peso da opinião dos psicólogos no campo da parentalidade. A tal ponto que alguém tão influente como o Papa Francisco declara que os pais "perderam protagonismo na educação dos filhos e passaram a ser espectadores"; que a formação das crianças mudou das mãos daqueles para as dos profissionais; e que se recorre ao psicólogo logo que se depara com uma dificuldade de aprendizagem[22].

Em rigor, de acordo com uma corrente psicológica muito difundida, os pais não são espectadores: "o pai ou a mãe são uma espécie de *treinador* dos seus filhos, apercebendo-se do que eles são capazes de aprender (consoante o seu desenvolvimento e temperamento), aplaudindo cada pequeno passo no seu progresso, e guiando-os, com apoio e incentivo, para que alcancem os objectivos adequados"; "os pais têm de compreender, valorizar, aceitar e adaptar-se ao temperamento e desenvolvimento específicos de cada criança, valorizando os seus pontos fortes e aceitando as suas limitações"; não devem ser autoritários, nem demasiado permissivos.[23]

[22] BERGOGLIO, Jorge M., "O que nutre e faz crescer", texto de 2006, recolhido na obra *O verdadeiro poder é o serviço*: Segunda Parte, Editora Ave-Maria, 2013.

[23] Cf. WEBSTER-STRATTON, Carolyn, *Os anos incríveis. Guia de resolução de problemas para pais de crianças dos 2 aos 8 anos de idade*, 4.ª edição portuguesa (tradução da edição em inglês de 2005), Braga: Psiquilibrios Edições, 2016, pp. 16-19.

O exercício apropriado das responsabilidades parentais é aquele em que os respectivos titulares agem de forma "responsiva e sensível"[24] e, para tanto, os pais devem obter educação parental, seguindo a informação pertinente disponibilizada por psicólogos (*v.g.*, em livros), frequentando cursos ou recorrendo ao apoio e aconselhamento directo de especialistas[25].

Se, ainda assim, as crianças tiverem problemas de comportamento, por razões não imputáveis aos pais, banida estratégia disciplinar violenta, parece restar uma única solução (extensível ao filho cujo quotidiano dos pais não lhes permita assumir comportamento parental responsivo e sensível): medicar...[26]

IV. Opinião técnica, regulação do exercício das responsabilidades parentais e intervenção para promoção e protecção

A preponderância da opinião técnica é bem explícita no regime jurídico da intervenção estatal para regulação do exercício das responsabilidades parentais ou para protecção de crianças em perigo.

Actualmente, a lei especifica três modelos de exercício das responsabilidades parentais por pais que não vivem juntos (*v.g.*, por estarem divorciados ou separados):

---

[24] Cf. WEBSTER-STRATTON, Carolyn, *Os anos incríveis*, cit., p. 16.

[25] Cf. WEBSTER-STRATTON, Carolyn, *Os anos incríveis*, cit., pp. 21-22. No caso de apoio e aconselhamento, considera-se recomendável que "o psicólogo se desloque aos contextos e faça, *in loco*, uma observação naturalista dos comportamentos, cognições e contextos da vida real, dos familiares e dos interlocutores do quotidiano dos filhos (professores, familiares, treinadores...), criando depois, em conjunto com estes, estratégias integradas de intervenção" (cf. DELGADO-MARTINS, Eva, "A intervenção dos psicólogos em casa das famílias", texto publicado no jornal *Público*, de 18 de Agosto de 2019, disponível em https://www.publico.pt/2019/08/18/impar/opiniao/intervencao-psicologos-casa-familias-1883567). Cf. também ABREU-LIMA, Isabel e outros, *Avaliação de intervenções de educação parental: relatório 2007-2010*, Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2010 (disponível em https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=44610), de que se citam, a seguir, passagens das pp. 1-2: "Actualmente, ser pai ou mãe corresponde ao desempenho de um papel que está sujeito a um escrutínio permanente, interno e externo. [...] A sociedade, através dos seus múltiplos sistemas sociais, sente-se no direito e no dever de zelar pelo superior interesse da criança, em ordem à promoção do seu desenvolvimento, defendendo, simultaneamente, o princípio da responsabilidade parental e o da prevalência da família. [...] Desejando ajudar os pais a responder aos desafios com que se confrontam e a proporcionar contextos de promoção de uma parentalidade positiva, os Estados têm, então, procurado criar e regulamentar medidas de apoio ao desenvolvimento de competências parentais."

[26] Cf. CARVALHO, Álvaro Andrade e de e outros, *Portugal: Saúde mental em números, 2015*, Direcção-Geral da Saúde, 2016, disponível em http://hdl.handle.net/10400.26/15541, p. 11: "Nos últimos anos vários alertas têm surgido, inclusive na comunicação social, sobre a ligeireza com que se fala de hiperatividade infantil, rapidamente transformada em perturbação psicopatológica e, com uma frequência não menos dramática, em prescrição de uma molécula anfetamínica. Esta situação, que começa a ser comum pelo menos no mundo ocidental, tem levado a alertas fundamentados sobre o risco do recurso fácil, e em regra continuado, a substâncias psicoativas em crianças, cujo cérebro tem, como é consabido, um processo de maturação lento e sensível". Os alertas suscitaram a apresentação em 2018 do Projecto de Lei n.º 984/XIII, do PAN, que visava assegurar "a não prescrição e administração de metilfenidato e atomoxetina a crianças com menos de 6 anos de idade" (cf. https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42958).

o exercício em comum *mitigado*[27], o exercício por um só dos progenitores e o exercício com residência alternada.

No modelo de exercício em comum mitigado (consagrado no artigo 1906.º, n.os 1 e 3 do Código Civil), as responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os pais; um dos pais será o progenitor com quem o filho reside habitualmente e o outro será aquele "com quem ele se encontra temporariamente"; as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente da criança são exercidas apenas por um ou apenas por outro, isto é, pelo progenitor com quem ela estiver no momento; todavia, no momento em que a criança estiver com o progenitor não residente, este, ao exercer as suas responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente, "não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente".

De acordo com o n.º 2 do artigo 1906.º do Código Civil, quando o exercício em comum das responsabilidades parentais seja contrário aos interesses do filho, "deve o tribunal através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores". É o que pode acontecer quando, por exemplo, haja prática de violência doméstica pelo outro progenitor (cf. artigo 1906.º-A, alínea b*)*, do Código Civil).

Na sequência da alteração introduzida pela Lei 65/2020, de 4 de Novembro, o n.º 6 do mesmo artigo 1906.º prevê agora que o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido, quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes. Considera-se que a situação é de *residência alternada* sempre que a repartição do tempo de convívio da criança com os pais se situar entre 33 e 50%[28].

No entanto, é admissível que o exercício das responsabilidades parentais se faça de maneira distinta de qualquer um destes três modelos, ao abrigo do disposto no actual n.º 8 do artigo 1906.º.

O acordo dos pais é um factor relevante (cf. n.º 5 do artigo 1906.º), mas, na falta de acordo parental ou quando Ministério Público ou tribunal considerarem que o acordo não acautela devidamente os interesses da criança, haverá fundamento para regular o exercício das responsabilidades parentais. Em qualquer fase do processo de regulação e sempre que o entenda necessário, o juiz pode "nomear ou requisitar assessores técnicos externos, a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres"; e determinar audição técnica especializada[29],

[27] Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, "Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais", *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, (pp. 283-300), p. 294, também disponível em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf.

[28] Cf. MARINHO, Sofia/CORREIA, Sónia Vladimiro, nota de apresentação à obra colectiva *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 11.

[29] Cf. AA.VV., *Manual da audição técnica especializada – Assessoria técnica aos tribunais – Área tutelar cível*, Lisboa: Instituto da Segurança Social, I.P., 2016, disponível em http://www.seg-social.pt/documents/10152/15146343/Manual_Audicao_Tecnica_Especializada.pdf/c454fd87-d72d-4720-99e8-7cf89ece93bd.

que consiste na audição das partes, tendo em vista, nomeadamente, a avaliação diagnóstica das responsabilidades parentais (cf. artigos 22.º e 23.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível). Para fundamentação da decisão, o juiz "solicita a elaboração de relatório, por parte de equipa multidisciplinar de assessoria técnica" (artigo 21.º, n.º 1, alínea e*)*, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível).

Neste quadro, a tomada de decisão judicial sobre a regulação tende a ser condicionada por relatórios sociais, por avaliações psicológicas (feitas quer aos progenitores, quer às crianças envolvidas) e, por vezes, até por pareceres de pedopsiquiatria.[30]

Na área da intervenção para promoção e protecção, o peso da opinião técnica vislumbra-se logo no desenho das comissões de protecção de crianças e jovens, compostas por técnicos "com formação, designadamente, em serviço social, psicologia, saúde ou direito" (artigos 17.º, n.º 1, alínea m*)*, e 20.º, n.º 4, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens) e avulta nas actividades de diagnóstico da situação de perigo, de fixação de prognóstico e, após determinação da medida de promoção e protecção, nas fases de elaboração e concretização do plano de intervenção, bem como de acompanhamento e avaliação.

Não se nega que "há uma dimensão relacional do poder e da forma como ele é exercido, a qual pode ser encontrada na caracterização dada por Michel Foucault ao poder disciplinar e, consequentemente, ao nível da autoridade racional-legal, no sentido weberiano, de que são investidos os técnicos das comissões de proteção. Estes evoluem no terreno não raras vezes como os «donos dos recursos» em contextos de privação material e de direitos".[31]

O conceito de *parentalidade minimamente adequada*, construído pelos técnicos, é central para se aferir se a criança está em perigo (ou meramente em risco), para traçar o futuro da criança em perigo e da respectiva família (sendo que a impossibilidade definitiva de parentalidade minimamente adequada exclui qualquer hipótese de os pais conservarem ou recuperarem o exercício das responsabilidades parentais) e para delinear o formato preciso da intervenção.[32]

Até a medida de promoção e protecção de crianças e jovens em perigo menos restritiva do exercício das responsabilidades parentais (apoio junto dos pais), por comportar apoio psicopedagógico, exige *presença técnica* intensa na vida familiar. E seja qual for a medida aplicada (o referido apoio junto dos pais, o apoio junto de outros familiares, a confiança a pessoa idónea, o acolhimento familiar, o acolhimento residencial, a confiança com vista a adopção), em qualquer das fases, é legalmente imprescindível o contributo das equipas técnicas (cf. artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro; artigos 19.º, n.º 2, e 20.º do Decreto-Lei n.º 139/2019,

[30] Cf. "As decisões judiciais e os relatórios sociais", artigo do *blog* "Família com direitos", disponível em https://familiacomdireitos.pt/a-relacao-de-namoro-e-o-patrimonio-4-2-2-2-2/.

[31] VARELA, Alexandre, "As comissões de proteção de crianças e jovens – A comunidade em ação na promoção e defesa das crianças", in: AA.VV., *Promoção e Proteção*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, livro digital disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PromocaoProtecao2018.pdf, p. 80.

[32] Cf. PEREIRA, Dora Isabel / ALARCÃO, Madalena, "*Parentalidade Minimamente Adequada*: Contributos para a operacionalização do conceito", *Análise Psicológica* (2014), 2 (XXXII), doi: 10.14417/ap.721, (pp. 157-171), p. 167.

de 16 de Setembro; artigos 16.º, n.º 2, e 17.º do Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de Outubro; artigo 9.º do Regime Jurídico do Processo de Adopção).

V. Dois casos *pouco* exemplares

O movimento de transferência de capacidade de decisão sobre a criança da esfera dos pais para a esfera dos profissionais é susceptível de inspirar apreciações positivas e negativas. No entanto, são arriscadas generalizações, como resulta dos dois seguintes casos: *Re T* e *R.K. and A.K. c. Reino Unido*.

No caso *Re T*, a opinião parental prevaleceu (em juízo) sobre a médica. No caso *R.K. and A.K. c. Reino Unido*, um parecer médico inicial levou a que a criança fosse afastada dos seus pais.

No caso inglês *Re T*[33], todos os médicos entendiam que uma criança, que nascera em Abril de 1995, devia ser submetida a transplante de fígado, sem o qual não chegaria a completar dois anos e meio de idade; em contrapartida, a realização do transplante, acompanhado da administração de medicamentos imunossupressores (para evitar a rejeição do órgão implantado), permitiria provavelmente muitos anos de vida, com um desenvolvimento normal. Como a mãe, titular exclusiva das responsabilidades parentais, não autorizava a operação (sendo nisto secundada pelo pai), a questão foi apreciada por tribunal, que ordenou a realização do transplante.

No entanto, na sequência de recurso interposto pela mãe, a sentença do tribunal de primeira instância foi revogada pelo *Court of Appeal*, que decretou que fosse acatada a recusa maternal de transplante. Não obstante o voto unânime dos três juízes do tribunal de segunda instância, a fundamentação aduzida por cada um foi distinta, tendo ficado (negativamente) célebre a que foi apresentada por um deles, Elizabeth Butler-Sloss: no caso, havia que considerar a mãe e o filho não como duas entidades separadas, mas como uma unidade; a decisão judicial de autorizar a operação afecta os pais e o filho; o bem-estar do filho depende do bem-estar da mãe[34]; dada a forte ligação entre a mãe e o bebé, a sentença de primeira instância não teria sido conforme aos melhores interesses da criança, por contrariar a mãe e não ter ponderado devidamente as dificuldades anímicas e práticas que esta enfrentaria se tivesse de cuidar do filho após eventual transplante.

Este caso[35], é, no mínimo, estranho[36], ao partir do princípio de que a única solução aceitável é a de que uma criança de tenra idade morra junto dos pais, quando havia

[33] *Re T (a minor) (wardship: medical treatment)* [1996] EWCA Civ 1313, disponível em http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1996/1313.html.

[34] *Re T (a minor) (wardship: medical treatment)*, cit.: "This mother and this child are one for the purpose of this unusual case and the decision of the court to consent to the operation jointly affects the mother and son and it also affects the father. The welfare of this child depends upon his mother."

[35] Objecto de análise desenvolvida em PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança: Vida e corpo nas mãos de pais e médicos?*, Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 84-96.

[36] Cf. LAURIE, G. T./HARMON, S. H. E./PORTER, G., *Mason & McCall Smith's law & medical ethics*, 10.ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 540: "*Re T* remains something of an aberration to this day".

procedimento médico com boas perspectivas de sucesso e a possibilidade de, após o transplante, o doente pediátrico ser confiado, provisoria ou definitivamente, a outros cuidadores que não os pais.

No caso *R.K. and A.K. c. Reino Unido*[37], a criança M., nascida em 24 de Julho de 1998, cerca de dois meses depois foi levada pelos pais e pela avó para o hospital, onde lhe foi diagnosticada uma fractura de fémur. Não obstante as tentativas de explicação dos ascendentes, que eram imigrantes e não dominavam a língua inglesa, os profissionais de saúde, incluindo um médico pediatra, não acreditaram que a fractura tivesse sido causada acidentalmente (pela avó, ao pegar na bebé). Deste modo, a criança foi retirada aos pais, tendo sido confiada a uma tia, primeiro a título cautelar e mais tarde por decisão judicial definitiva que não deu credibilidade aos depoimentos dos ascendentes (que insistiam que nada tinha sido feito para causar a lesão).

Estando aos cuidados da tia, M. voltou em 29 de Março de 1999 ao hospital, onde foi apurado que tinha fracturas bilaterais do fémur. Feitos vários exames, descobriu-se que a bebé padecia de osteogénese imperfeita, doença que provoca fracturas não imputáveis a acto lesivo humano, vulgarmente conhecida como *doença de ossos de vidro ou cristal*. Ainda assim, só foi permitido o regresso da criança a casa dos pais em 17 de Junho de 1999. Entretanto, os pais enfrentaram a incompreensão das autoridades e da própria comunidade em que se integravam.

Indignados com a situação, esgotadas as instâncias internas de compensação, os pais apresentaram em 2005 queixa no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, invocando, designadamente, atitude negligente dos profissionais de saúde, por não terem realizado oportunamente testes para verificar se M. sofria ou não de osteogénese imperfeita.

O Tribunal de Estrasburgo, por um lado, concluiu que se não podia censurar o Reino Unido por M. ter sido retirada aos pais, dado que se estava perante doença rara e a atitude das autoridades fora motivada por preocupação sincera com a segurança da criança; por outro lado, condenou o Estado por violação do artigo 13.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em virtude de à época o ordenamento do Reino Unido não assegurar aos pais meio de recurso interno das decisões tomadas pelas autoridades em violação dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.

Nevermore? *Nunca mais* um erro de diagnóstico no Reino Unido, por não detecção de osteogénese imperfeita?

Num texto técnico em língua portuguesa publicado cerca de dois anos depois do tempo correspondente ao da factualidade do caso *R.K. and A.K. c. Reino Unido*, lê-se: "É de ressalvar o facto de que sempre que se suspeite de um caso de maus tratos infantis, impõe-se o despiste de outros diagnósticos diferenciais (osteogénese imperfeita, sífilis congénita, escorbuto, púrpura trombocitopénica idiopática, eritema multiforme, etc.), a fim de se evitar falsos rótulos a pais inocentes."[38]

---

[37] *R.K. e A.K. c. Reino Unido*, queixa n.º 38000 (1)/05, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 30 de Setembro de 2008, disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88585.

[38] MARIANO, Liliana Maria De Oliveira Figueiredo, "Criança maltratada", *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, v. 17, n. 6 (2001), disponível em https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/9858/9596, (pp. 459-469), p. 467.

Em 2007, novamente no Reino Unido, Paul Crummey e Amy Garland foram acusados de usar violência contra o bebé Harrison semanas após seu nascimento, quando o levaram para o hospital e os médicos encontraram oito fracturas em seus braços e pernas. Os dois foram presos e proibidos de ficarem sozinhos com Harrison. Quase um ano e meio se passou até que médicos e assistentes sociais do governo descobrissem que o menino sofria de osteogénese imperfeita.[39]

Conclusão

No domínio do cuidado das crianças, transitou-se da era do poder paternal para a do poder da opinião técnica, com transferência relevante da faculdade de decisão dos pais para os profissionais da infância.

É certo que o século XX, dito "século da criança", também reconheceu a esta margem de participação no processo de decisão respeitante aos seus próprios interesses (cf., nomeadamente, 1878.º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil, e artigo 12.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança). Contudo, a participação engloba quatro níveis: ser informado, ser ouvido, ter a própria opinião tida em conta e decidir[40]. O grau máximo de participação – decidir – raramente é acessível à criança. Quanto ao acesso aos três restantes níveis de participação: por um lado, não é irrestrito, dependendo da capacidade de discernimento, idade e maturidade da criança; por outro lado, assenta frequentemente na intermediação dos profissionais da infância, que tendem a ser considerados como as pessoas mais qualificadas quer para aferir da capacidade de maturidade e de discernimento da criança, quer para *traduzir* as respectivas declarações, verbais e não verbais[41].

[39] Cf. "Diagnóstico de doença óssea em bebê inocenta pais acusados de crueldade", notícia da BBC, de 17-08-2011, disponível em http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/08/diagnostico-de-doenca-ossea-em-bebe-inocenta-pais-acusados-de-crueldade.html.

[40] Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais* p. 50.

[41] Cf., por exemplo, AA.VV., *Manual da Audição da Criança – Direito a ser ouvida – Assessoria Técnica aos Tribunais – Área Tutelar Cível*, Lisboa: Instituto da Segurança Social, I.P., 2017, disponível em http://www.seg-social.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC_V_revista%207%20mar%C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

EL DEVENIR DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* (LA ACTUALIDAD DE UN PRINCIPIO QUE DEMANDA SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL)

Carmen Sánchez Hernández[*/**]

SUMARIO: Introducción; I. La realidad de un principio jurisprudencial; II. Modelos de regulación dignos de mención; III. La cláusula *rebus* en otros ordenamientos: especial atención al Derecho civil portugués; IV. Bases para la aplicación de la cláusula; V. La renegociación del contrato frente a la resolución: la modificación judicial como mal menor; VI. La referencia expresa a la cláusula *rebus* en tiempos de la COVID-19; Conclusiones.

Introducción

El Tribunal Supremo revisó, como consecuencia de la crisis financiera de 2008, su posición en torno a la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus,* estableciendo las bases del que parecía ser el nuevo régimen de este principio. Como fue reconocido en la STS 13 de julio de 2017[1], nuestro Derecho carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración de las circunstancias, aunque existen dispersas a lo largo del ordenamiento, expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, las cuales introducen excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias de los principios *pacta sunt servanda* y responsabilidad del deudor.

La cláusula *rebus* ha sido objeto de un importante debate por parte de la doctrina española, la cual no siempre ha defendido los cambios que la jurisprudencia ha experimentando en esta materia. En este sentido, se encuentran aquellos que la valoran de forma positiva e interpretan que es producto de una adaptación de las instituciones a la nueva realidad social; mientras que otros, la consideran un atentado contra la seguridad jurídica, en la medida en que pone en peligro la fuerza vinculante defendida en sede de contratos.

El estudio de esta cláusula está sujeto al análisis del contenido preestablecido en las relaciones jurídicas, atendiendo a unas circunstancias contextuales concretas

[*] Profesora Titular de Derecho Civil (acreditada a Catedrática). Facultad de Derecho. Universidad de Málaga.

[**] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Derechos y garantías de las personas vulnerables en el estado de bienestar", Código: UMA-FEDERJA 175, Programa Operativo Feder Andalucía, del que soy investigadora principal.

[1] RJ 2017/3962.

y las consecuencias que el cambio de las mismas tiene en la ejecución de la relación pactada. Lo único que no puede ser objeto de discusión, según DÍEZ-PICAZO[2], es que una "alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar una modificación del régimen jurídico de la relación contractual y del sistema de organización de intereses estatuido entre las partes"

No obstante, no es posible obviar el principio fundamental en materia de derecho de obligaciones y contratos, en virtud del cual hay que cumplir lo pactado, exigencia de la seguridad jurídica[3] y una condición necesaria para el funcionamiento del sistema económico[4], el cual es objeto de regulación en los arts. 1091, 1256 y 1258 del C.c. Principio que no es incompatible con el reconocimiento en contratos de tracto sucesivo o único de cumplimiento futuro, de una posible revisión de las condiciones que fueron pactadas, es decir, el reconocimiento de determinados efectos jurídicos a la alteración sobrevenida de las circunstancias que convierten a la prestación en excesivamente onerosa (pero no imposible) para alguna de las partes, pudiendo provocar la frustración del fin del contrato, permitiendo la aplicación de esta cláusula, una revisión que posibilite el restablecimiento del equilibrio entre las partes o, incluso, la resolución.

El ordenamiento jurídico debe en materia de contratos, como en otras, ofrecer un justo equilibrio entre dos parámetros fundamentales, tales son, el principio de obligatoriedad y la posibilidad de revisar el contrato con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, cuando el equilibrio entre las partes ha desaparecido. Esto no tiene por qué implicar[5], el establecimiento de una regla de carácter general sobre cuál de las dos soluciones debe prevalecer ante el caso, sino que habrá que estar a las circunstancias concurrentes con el fin de otorgar una respuesta justa y adecuada[6].

El desarrollo jurisprudencial experimentado en el ordenamiento español, merece una respuesta legal, aún más acuciante ante la crisis económica provocada por la

---

[2] *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Pamplona: Thomson Civitas, 2008, 6ª edic., p. 1068.

[3] FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, Encarnación, "La alteración de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico", *Persona y Derecho*, Vol. 74, (2016), (pp. 291-318) p. 294.

[4] MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz Mª., "La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho comparado y en los textos internacionales", en AA.VV., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrina de la figura* (Coord. Francisco J. Orduña Moreno y Luz Mª. Martínez Velencoso), Pamplona: Editorial Aranzdi, 2013, (pp. 1-342) p. 25.

[5] VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, "El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*", *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 4, (2015), (pp. 65-94), pp. 66-67.

[6] Como ha manifestado FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, "La alteración sobrevenida, cit.", p. 293, "frente a la visión formalista del Derecho y de los contratos en particular convertidos en vínculos sagrados e inalterables, la doctrina *rebus sic stantibus* es inherente a la consideración del derecho como fenómeno histórico susceptible de evolución y de adaptación a la realidad, a las circunstancias de tiempo y de lugar. Ahora bien, esto comporta un importante desafío: el de evitar caer por esta vía en la arbitrariedad y en la inseguridad jurídica".

COVID-19. La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales exige en España de una respuesta legal como existe en Alemania, Italia, Francia y Portugal[7].

En el presente trabajo se replantea la importancia de este principio, así como su necesaria regulación, para dotarla de las máximas garantías en su aplicación práctica, con el fin de acabar con esa tendencia que acompaña a la cláusula *rebus*, tal es, resurgir en tiempos de crisis[8], lo cual puede constatarse mediante el estudio de la legislación elaborada como consecuencia de la COVID-19.

I. La realidad de un principio jurisprudencial

El cumplimiento de un contrato en muchas ocasiones y por diversas causas resulta ser excesivamente oneroso tras su celebración, lo que no supone su imposible cumplimiento[9]. El principio *pacta sunt servanda* es una limitación para la aplicación de la cláusula *rebus*, que se enfrenta a una ausencia de previsión legal expresa[10]. Sin embargo, las situaciones sociales han reclamado su operatividad y los tribunales sensibles a estas han permitido su aplicación, intentado, en ocasiones, su promoción y, en otras, disuadir del recurso a la misma, pero siempre reconociendo su existencia como mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual. Nos encontramos pues, ante un contrato válido que, debido a la modificación de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, resulta de difícil cumplimiento para una de las partes contratantes, la cual, en atención al contenido del art. 1256 C.c., no puede unilateralmente dar por concluida la relación jurídica[11].

[7] Como apuntó el TS en Sentencia 6 de octubre de 1987 (RJ 1987/6720), "no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, de forma continuada, haya de producirse".

[8] PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret*, núm. 4, (2015), (pp. 1-54), p. 12, ha señalado que "la *rebus*, como advierten la generalidad de los autores, dentro y fuera de nuestro país, es una figura que renace en épocas de crisis".

[9] La diferencia conceptual entre el supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y de aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus* es evidente, en teoría, pero en la práctica la delimitación de los casos no está exenta de dificultad. Resulta ilustrativa en este aspecto, la STS 1 de junio de 2010 (RJ 2010/2661), en la cual se establecen las diferencias entre la cláusula *rebus* y los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la prestación. Sobre esta sentencia, MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz Mª., "Riesgo negocial v. cláusula *"rebus sic stantibus"*, *InDret*, núm. 1, (2011), (pp. 1-17), pp. 3-9.

[10] El Código Civil tiene 131 años y adolece de una anomalía, tal es, no contemplar la cláusula *rebus*, no la prohíbe, pero no la regula, lo cual no significa que no pueda ser aplicada, lo que han hecho los tribunales.

[11] La SAP de Alicante (Sección 6ª), 23 de noviembre de 2000 (JUR 2001/52108), establece que "como regla general, y por exigencias de la seguridad jurídica, ese principio de inalterabilidad del contrato opera aun cuando la vida, en su continuo fluir, traiga consigo una alteración de las circunstancias, ajena a la actuación y a la voluntad de las partes. Mas a veces, y sobre todo en momentos de crisis económica, o cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva y larga duración, ese cambio de circunstancias puede hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o pudo convertir el contrato en objetivamente injusto. En tales supuestos el derecho puede reaccionar frente a esos eventos con tres tipos de soluciones: a) Las de naturaleza contractual, en las cuales las propias partes prevén la posible alteración de las circunstancias y toman medidas cautelares contra ella; b) Las de tipo legal en que es el propio Estado el que en un determinado momento dicta leyes de aplicación general para atender a las circunstancias especiales; c) Las de tipo judicial, por las que se confía a los tribunales la facultad de fallar

La ausencia de reconocimiento legal de la cláusula *rebus* ha ocasionado, con cierto movimiento pendular, la asunción de esta competencia por los tribunales, que han procedido a su delimitación, estableciendo los requisitos, así como los posibles efectos de su aplicación[12]. Desde mi punto de vista, en el estudio de la realidad jurisprudencial de este principio, podemos diferenciar cuatro etapas, y dentro de una de ellas, es posible apreciar dos fases claramente delimitadas[13]:

1. Primera etapa, en la cual no se admite la aplicación de la cláusula en la medida en que, por un lado, no está establecida como norma general y bien perfilada en el Derecho español; y, por otro lado, se parte de que las circunstancias alegadas por las partes podrían haber sido previstas por estas en los contratos[14]. Interpretación restrictiva en lo que a su aplicabilidad se refiere, lo que se traduce en el mantenimiento de la obligación de las partes de cumplir el contrato en los términos inicialmente pactados[15].

2. Segunda etapa, caracterizada por el inicio de una cierta normalización, aunque todavía se pueden encontrar manifestaciones jurisprudenciales de marcado carácter restrictivo[16], en la que son perfilados los requisitos para su aplicabilidad[17], así como

contra la fuerza vinculante de las convenciones, previo al ejercicio de la correspondiente acción por una de las partes".

[12] Vid. DIEZ-PICAZO, Luis, "La cláusula *rebus sic stantibus*", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 26, (1996), (pp. 669-686); CARRASCO PERERA, Ángel, "Equidad, cláusula *rebus sic stantibus*, nominalismo en deudas de dinero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 8, (1985), (pp. 2581-2590); SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª, Paz, *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid: Editorial Tecnos, 1990; De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2003; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz Mª., *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Madrid: Editorial Thomson Cívitas, 2003; GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

[13] GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, (pp. 455-490), p. 463, admite que cabe subdividir la jurisprudencia en tres etapas.

[14] Vid. entre otras, SSTS 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940/1135); 17 de mayo de 1941 (RJ 1941/632); 5 de junio de 1945 (RJ 1945/698); 21 de octubre de 1958 (RJ 1958/3110); 6 de junio de 1959 (RJ 1959/3026) y 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962/5005).

[15] SSTS 31 de octubre de 1963 (1963/2120); 27 de junio de 1984 (1984/3488); 17 de mayo de 1986 (RJ 1986/2725); 13 de marzo de 1987 (RJ 1987/1480); 6 de octubre de 1987 (RJ 1987/6720); 23 de marzo de 1988 (RJ 1988/2228); 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/6927); 21 de febrero de 1990 (RJ 1990/707); 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/8049); 12 de noviembre de 1990 (RJ 1991/8701); 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2691); 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3023); 8 de julio de 1991 (RJ 1991/5376); 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9481); 15 de marzo de 1994 (RJ 1994/1784); 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216); 4 de octubre de 1996 (RJ 1996/7032); 10 de febrero de 1997 (1997/65) y 23 de junio de 1997 (RJ 1997/5201). No obstante, cabe apreciar en esta fase un cierto cambio de actitud por parte del TS en la Sentencia 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164), la cual establece los requisitos que deben concurrir para que proceda su aplicación: 1º. Alteración extraordinaria de las circunstancias durante la ejecución del contrato respecto de las que existían en el momento de su celebración; 2º. Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, lo que produce un desequilibrio; y 3º. Que estas alteraciones se fundamenten como consecuencia de circunstancias imprevisibles.

[16] SSTS 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214); 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343); 28 de diciembre de 2001 (RJ 2001/1650); 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/4573); 21 de marzo de 2003 (RJ 2003/2762); 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6900); 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673) y 18 de junio de 2004 (RJ 2004/3631).

el reconocimiento de su carácter subsidiario para aquellos supuestos en los que no es posible otro recurso[18].

3. Tercera etapa, llamada de "normalización de la cláusula", con dos fases: una primera, en la que destacan la STS 8 de noviembre de 2012[19], que ante la crisis económica no puede descartar la aplicación de la cláusula *rebus*, aunque finalmente se muestra partidaria de la resolución del contrato, y la STS 18 de enero de 2013[20], que niega su aplicación, ya que desde la firma del contrato hasta la fecha en que los demandantes solicitan la resolución, corre un breve periodo de tiempo durante el cual no se aprecia el cambio de circunstancias alegado; y, una segunda, de elaboración de la teoría de la cláusula *rebus* y de "normalización", en principio se ha pensado que ya absoluta, en base a las SSTS 30 de junio de 2014[21] y 15 de octubre de 2014[22]. En ambas se aplica la cláusula a un litigio surgido entre dos empresas. En esta etapa de "normalización", la recesión económica se configura como la circunstancia extraordinaria o imprevisible sobre la que se va a sustentar la alegación de la cláusula *rebus,* con el fin de reconducir los términos del contrato a la nueva realidad conforme a los parámetros de la buena fe. Si bien se ha comentado que, ambas sentencias aplican la cláusula a un litigio entre empresas, a finales del mismo año, en concreto, en las SSTS 11 y 19 de diciembre[23], el TS limita nuevamente la aplicación de la cláusula en las relaciones interempresariales[24].

4. Cuarta etapa, que podemos considerar de ¿"desnormalización o retroceso"?, en la medida en que se está regresando a una aplicación restrictiva[25].

---

[17] SSTS 21 de mayo de 2009 (RJ 2009/3187); 20 de noviembre de 2009 (2009/7296) y 21 de febrero de 2012 (RJ 2012/4524).

[18] STS 27 de abril de 2012 (RJ 2012/4714).

[19] RJ 2012/2402.

[20] RJ 2013/1604. En el mismo sentido, STS 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819). En ambas sentencias el TS considera por primera vez que la crisis económica, puede ser un evento a tener en cuenta para la utilización de esta cláusula, lo que no implica el reconocimiento de su posible aplicación de una forma generalizada ni automática, siendo necesario un análisis en torno a que el cambio que se ha producido tiene una consecuencia jurídica digna de atención en cada caso concreto planteado. Ello conduce a considerar en ambas sentencias que la crisis económica no constituye por sí misma el fundamento en base al cual aplicar de forma general esta cláusula. Vid. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Cláusula *rebus sic stantibus* en la compraventa de inmuebles y crisis económica: Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013)", en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), Madrid: Editorial Dykinson, Vol. 6, 2016, (2013-2014), pp. 83-94.

[21] RJ 2014/3526.

[22] RJ 2014/6129.

[23] RJ 2014/6374 y RJ 2014/6625.

[24] LUNA YERGA, Álvaro/XIOL BARDAJÍ, María, "*Rebus sic stantibus*: ¿un paso hacia atrás?", *InDret*, núm. 2, (2015), (pp.1-13), pp. 10-11, refieren sobre el particular el Auto del TS 28 de enero de 2015, reconociendo que el TS da un paso atrás en la aplicación de la referida doctrina en lo que al marco de una actividad empresarial se refiere, pues la crisis financiera no puede considerarse imprevisible o inevitable. En el mismo sentido, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, "El "vaivén" de la moderna jurisprudencia, cit.", p. 91.

[25] SSTS 9 de enero de 2019 (RJ 2019/5); 15 de enero de 2019 (RJ 2019/146); 22 de enero de 2019 (RJ 2019/159); 2 de julio de 2019 (RJ 2019/3010); 6 de marzo de 2020 (RJ 2020/791); y Auto TS 10 de junio de 2020 (RJ 2020/1642). Vid. las críticas de ORDUÑA MORENO, Francisco J., "*Cláusula Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de "larga y corta duración". Una clasificación carente

A estas etapas jurisprudenciales claramente diferenciadas, cabe añadir la que ya se ha iniciado como consecuencia de la COVID-19. En concreto, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, merecen especial atención, Auto 447/2020 JPI nº 81 de Madrid, de 25 septiembre[26]; Auto 348/2020 JPI nº 31 de Barcelona, de 21 de septiembre[27]; Auto 229/2020, JPI nº 74 de Madrid, de 13 de agosto[28]; Auto 256/2020 JPI nº 1 de Valencia, de 25 de junio[29]; Auto 155/2020 JPI nº 60 de Madrid, de 30 de abril[30]; Auto 124/2020 JPI nº 3 de Zaragoza, de 29 de abril[31]; Sentencia 3/2021 JPI nº 8 de Valladolid, de 12 enero[32]; Sentencia 1/2021 JPI nº 20 de Barcelona, de 8 de enero[33] y Auto 43/2021 AP (Sección 8ª) de Valencia, de 10 de febrero[34].

II. Modelos de regulación dignos de mención

En ese constante intento por regular la cláusula *rebus*, estimo que caben destacar una serie de modelos, que no son los únicos, pero que sí responden al contexto social y económico en los que deben ser aplicados, tales son[35]:

1º. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de 1973, en cuya Ley 493.3[36], regulaba la alteración sobrevenida en las circunstancias, y en la reciente reciente modificación y actualización mediante la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril[37], recoge en su Ley 498 la cláusula *rebus*, en estos términos: "cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá

de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social", *Revista de Derecho Vlex*, 19 de abril de 2020, https://opp—vlex-com.uma.debiblio.com (consulta realizada, 12.10.2020).

[26] SP/NOT/1396. Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, "Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a arrendamientos de salas de fiestas. A propósito del auto de 25/9/2020", *Hay Derecho* 14 de octubre de 2020 https://hayderecho.expansión.com/2020/10/14/.

[27] SP/NOT/1395.

[28] SP/AUTRJ/1065716.

[29] SP/AUTRJ/1056598.

[30] SP/AUTRJ/1055687.

[31] SP/AUTRJ/1057278.

[32] JUR 2021/12576.

[33] JUR 2021/9677.

[34] JUR 2021/43113.

[35] Cabe referir, asimismo, en el Derecho Contractual Europeo, el tratamiento del cambio de las circunstancias en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) en el art. 6.111; la alteración de las circunstancias en el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR) en el art. III.-1:110 en el que se habla de "novación o resolución judicial"; y, los Principios UNIDROIT (PICC) sobre los contratos comerciales internacionales (art. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3), que contienen una completa regulación sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias.

[36] EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. Ángeles, "Comentario a la Ley 493", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra* (Dir. Enrique Rubio Torrano), Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002, (pp. 1664-1673).

[37] BOE-A-2019-8512.

esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución".

2º. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección Civil) de 2009[38], en cuyo art. 1213 se establece que "si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria o imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".

3º. El Anteproyecto de Código Mercantil de 2014[39], en el art. 416.2 sobre la excesiva onerosidad, reconoce que[40]: "1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.

Si no alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos"[41].

---

[38] Gobierno de España/Ministerio de Justicia. Año LXIII, Enero, 2009. Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009. Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, (2011), (pp. 1-49); VIVAS TESÓN, Inmaculada, "Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato: *¿pacta sunt servanda?", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 1, (2013), (pp. 113-131), pp. 127-129.

[39] Gobierno de España/Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía y Competitividad, Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, accesible en www.mjusticia.gob.es (consulta realizada, 15.10.2020).

[40] Las diferencias entre ambos textos han sido puestas de manifiesto por PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "Riesgo imprevisible, cit.", p. 7.

[41] El art. 526.5 de la Propuesta de Código Civil, elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que bajo la "alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato", establece que: "1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circusntancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y, c) El

III. La cláusula rebus en otros ordenamientos: especial atención al Derecho civil portugués

No se pretende en este apartado llevar a cabo un análisis exhaustivo de la situación legal en otros países de nuestro entorno, solamente manifestar con ello la idoneidad, por no decir, la necesidad de la regulación en España de la cláusula *rebus.*

El BGB tras la reforma operada en 2002 contempla en el § 313 la doctrina de la base del negocio jurídico, en virtud de la cual: 1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio se modifican sustancialmente después de la celebración del contrato, de manera que las partes no hubieran concluido el contrato o lo habrían hecho de otro modo si hubieran podido prever dicho cambio, puede ser exigida una adaptación del contrato, en la medida en que no se le pueda exigir a una parte la sujeción al contrato originario teniendo presentes todas las circunstancias del caso concreto, especialmente, la distribución contractual o legal del riesgo. 2. Equivale a una modificación de las circunstancias cuando las representaciones esenciales que han constituido la base del contrato resultan falsas. 3. Si no es posible una adaptación del contrato o no es exigible para una parte, la parte perjudicada puede desistir del contrato. En lugar del derecho de desistir tiene el derecho de resolución en las relaciones jurídicas de tracto sucesivo[42].

El C.c. italiano regula la excesiva onerosidad sobrevenida en los arts. 1467 y ss.[43]. En concreto, el art. 1467 establece que en los contratos de ejecución continua o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha vuelto excesivamente onerosa debido a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe dicho cumplimiento puede solicitar la resolución del contrato, salvo que la onerosidad sobrevenida entre dentro del ámbito normal del contrato (es decir, dentro del ámbito de riesgo normal del contrato). Añade, asimismo, que la parte contra la que se solicita la resolución puede llegar a evitarla ofreciendo una modificación de los términos del contrato de una manera equitativa. Por su parte, el art. 1468 determina que, en el caso anteriormente previsto, si nos encontramos ante

---

contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato. 3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución". Vid. en AA.VV., *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid: Editorial Tecnos, 2018, (pp. 1-884), (pp. 687-688). Asimismo, cabe citar, la Propuesta de la Fundación FIDE y el European Law Institute, la cual incluye, entre los principios elaborados por la COVID-19, uno específico sobre el cambio de circunstancias, tal es, el 13.2. Sobre estas iniciativas, GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, "El impacto del COVID-19, cit.", pp. 464-465.

[42] Vid. OERTMANN, Paul, *Die geschäftsgrundlage. Eine neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921; LENEL, Otto, "La cláusula *rebus sic stantibus*", Traducción de W. Roces, *Revista de Derecho Privado*, núms. 118 y 119, 1923, (pp. 193-206); LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Granada: Editorial Comares, 2002. Sobre el significado de la base del negocio en el Derecho español, De CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, (pp. 1-550), pp. 325-326.

[43] Vid. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 1061-1062 y GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida*, cit., pp. 205-217.

un contrato en el que solamente una de las partes ha asumido obligaciones, esta puede solicitar una reducción de su prestación o una modificación en la modalidad de ejecución o cumplimiento, suficiente para restablecer la equidad[44].

El C.c. francés hasta hace relativamente poco tiempo no trataba de forma directa el problema que el cambio o alteración de las circunstancias ocasiona en el ámbito contractual, a pesar de que fue en el sistema jurídico francés donde se reforzó la teoría de la imprevisión en relación con la contratación pública en el Derecho Administrativo[45]. Así, con la Ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations[46], la alteración de las circunstancias tiene acceso en el art. 1195 Code. Hasta entonces hubo un rechazo, casi unánime, hacia la revisión judicial de los contratos, por la resistencia del principio de inmutabilidad y un amplio uso de los recursos creados por el acuerdo entre las partes que objetivamente restablecen el equilibrio perturbado con la alteración o cambio de las circunstancias, mediante el establecimiento de cláusulas que permiten la revisión de los pactos en el curso de su aplicación, como la cláusula de sauvegarde (equivalente a las cláusulas hardship)[47].

La alteración de las circunstancias es objeto de regulación en los arts. 437º a 439º del C.c. portugués, bajo la denominación "resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias". El art. 437.1º determina que, si existe una variación anormal de los antecedentes de hecho o económicos en el que las partes han fundado su decisión de contratar, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato o solicitar su modificación de acuerdo con juicios de equidad[48]. Continúa el precepto

[44] PERNICE, Carla, "Efectos de la pandemia de Covid-19 sobre el destino de los contratos a largo plazo: buena fe suplementaria y obligación de renegociar (Tribunal de Roma, orden del 27 de agosto de 2020)", *Boletín IDIBE*, octubre 2020, (https://idibe.org/boletin/), estima que "si existe una contingencia en el sustrato fáctico y jurídico que constituye el supuesto del acuerdo negociado, como la determinada por la pandemia de Covid-19, la parte que recibe una desventaja por la prolongación de la ejecución del contrato en las mismas condiciones acordadas inicialmente tiene la posibilidad de pedir una renegociación, a pesar de que según el texto reglamentario del art. 1467, párrafo 3, del Código Civil y la orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el punto, el ajuste de las condiciones contractuales "desequilibradas" sólo puede ser invocado por la parte beneficiada por lo imprevisto y demandada con la acción de resolución. Así lo dictaminó el Tribunal de Roma en una orden emitida el 27 de agosto de 2020, que basó su razonamiento en los cánones de la buena fe en sentido objetivo y de la solidaridad, a pesar de la ausencia de una cláusula específica de renegociación, ha vuelto a determinar de manera equitativa los alquileres de una propiedad recurriendo a la buena fe integradora".

[45] Vid. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 1060-1061; De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus*, cit., pp. 76-78; GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida*, cit., pp. 179-204.

[46] https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939/

[47] En el ámbito empresarial, Vid. FENOLLAR GONZÁLEZ, María, "Las cláusulas MAC (Material Adverse Change) en los procesos de fusión y adquisición de empresas en el ordenamiento jurídico español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, núm. 12, (2019), (pp. 195-220), (pp. 216-217), destacando el análisis diferenciado entre las MAC y la cláusula *rebus*.

[48] Como ha referido PEREIRA DUARTE, Diogo, "Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252º, nº 2, e 437º do Código Civil", *O direito*, nº 139, 1, (2007), (pp. 141-213), pp. 151 e 155-162, el Código Civil portugués adapta directamente la teoría de la base del negocio jurídico construida por Larenz y Windscheid, desde luego en el art. 252º, nº 2, de forma expresa,

condicionando la aplicación de la disposición a que, el requisito del cumplimiento del contrato ponga en tela de juicio el principio de buena fe y que la modificación de las circunstancias no se encuentre cubierta por los riesgos del contrato. En el pfo. 2º del citado artículo se establece que, si la parte perjudicada solicita la resolución, la otra parte puede oponerse a lo pedido y declarar que acepta la modificación del contrato. La legislación portuguesa exige, pues, que la alteración de las circunstancias sea relevante y anormal y que el requisito de la obligación de la parte perjudicada sea contrario a los principios de buena fe contractual y no esté cubierto por los riesgos inherentes al contrato.

La doctrina admite los siguientes requisitos para el ejercicio del derecho a promover la extinción o modificación del contrato resultante de la alteración sobrevenida de las circunstancias: a) Que las circunstancias alteradas integren la base del negocio; b) Que el cambio sea anormal; c) Se haya producido después de la conclusión del contrato; d) Que una de las partes resulte gravemente lesionada por esa alteración; e) Que la modificación del contexto no esté cubierto por los riesgos inherentes al contrato; y, f) Que la exigencia de cumplimiento del acuerdo afecte gravemente a los principios de buena fe[49]. El art. 438º excluye la aplicación de lo previsto en el art. 437º, si la parte perjudicada está en mora en el momento en que se produce la alteración de las circunstancias. Requisito este innecesario en la medida en que la cláusula *rebus* es más que suficiente para legitimar la exclusión de una posible revisión de los contratos en estos supuestos[50].

El cambio relevante en el marco tanto fáctico, como económico de la base del negocio, se rige, por regla general, por los principios de imprevisibilidad, según los cuales la alteración de las circunstancias debe ser imprevisible en el momento de la celebración del contrato, y de anormalidad (entendida como excepcionalidad o carácter extraordinario del cambio), por lo que la alteración de las condiciones debe estar absolutamente fuera de la línea de evolución natural de los eventos, según el patrón de un hombre medio. El C.c. portugués no exige expresamente que el cambio sea

al prever el error sobre la base del negocio, y también en el art. 437º, de manera implícita, a propósito de la resolución o modificación del contrato por alteración o cambio de las circunstancias que fundamentaban la voluntad de contratar.

[49] La doctrina portuguesa difiere a la hora de precisar los requisitos, Vid. entre otros, DUARTE, Rui Pinto, "Possibilidade de alteração unilateral de obligações contratuais (em especial, as resultantes de contratos de financiamento)", *en Jurisdição da Família e das Criançãas, Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial, Ações de formação 2011-2012, Textos dispersos*, Lisboa, CEJ, (pp. 107-120), http://www.cej.mj.pt (consulta realizada, 20.09.2020), quien reduce los requisitos establecidos a dos requisitos positivos (alteración anormal de las circunstancias y lesión grave), y un requisito negativo (los efectos de la declaración no están incluidos en el programa contractual), a lo que añade un presupuesto: las partes han basado su decisión de contratar en determinadas circunstancias. ALMEIDA SANTOS, António de, *A teoría da imprevisão ou da superveniencia contratual e o novo Código Civil*, Lourenço Marques, Minerva Central, (1972), (pp. 73-90), resume los requisitos a la esencialidad (alteración anormal y extraordinaria no incluidas en el alea del contrato y que resulte que la exigencia del cumplimiento de la obligación viola frontalmente el principio de buena fe), imprevisibilidad (calidad de los hechos tan previsibles como sea posible, pero que su acontecimiento era incierto o poco probable, reconducible a un deber de previsión, según la diligencia esperada de un buen padre de familia y la buena fe), y, la inimputalidad (las partes no pueden beneficiarse de las alteraciones originadas por sus propias conductas ilícitas o culposas).

[50] Vid. ALMEIDA SANTOS, António de, *A teoría da imprevisão, cit.,* p. 87.

imprevisible, sino solamente anómalo, lo que conducirá a resultados similares, en la medida en que el requisito de la imprevisibilidad depende de la magnitud del riesgo asumido por las partes contratantes y del análisis que estas deben hacer de las posibles fluctuaciones normales del contrato causadas por accidentes que, dada su probabilidad de producción, deben ser considerados[51].

En consecuencia, teniendo el C.c. portugués establecida la exigencia de la alteración anormal, esta se complementa con la verificación del alcance de los riesgos inherentes al contrato y del alea normal de este. Por lo tanto, el art. 437.º, n.º 1, del C.c. portugués, exige solo el requisito de la "anormalidad", con lo que se aplica incluso si la alteración de las circunstancias es previsible, siempre que tenga o se dé un cuadro de excepcionalidad[52].

IV. Bases para la aplicación de la cláusula

El recurso a la cláusula *rebus* con carácter general es, desde mi punto de vista y a la luz de lo establecido en los ordenamientos que la regulan, muy cuestionable. El principio de seguridad jurídica resulta ser crucial para determinar su posible juego, lo que, en mi opinión, paraliza su aplicación a todo supuesto de alteración de las circunstancias. Lo contrario, conllevaría privarla de su reconocido carácter excepcional, en la medida en que pondría en peligro la pervivencia de los contratos, pues la resolución de todos, si no se llega a la renegociación, tendría unas consecuencias muy negativas para la estabilidad económica del país. Para que el hecho que ha generado el cambio en las circunstancias tenga trascendencia y ponga en marcha la cláusula *rebus*, es necesario analizar si ese hecho concreto tiene alguna significación en la relación contractual de la cual se trate, no siendo defendible su aplicación automática y generalizada para todos los supuestos en los que concurra ese hecho.

En todo caso, para la operatividad de la cláusula *rebus*, como ha sido puesto de manifiesto[53], deben concurrir una serie de presupuestos:

1º. La existencia de un periodo de tiempo entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la prestación, lo que exige que se trate de contratos de tracto sucesivo, o de contratos de tracto único con ejecución diferida.

---

[51] LOVATO NETO, Renato/GUIMARÃES, María Raquel, "Times they are a-changin´: De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado", *Ars Iuris Salmaticensis*, Vol. 4, (2016), (pp. 147-186), p. 158.

[52] LOVATO NETO, Renato/GUIMARÃES, María Raquel, "Times they are a-changin´, cit.", p. 159.

[53] Vid. entre otros, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 1069-1070; CAÑIZARES LASO, Ana, "La aplicación de la *rebus sic stantibus* en la normativa de estado de alarma", en *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*, (Coord: Enrique Sanjuán Muñoz), Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2020, (pp. 63-93), pp. 71-73; ALBIÑANA CILVETI, Ignacio, "La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, (2018), (pp. 115-140), pp. 117-127; REVILLA GIMÉNEZ, María Isabel, "Normalización de la cláusula *rebus sic stantibus*. Estudio jurisprudencial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 41, (2017), (pp. 161-219), pp. 187-204; GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, "El impacto del COVID-19, cit.", pp. 465-468.

2º. La alteración extraordinaria de las circunstancias[54], provocando una desproporción desorbitada entre las pretensiones de las partes. Requisito que hace necesario precisar si tras el cambio circunstancial, el contrato sigue siendo o no viable, es decir, si existe o no frustración de su finalidad económica, o si, a su vez, dicho cambio ha provocado una ruptura de las contraprestaciones. Como ha sido puesto de manifiesto[55], para que el cambio de circunstancias pueda ser calificado de extraordinario hay que tener presente que, en la medida en que los contratos son autorregulaciones de intereses privados, la medida de lo extraordinario estará en función de cada contrato concreto, de las circunstancias en las que se haya celebrado y de sus vicisitudes posteriores.

3º. La excesiva onerosidad debe ser apreciada cuando los costes de la prestación tengan como consecuencia, fruto del cambio de las circunstancias, un resultado reiterado de pérdidas o de desaparición de cualquier margen de beneficio a la luz del contrato objeto de la controversia[56]. Debe tratarse de una alteración de la base del negocio que provoque una modificación importante en términos económicos, pero que no implica la imposibilidad de cumplimiento[57].

4º. La imprevisibilidad se traduce en que el cambio de las circunstancias no haya podido ser razonablemente previsto[58]. Para ello se aplica la teoría del riesgo normal

[54] Para De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus,* cit.*,* pp. 259-260*,* lo extraordinario "parece ser lo que raramente se manifiesta, lo que es extraño al curso de los acontecimientos", para lo que "deberá acudirse a criterios objetivos, valorados en relación al hombre medio y las condiciones de mercado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, y la posible existencia o no de un deber de previsión", por lo que "igualmente deberá considerarse no solo el acontecimiento en sí sino también su entidad, sus dimensiones, teniendo en cuenta datos como la probabilidad del evento. Se trata de valorar el conjunto de la situación, no pudiéndose juzgar en abstracto".

[55] Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias, cit.", p. 5.

[56] Según GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida*, cit., p. 337, "los cambios en las circunstancias afectan al cumplimiento de la obligación contractual con tal intensidad que alteran sustancialmente el contenido económico del contrato, por convertir una prestación en excesivamente onerosa o por eliminar completamente la utilidad que la parte afectada iba a obtener de la contraprestación, lo cual es otra forma de convertir su prestación en excesivamente onerosa, pues el deudor pagará algo que no le reporta utilidad. La idea que subyace en este requisito es la alteración anormal y fuera de todo cálculo de la economía del contrato, que, en contra del principio de buena fe y de equidad, rompe la proporcionalidad inicial de las prestaciones, de forma que no es ya razonable mantener la eficacia vinculante del contrato en sus términos originarios".

[57] La STS 15 de octubre de 2014 (RJ 2014/6129), considera una serie de aspectos para determinar el cumplimiento o no del presupuesto de la excesiva onerosidad: 1º. Debe tenerse en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida; 2º. Se ha de canalizar si existe un incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleva a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); 3º. El resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.

[58] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Barcelona: Editorial Bosch, 2002, p. 468, estimó que "la imprevisibilidad equivale a la imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato". En relación a la crisis provocada por la COVID-19, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Fuerza mayor", *InDret*, núm. 2, (2020), (pp. 1-11), p. 1, considera que

del contrato que permite un contraste entre el cambio de circunstancias y el riesgo propio del cumplimiento del contrato previsto o no en el mismo. Esto supone un análisis de cada caso en la medida en que, si fuera previsible el riesgo derivado del cambio sobrevenido de las circunstancias, debe ser imputado a la parte que debió haberlo previsto. De igual modo, la imprevisibilidad depende de las condiciones personales de los contratantes, ya que lo que puede resultar imprevisible para un no profesional, puede no serlo para un profesional[59]. Por lo tanto, las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no resultan relevantes, si el contrato contiene reglas de asignación del riesgo a una de las partes contratantes[60]. La aplicabilidad de la cláusula *rebus* puede resultar inoperante en muchos tipos de contratos, sobre todo si son establecidas cláusulas de salida o de actualización[61]. En cualquier caso, aunque parece evidente que, si las partes han previsto la distribución del riesgo para un supuesto, ya no será posible acudir a la cláusula *rebus*, habrá que precisar si la propia cláusula no puede verse privada de eficacia por el mismo hecho de sobrevenir nuevas circunstancias[62].

5º. El cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes contratantes y el deudor de la prestación no puede encontrarse incurso en mora. Es decir, el cambio debe resultar ajeno a la voluntad de las partes y, sobre todo, a la parte que queda en desventaja.

V. La renegociación del contrato frente a la resolución: la modificación judicial como mal menor

La alteración de las circunstancias abre la puerta a la renegociación del contrato y, en su defecto, a la revisión judicial como paso previo a la resolución. Tanto la renegociación como la revisión judicial intentan garantizar la conservación del contrato,

---

tiene dimensiones tan gigantescas que es irrelevante debatir si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible. Vid. STS 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7874) y Auto TS de 19 de julio de 2017 (RJ 2017/3548).

[59] Como pusieron de manifiesto LUNA YERGA, Álvaro/XIOL BARDAJÍ, María, "*Rebus sic stantibus*, cit.", p. 7, prescindir del carácter profesional de los contratantes en la aplicación de la cláusula no parece acertado, y aún menos si son líderes en su sector, en la medida en que las fluctuaciones económicas no son ajenas a la propia actividad profesional, sino que forman parte inherente a ella. En este caso, en su opinión, hubiera resultado más acertado considerar la crisis económica como un "riesgo normal del contrato". Vid. Auto TS 21 de febrero de 2018 (RJ 2018/664).

[60] STS 30 de abril de 2015 (RJ 2015/2019). Se rechaza, en palabras de VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, "El "vaivén" de la moderna jurisprudencia, cit.", p. 72, la aplicación de la cláusula cuando el riesgo del cambio de circunstancias en el contrato ha sido asumido por las partes, expresa o implícitamente, o bien cuando forma parte del alea normal del negocio que se ha celebrado.

[61] Vid. ALBIÑANA CILVETI, Ignacio, "La reciente doctrina jurisprudencial, cit.", p. 124; LUNA YERGA, Álvaro/XIOL BARDAJÍ, María, "*Rebus sic stantibus*, cit.", p. 7.

[62] Cfr. PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "Riesgo imprevisible, cit.", p. 18. Asimismo, plantea la autora que, es necesario "reconocer que no resulta imaginable la inclusión de cláusulas de previsión de acontecimientos en contratos de adhesión o en contratos entre partes desiguales económicamente. Incluso en contratos que contemplan relaciones duraderas no solo el descuido, también la desproporción de armas con que jueguen las partes al contratar explicará la ausencia de cualquier cláusula que contemple un posible ajuste de las prestaciones en caso de que la ejecución resulte difícil o mucho más onerosa".

en la medida en que el cambio de circunstancias pone en peligro el pacto inicial. Con ellas, se pretende de forma diferente, por voluntad de las partes o por intervención de un tercero, la subsistencia del contrato, a pesar de la alteración de las circunstancias.

El debate mantenido entre el principio *pacta sunt servanda* y los posibles remedios ante la alteración por las circunstancias sobrevenidas, colocan a la renegociación del contrato en un primer plano. Aparece como la alternativa a la resolución y se encuentra más en consonancia con el principio basado en la conservación del negocio jurídico[63]. Esto no implica una superación o no observancia de los pactos iniciales que deben ser respetados, supone que, en aras a su mantenimiento, se produce la sucesiva renegociación de la relación contractual cuando las circunstancias sobrevenidas los hacen inviables. El principio *pacta sunt servanda* no tiene por qué ser entendido como vinculación conforme a lo inicialmente pactado, lo cual no tiene sentido frente a una injusta distribución de la utilidad que se espera a través del contrato conmutativo, es necesario defender una interpretación más flexible del mismo[64]. Al respecto, ha estimado DORAL GARCÍA[65], que el principio *pacta sunt servanda,* no queda así ligado de forma definitiva a la voluntad individual, sino abierto a las consecuencias que corresponden a la normalidad de la operación económica concreta. Asimismo, CAÑIZARES LASO[66] defiende que, el respeto absoluto a la voluntad de los sujetos, es decir, el dogma de la voluntad, está cediendo terreno a otras doctrinas, en virtud de las cuales, las partes se pueden ver "inducidas", e incluso "obligadas", a la renegociación del contrato para ajustar su contenido a la situación creada por el advenimiento de circunstancias imprevisibles que provoquen serias dificultades en el cumplimiento de las obligaciones[67].

La renegociación del contrato es la solución más correcta, no solamente en tiempos de crisis, que es cuando la cláusula *rebus* resurge, sino como medio para evitar el posible colapso de los tribunales. La renegociación es una justa consecuencia

[63] Para DORAL GARCÍA, José Antonio, "La revisión judicial del contenido del contrato: la cláusula *rebus sic stantibus* y la cláusula penal", *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, núm. 15, (2017), (pp. 11-31), p. 15, la naturaleza de este remedio, para unos se trata de una obligación civil de negociar, impuesta por la gravedad de las circunstancias imprevistas y sobrevenidas, la fuente reside pues en el propio contrato; otros, lo admiten como prudente excepcional al principio *pacta sunt servanda*, con interpretación concreta de un deber de cooperación o solidaridad que implica recomponer por otros cauces el equilibrio roto. Se trata de un acuerdo de principio que requiere de una interpretación flexible, favorable al desfavorecido que en la vertiente procesal se encuentra legitimado *ad causam* en el proceso correspondiente.

[64] Según MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, (2020), (pp 447-454), p. 447, en las circunstancias actuales generadas por la COVID-19, es necesario aplicar a los contratos soluciones excepcionales inspiradas en criterios de justicia distributiva.

[65] "La revisión judicial, cit.", p.18.

[66] "La aplicación de la *rebus,* cit.", p. 65.

[67] Concluye CAÑIZARES LASO, Ana, "La aplicación de la *rebus*, cit.", p. 66, que "se muestran así dos reglas basadas en los principios. De una parte, el principio de vinculación contractual que en nuestro Derecho se encuentra recogido en el art. 1258 del Código Civil (...). De otra, sobre la base de que una incondicionada fidelidad al contrato puede conducir a consecuencias claramente injustas, los distintos Ordenamientos han regulado, de acuerdo con la teoría de la excesiva onerosidad y de la desaparición de la base del negocio, las consecuencias que un cambio de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato debe conducir bien a la revisión del contrato bien a su resolución".

de la buena fe en sentido objetivo, cuando se produce una ruptura del equilibrio contractual por la alteración sobrevenida de las circunstancias que fueron tenidas en su momento en cuenta cuando se celebró el contrato. La preferencia por esta figura es manifestada en las distintas propuestas de armonización del Derecho de contratos, en las que otorgan prioridad a su revisión por las partes. Tal es el caso del art. 6.2.3 (1) de los Principios UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales, art. III.-1:100 DCFR y el art. 89 CESL. La renegociación es regulada en el art. 416.2 ATCM[68] y en el art. 6.111 PECL se exige la negociación sancionando con la obligación de indemnizar a la parte que se niega o lo hace de mala fe[69]. No hay duda de que, nadie mejor que las propias partes contratantes, para llevar a cabo la renegociación del contrato, ya que son las poseedoras de una información privilegiada en torno a la relación contractual que intentan salvar y no dejar esta labor en manos de un juez[70].

En ese proceso general de renegociación será necesario precisar el margen de actuación que pueden tener los jueces, pues se trata de restablecer el equilibrio entre las prestaciones que se ha visto alterado por un cambio en las circunstancias[71]. En cualquier caso, la revisión y, en extremo, la resolución judicial, proceden ante el fracaso de la renegociación. La viabilidad de la renegociación se encuentra también condicionada por el tipo contractual concreto, no todos los contratos pueden ser objeto de la misma, lo que nos conduce a pensar que la mayor o menor renegociabilidad de los contratos depende de su específica naturaleza[72]. De igual modo, cabe la posibilidad de prever en el propio contrato la renegociación, como una medida preventiva ante el posible cambio de circunstancias del contrato que, de no prosperar, derivará en su revisión judicial.

VI. La referencia expresa a la cláusula rebus en tiempos de la COVID-19

Como dijera COCA PAYERAS[73], la cláusula *rebus* es una de las válvulas de seguridad, emergencia y alivio, que garantiza la subsistencia del principio *pacta sunt servanda*, o en palabras de nuestro art. 1091 C.c, garantiza que el contrato es ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. Principio que, en

[68] No la contempla el art. 1213 PMMC, aunque su inclusión ha sido defendida por parte de la doctrina. Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias, cit.", p. 7. Tampoco la regulan el art. 1467 C.c. italiano de 1942 y el § 313 BGB.

[69] No obstante, PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "Riesgo imprevisible, cit.", p. 30, estima que "no es preciso que una norma recuerde a las partes que pueden negociar, de modo que la virtualidad de los modelos legislativos que priorizan la negociación es llamar la atención sobre las soluciones negociables y el carácter subsidiario de la intervención judicial, que solo está llamada a producirse en caso de fracaso de la negociación".

[70] SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias, cit.", p. 7.

[71] En opinión de PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "Riesgo imprevisible, cit.", p. 36, "la razón que explica la reserva y la desconfianza a la hora de atribuir amplias facultades a jueces y tribunales es doble: de un lado, el respeto a las consecuencias que derivan del principio tradicional *pacta sunt servanda* pero, también, la dificultad de reescribir un contrato sin contar con la voluntad de ambas partes contratantes".

[72] Así lo entiende, SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias, cit.", pp. 9 y 42, respecto de los contratos financieros.

[73] "Crisis económica, base del negocio y cláusula *rebus sic stantibus* en la doctrina del Tribunal Supremo", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 17, (2016), (pp. 35-62), pp. 38-39.

su opinión, junto al de autonomía de la voluntad y al de responsabilidad patrimonial universal, son las claves de la bóveda del sistema jurídico-contractual. Por lo tanto, la cláusula *rebus* entra en juego cuando el sistema jurídico-contractual está en riesgo de hundimiento por el colapso de uno de sus pilares, el principio *pacta sunt servanda*. Precisamente para evitar el colapso de este principio y el hundimiento del sistema contractual, plantea la existencia de dos opciones: una externa, consistente en la activación de una política legislativa que actúe directamente sobre las relaciones contractuales, promulgando leyes excepcionales que durante un tiempo noven los contratos afectados; otra interna, cuando el propio ordenamiento contractual contiene normas generales que permiten su aplicación a los concretos supuestos. En consecuencia, y ante la situación de nuestro ordenamiento, que no tiene una previsión expresa sobre la cláusula *rebus,* cabe estimar que, las iniciativas legislativas adoptadas en nuestro país responden a la primera opción en la medida en que constituyen un bloque normativo excepcional que se aplica durante un tiempo concreto, no implicando en ningún caso una regulación expresa de la cláusula *rebus,* como existe en otros ordenamientos.

En el ejercicio de las funciones encomendadas por la CE en el art. 116.2 y la LO 4/1981, de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio que desarrolla este precepto, el Gobierno ha puesto en marcha la mecánica legislativa. En esta actividad cabe destacar por lo que a los contratos civiles se refiere el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19[74], el RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19[75], y, por último, el RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo[76].

En el RD-Ley 8/2020[77], en los arts. 7 a 16 ter, se prevé una moratoria en el pago del préstamo o del contrato de crédito para evitar la pérdida de la vivienda habitual, que se aplica también a fiadores y avalistas del deudor principal respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que para el deudor hipotecario (art. 8.2), no haciendo alusión expresa a esta doctrina. Sin embargo, en el art. 13 para la concesión de la moratoria refiere que "cuando prestamista y prestatario beneficiario de la moratoria acuerden una novación como consecuencia de la modificación del clausulado del contrato en términos o condiciones contractuales que vayan más allá de la mera suspensión (...), incorporarán, además de aquellos otros aspectos que las partes pacten, la suspensión de las obligaciones contractuales impuestas por este decreto-ley y solicitada por el deudor (...)", habla de "modificación del clausulado del contrato".

Por lo que se refiere al RD-Ley 11/2020[78], la negociación entre las partes tendente a una posible modificación de las obligaciones contractuales cuando se trata de un arrendamiento de vivienda habitual, está prevista los arts. 4 y 8. En ambos preceptos

[74] BOE núm. 78, 18 de marzo de 2020.

[75] BOE núm. 91, 1 de abril de 2020.

[76] BOE núm. 112, 22 de abril de 2020.

[77] Texto consolidado, última modificación a 15 de junio de 2021.

[78] Texto consolidado, última modificación a 4 de agosto de 2021.

se prevé el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que no haya existido un previo acuerdo entre las partes. Se observa el reconocimiento a las partes de un posible acuerdo sobre el particular y, en su defecto, el aplazamiento. En la misma línea, el art. 36.1 no propone la resolución automática, pues determina que "la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión". Atendiendo al contenido de este precepto, cabe considerar que no se admite la resolución directa y automática, sino que por la situación generada por la crisis de la COVID-19, cualquiera de las partes, puede realizar una "propuesta de revisión del contrato", para lo que concede un plazo de 60 días. Con ello, otorga entrada a la cláusula *rebus*, en concreto, en lo que a efectos de la renegociación se refiere[79].

Asimismo, llama la atención la referencia expresa a la cláusula *rebus* en el Preámbulo del RD-Ley 15/2020[80], en el cual se establece que "procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales". Ante esta alusión, no ha faltado quien se ha planteado[81], si atendiendo al contenido del art. 3, para los casos no previstos, los arrendatarios que han visto cerrada o gravemente afectada sus posibilidades de negocio o de disfrute del inmueble arrendado, pueden acudir a la figura de la cláusula *rebus*. Al respecto GARCÍA RUBIO[82], considera que en otro tipo de arrendamientos distintos de los previstos en estas normas[83], la parte arrendataria que haya visto cerrado o gravemente perjudicado su negocio, precisamente a causa de la pandemia y/o de las medidas administrativas tomadas por ella y en cuyo contrato no

[79] Vid. GARCÍA RUBIO, Mª. Paz, "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2, (2020), (pp. 15-46), p. 38.

[80] Texto consolidado, última modificación a 15 de junio de 2021.

[81] GARCÍA RUBIO, Mª. Paz, "Medidas regladas, cit..", p. 26.

[82] "Medidas regladas, cit.", p. 27.

[83] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales", *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2020, https://almacenderecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspensión-legal-de-actividades-empresariales/, lo hace extensivo a los casos previstos en las normas, como solución más beneficiosa, siempre que concurran los requisitos de la *rebus*.

se hubiese asumido "tout court" los riesgos derivados de situaciones insólitas como la presente o no se hubieran pactado salidas concretas para circunstancias extraordinarias, debería poder solicitar a la otra parte la revisión o modificación del contrato; y de no obtener respuesta, debería poder acudir a la autoridad judicial, a fin de que esta considere su propuesta o propuestas de revisión en el sentido que sean o, si no fueran posibles o viables a la luz de cada situación concreta, decretase la resolución. En cualquier caso, admite que la resolución debe ser estimada como solución absolutamente excepcional, en la medida en que supone la traslación del riesgo imprevisto a la otra parte contractual, el arrendador. Asimismo, los arts. 1 y 2 recogen la posibilidad de negociar una moratoria o reducción de la renta.

Por último, antes de concluir este análisis normativo de la cláusula *rebus* en tiempos de la COVID-19, cabe citar el recientemente publicado Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados[84]. En la Exposición de Motivos se establece que "teniendo en cuenta, la excesiva onerosidad de algunas de las prestaciones, el carácter imprevisible e inevitable del riesgo de donde deriva y la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, partiendo del principio de conservación del contrato y de acuerdo con las reglas de la buena fe y de la honradez de los tratos, se opta por preservar e incentivar la autonomía de la voluntad y se establecen las reglas legales que se tienen que aplicar si las partes no llegan a un acuerdo. De esta forma se adopta una solución expeditiva en sintonía con el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* y se evita, al mismo tiempo, el incremento indeseable de la litigiosidad. En cualquier caso, las reglas establecidas afectan exclusivamente al reparto de estas consecuencias negativas y son compatibles con el derecho de las partes a acudir al auxilio judicial para ejercer cualquier otra pretensión relativa al contrato. Las medidas adoptadas limitan su eficacia al tiempo de vigencia de las prohibiciones o restricciones dictadas por la autoridad competente y se establecen como reglas por defecto en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo satisfactorio en un plazo prudencial". En el art. 1 del citado texto se prevé de forma expresa la posibilidad que ostenta la parte arrendataria de poder requerir de la parte arrendadora una modificación "razonable y equitativa" de las condiciones del contrato, con la finalidad de restablecer el equilibrio de las prestaciones y de acuerdo con las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos. En el art. 2 se establece que, de no llegar a un acuerdo por medio de "negociación o mediación" en el plazo de un mes, se aplicarán una serie de reglas, contemplando el desistimiento en el caso de suspensión del desarrollo de la actividad por más de tres meses en el transcurso de un año, siempre que la parte arrendataria los notifique fehacientemente al arrendador con un mes de antelación. Por último, resulta especialmente llamativo el compromiso legislativo contenido en la Disposición Final Primera, en virtud del cual, en el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente norma, el Gobierno debe elaborar y aprobará un Proyecto de Ley para incorporar al ordenamiento jurídico catalán la regulación necesaria para el restablecimiento del equilibrio contractual en los supuestos de cambio imprevisto de circunstancias.

[84] DOGC núm. 8252, de 22 de octubre.

Al respecto, cabe destacar, lo que sigue: 1º. La previsión *ad hoc* en relación a la onerosidad excesiva y sobrevenida de las prestaciones contractuales; 2º. La adopción de un criterio distributivo de las consecuencias negativas derivadas de las medidas adoptadas para evitar la propagación de la pandemia, basado en un principio de solidaridad, con el fin de socializar el riesgo y evitar que recaiga en exclusiva sobre una de las partes contratantes; 3º. El carácter prioritario del acuerdo frente a las normas establecidas; 4º. La apuesta por una solución en "sintonía" con el fundamento de la cláusula *rebus*, con el fin de evitar la "indeseable litigiosidad", lo que llama especialmente la atención, pues hasta el momento se ha relacionado la doctrina de la *rebus* con una excesiva litigiosidad y camino no correcto a adoptar en tiempos de la COVID-19; 5º. El carácter temporal de las medidas y siempre en defecto de acuerdo entre las partes; 6º. El objetivo normativo es garantizar la seguridad jurídica y la supervivencia del tejido económico del país; 7º. El impulso de la negociación y la mediación como mecanismos de gestión extrajudicial de los problemas que en materia de contratos se están planteando en tiempos de la COVID-19; y, 8º. El compromiso de regular en el plazo de dos años la figura de la modificación del contrato por cambio imprevisto de las circunstancias.

Conclusiones

El mantenimiento del equilibrio entre el principio *pacta sunt servanda* y el principio *rebus sic stantibus* no resulta fácil en la práctica, pero se presenta como exigencia para todo ordenamiento jurídico[85]. El posible reconocimiento legal de la primacía de uno sobre otro pone en peligro la justicia y seguridad jurídica, por lo que el tratamiento legal de ambos debe realizarse en un clima de equilibrio jurídico que tenga como finalidad, atendiendo a las circunstancias del caso, delimitar qué es lo más justo para ambas partes contratantes[86]. Nunca debe olvidarse que los contratos son vinculantes y responder por su cumplimiento es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema económico[87], pero para mantener ese vínculo hay que revisar sus condiciones.

A efectos del estudio realizado cabe considerar, por un lado, la necesaria regulación de la cláusula *rebus*; y, por otro lado, su idoneidad ante los estragos que la COVID-19 está generando en el ámbito contractual.

En relación con la primera cuestión, es una realidad que la cláusula *rebus* se pone de moda o reactiva a golpe de "crisis" y la COVID-19 hace pensar en nuevos

[85] Para SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias, cit.", p. 6, "la relación entre el principio general de vinculación contractual y la excepcional revisión o terminación del contrato por alteración de las circunstancias debe reconsiderarse: estaríamos ante dos disposiciones de un mismo sistema de derecho positivo, cuya aplicabilidad al caso estaría en función de la concurrencia de sus respectivos supuestos de hecho. La revisión del contrato seguiría siendo excepcional, pero dejaría de estar fuera de los confines de la ley. La distancia, en cada contexto, entre regla y excepción se habría reducido o, por lo menos, sería más fácilmente predeterminable: la excepción se habría estabilizado en el sistema, como parte integrante de su conjunto".

[86] En caso de conflicto, para FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, "La alteración sobrevenida, cit.", p. 300, "la aplicación de uno u otro dependerá de su peso específico, de su importancia relativa al caso concreto, de modo que dará valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso relativo mayor, pero sin que por ello quede invalidado el principio con peso relativo menor".

[87] En este sentido, SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de las circunstancias, cit.", p. 12.

pronunciamientos judiciales. Al respecto cabe estimar que, una institución ya regulada en otros ordenamientos, no puede depender en el nuestro de concretas y pendulares resoluciones emitidas por los tribunales, pues las líneas jurisprudenciales, bien es sabido, cambian. La cláusula *rebus* exige una "real normalización" de su existencia como institución, ya que los avances son necesarios y la jurisprudencia, desde mi punto de vista, no otorga a esta institución de la necesaria estabilidad y, en consecuencia, seguridad jurídica. No obstante, defender la regulación de la alteración de las circunstancias, no implica admitir que toda alteración ponga en funcionamiento el régimen de esta cláusula. Prueba de ello es que, ordenamientos en los que existe el tratamiento legal, ante la pandemia han puesto en marcha la maquinaria legislativa, por considerar que el régimen previsto resulta ser insuficiente[88].

El planteamiento realizado hasta el momento conduce a la defensa del mantenimiento del equilibrio entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus,* en virtud del cual, admitiendo el carácter vinculante de lo inicialmente pactado, cabe reconocer la modificación y, en su caso, la resolución como extremo, cuando se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias atendiendo al contenido del contrato. Con ello, se pretende que, no toda alteración de las circunstancias pueda conllevar una modificación o revisión judicial del contrato[89]. La regulación de la misma no puede ser entendida como una liberación para las partes, con el fin de aligerar su responsabilidad[90], sino como un mecanismo que permite la renegociación de las condiciones contractuales inicialmente pactadas ante una alteración sobrevenida, con el fin de conservar el negocio celebrado y dar cumplimiento a lo pactado.

En relación a la segunda cuestión, sabemos que no todo el mundo ve en la legislación producto de la COVID-19 una nueva puerta de entrada a la cláusula *rebus*[91]. En mi opinión, lo que se ha ofrecido es una regulación o tratamiento sectario en torno a la situación de determinados contratos que, ante el fracaso de la renegociación,

[88] Vid. para el caso de Portugal, PINTO OLVEIRA, Nuno Manuel, "COVID-19, contratos de crédito, contratos de arrendamiento y contratos de viajes del sector turístico en Portugal", *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2, (2020), (pp. 89-102), en primer lugar, por aplicarse indiferentemente a todos los contratos y, en segundo lugar, por aplicarse a todos los contratos invocando conceptos indeterminados, cuya concreción causa, cierta inseguridad. En su opinión, a la vista del art. 437º, la alteración de las circunstancias solo sería relevante mientras sea anormal, mientras no esté cubierta por los riesgos inherentes al contrato y cuando la exigencia de las obligaciones asumidas por la parte perjudicada afecte gravemente al principio de buena fe. En Alemania, consultar LEHMANN, Matthías, "Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho Civil", *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2, (2020), (pp. 3-7). Estas normativas, como ha referido GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Fuerza mayor, cit.", p. 7, al igual que la española, lo que pretenden es acomodar los derechos y obligaciones contractuales a las consecuencias provocadas por las medidas de reducción de la actividad que se han adoptado en esos países y que se suman a otras.

[89] Como bien ha dicho, CAÑIZARES LASO, Ana, "La aplicación de la *rebus,* cit.", p. 75, "no es correcto que la excepción se torne en regla".

[90] Sobre el particular, PARRA LUCÁN, Mª. Ángeles, "Riesgo imprevisible, cit.", p. 4.

[91] Según, GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, "El impacto del COVID-19, cit.", p. 465, "el "renacimiento" de la *rebus sic stantibus* debe valorarse, a mi modo de ver, con frialdad". Vid. también al respecto, GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret*, núm. 2, (2020), (pp. 558-584), p. 561; MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El efecto de la pandemia, cit.", p. 448; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, "La epidemia y el cumplimiento de los contratos: fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus*", *Hay Derecho*, 17 de marzo de 2020, https://hayderecho.expansion.com/2020/03/17.

acabarán ante los tribunales mediante el recurso a esta fórmula, lo cual no es forma de actuar, pues implica una perpetuación de la institución al absentismo legislativo y a la práctica jurisprudencial y sus vaivenes, frente a una regulación en muchos ordenamientos europeos ya consolidada[92]. La operatividad de la cláusula *rebus* en tiempos de la COVID-19, vendrá determinada por el contenido y lo pactado por las partes[93], lo que no excluye la respuesta legislativa que viene reclamando esta institución para dejar de ser identificada con los tiempos de crisis. Estimo que las crisis no pueden ser utilizadas como una llamada de atención para poner nuevamente sobre la mesa el debate sobre este principio. En la actualidad no habíamos cerrado la polémica sobre su oportunidad a partir de la crisis de 2008, cuando ya tenemos otra puerta abierta para su replanteamiento y reformulación.

En todo caso, hay que tener en cuenta los pactos contractuales, en la medida en que cada contrato tiene su propio contenido, los posibles conflictos que puedan surgir para su cumplimiento como consecuencia de la pandemia y su solución, van a depender, precisamente, del contenido de los contratos individualmente considerados y de su posible interpretación. La regulación de la cláusula *rebus* implica una garantía a los efectos de la renegociación, aparece como una forma de incentivar a las partes a negociar nuevamente las circunstancias que se han visto modificadas de forma sobrevenida por un hecho que reúne los requisitos analizados de aplicabilidad de la misma. Consciente de que la cláusula *rebus* no es la mejor solución para los tiempos de pandemia, aunque la situación generada por la COVID-19 es un acontecimiento imprevisible para las partes, ya que de no progresar la renegociación del contrato acabaría en la resolución del mismo, no deja de fomentar esa renegociación que en estos momentos es tan necesaria para garantizar la permanencia del contrato y poder reactivar la economía, pues una resolución masiva no es la mejor solución. No se puede olvidar que la cláusula *rebus* intenta una flexibilización del principio *pacta sunt servanda*, pues se pretende un reequilibrio de las prestaciones y, solo en caso de imposibilidad, resolver el contrato.

Cabe estimar, en consecuencia, que en la actualidad la negociación y el acuerdo son las mejores fórmulas para gestionar los problemas de cumplimiento derivados de la COVID-19[94]. Por ello, es necesario incluir mecanismos que otorguen una mayor flexibilidad a la renegociación a la que se ven avocadas las partes, sobre todo, atendiendo a la evolución cargada de incertidumbre que está teniendo la pandemia. La mediación, como mecanismo de gestión extrajudicial, puede llegar a jugar un papel fundamental,

[92] La situación actual de crisis sanitaria exige, en opinión de GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, "Los instrumentos para intervenir, cit.", p. 584, que para resolver los problemas y los litigios que se susciten debemos emplear el mejor derecho de contratos que seamos capaces de pensar y aplicar. También con la cláusula *rebus*, pero no una *rebus* de emergencia, sino una de normalidad, una que atienda al impulso de la recuperación y "no mire hacia atrás, a las cenizas de lo destruido".

[93] Un planteamiento sobre el particular realiza CARRASCO PERERA, Ángel, "Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor", *Cesco*, 17 de abril de 2020, (pp. 1-11), p. 2, quien admite que "es posible que una cláusula asigne o reparta *todos los riesgos en general,* en cuyo caso COVID-19 es uno de ellos".

[94] Para MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El efecto de la pandemia, cit.", p. 451, el modelo de la *rebus* que estoy considerando establece, como solución prioritaria, la renegociación del contrato entre las partes.

pues estimo que en el momento actual la judicialización debe evitarse a toda costa, ya que no es una solución a corto plazo y, como siempre, no garantiza la igualdad de soluciones[95]. Se trata de buscar fórmulas que permitan la subsistencia de lo acordado y que vayan más allá de la mera exoneración o liberación de obligaciones[96]. Es el momento de garantizar, en la medida de lo posible, la continuidad de las empresas y de las relaciones contractuales, alejando el riesgo de la insolvencia, para lo que resulta fundamental una salida negociada de los conflictos de buena fe, donde la mediación como forma de negociación asistida tiene un papel que desempeñar.

Admitir la regulación de la cláusula *rebus* de forma general, privándola de excepcionalidad atendiendo a las circunstancias del caso, implica fomentar entre las partes contratantes la celebración de posibles contratos ajenos a la seguridad y a los principios vigentes en materia contractual, pues en base a ello siempre tendrían la posibilidad de resolver si la renegociación y revisión judicial no resultan viables, lo que conlleva la puesta en peligro de la tan demandada seguridad jurídica en materia contractual, derivando en una temeraria contratación libre de limitaciones, pues siempre estaría la cláusula *rebus*. No se puede olvidar que esta cláusula es una doctrina de último recurso, pues su objetivo natural es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias acordadas por las partes o, en su caso, decidido por el juez[97].

La regulación de la cláusula *rebus* en el moderno derecho de contratos, a lo que hay que añadir su bagaje jurisprudencial previo, permite poder considerar que se trata de una figura que se encuentra lo suficientemente concretada, como para que en el ordenamiento español se haya hecho ya merecedora de su regulación expresa, como ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno. Es posible que la referencia a la cláusula *rebus* en los textos legislativos publicados como consecuencia de la pandemia, no haya sido del todo acertada, pues no parece ser el mecanismo idóneo para resolver la situación contractual actual. No es correcto invocar una institución que, salvo por su referencia a la renegociación, pone en marcha una compleja maquinaria judicial, si el acuerdo no soluciona el problema. Quizás en vez de *rebus* sería necesario hablar de renegociación, acuerdo o adaptación del contrato ante la imposibilidad de cumplimiento por alteración sobrevenida de las circunstancias. La renegociación no es más que una fase del complejo mecanismo de la cláusula *rebus*[98].

---

[95] GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, "Los instrumentos para intervenir en los contratos, cit.", p. 560, estiman que "no cabe encomendar de modo preferente a los tribunales de justicia la tarea de intervenir en el contrato – o solucionar los litigios que resulten de la decisión unilateral de un contratante de apartarse de lo pactado-, para afrontar la emergencia general asociada al coronavirus. No solo porque los tribunales no resolverán pronto, sino porque el coste por cada solución que consiga obtener será muy alto para las partes y para la sociedad en su conjunto. La intervención rápida en el entramado contractual que la situación exige no puede depender del resultado de millones de pleitos entre contratantes".

[96] En este sentido, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Fuerza mayor, cit.", p. 10.

[97] Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Fuerza mayor, cit.", p. 10.

[98] Como ha especificado, CAÑIZARES LASO, Ana, "La aplicación de la *rebus*, cit.", p. 73, dados los presupuestos, se producirá la consecuencia jurídica anudada al supuesto de hecho: 1º. Pretensión de renegociación; 2º. Renegociación del contrato que como consecuencia de la pretensión tiene aquel de los contratantes que sufre una excesiva onerosidad como consecuencia de la alteración de las circunstancias; 3º. Revisión judicial; y, 4º. Pretensión de resolución del contrato.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SENTENÇAS ESTRANGEIRAS E IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO: A RELEVÂNCIA DAS IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO NO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Isabel Alexandre[*/**]

SUMÁRIO: Introdução; I. Panorama legislativo da revisão e execução de sentenças estrangeiras; 1. Direito interno; 2. Direito internacional e europeu; 3. Referências legais às imunidades de jurisdição: em particular, a Convenção de 2019; II. Jurisprudência sobre reconhecimento e imunidades de jurisdição; 1. Jurisprudência portuguesa; 2. Jurisprudência internacional e europeia; III. Posição adotada; 1. Direito interno; a) Processo civil; b) Processo penal; 2. Direito internacional e europeu; Conclusões.

Introdução

O interesse pela questão de que trata o presente artigo surgiu-nos da leitura de um recente *paper*[1] dedicado às dificuldades que tem enfrentado a execução, em alguns países europeus (Luxemburgo, Itália e Inglaterra, mais precisamente), de sentenças norte-americanas que condenaram o Irão e várias entidades ligadas ao Irão (entre muitas outras, um antigo Presidente da República Islâmica do Irão ou o Corpo da Guarda Revolucionária Islâmica) no pagamento de indemnizações a famílias de vítimas do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001.

Essas dificuldades, tal como se descreve no mesmo *paper*, prendem-se (embora não exclusivamente) com a imunidade de jurisdição concedida aos réus condenados nos processos de reconhecimento instaurados perante tribunais europeus (ou seja, nos processos que antecedem e condicionam a execução propriamente dita da sentença estrangeira, os quais variam de ordenamento para ordenamento, nomeadamente sob

[*] Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[**] Evoco com muita saudade Augusto Silva Dias, meu Professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que recordo sempre amável, discreto, generoso e competente, tanto nas aulas como nos vários momentos em que depois o viria a encontrar. A sua memória, estou certa, iluminará a vida da sua família e dos seus amigos, que tão cedo deixou.

Agradeço a João Gomes de Almeida, Professor da mesma Faculdade, a disponibilidade e paciência para refletir sobre o tema de que trata o presente artigo (qualidades de que em tantas outras situações já me tinha dado provas!) e as suas, como sempre, muito úteis reflexões.

[1] Cf. AA.VV., *The Aftermath of the 9/11 Litigation: Enforcing the US* Havlish *Judgments in Europe*, MPILux Research Paper Series, 2020 (1) (disponível em www.mpi.lu).

o ponto de vista terminológico), não obstante tais réus dela não terem beneficiado nos julgamentos que tiveram lugar nos Estados Unidos, por força de uma exceção à imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros constante do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (a designada *terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state*), hoje incorporada no § 1605A do capítulo 97 do título 28 do *United States Code*.

Nas linhas que se seguem procurar-se-á verificar em que medida as imunidades de jurisdição – entendidas como privilégios conferidos, normalmente pelo Direito Internacional, a certas pessoas (por exemplo, Estados, agentes diplomáticos e organizações internacionais) de não serem demandadas perante certas jurisdições – podem obstar ao reconhecimento ou à execução[2], em Portugal, de uma sentença estrangeira: em particular, se a circunstância de a sentença a reconhecer ou executar ser civil ou penal e se a de ser aplicável, ao reconhecimento ou à execução, o direito interno, europeu ou internacional convencional influem na atendibilidade daquelas imunidades nos correspondentes processos.

Se o caso descrito no *paper* a que se fez referência ocorresse em Portugal – isto é, se se pretendesse a execução, em Portugal, das sentenças norte-americanas que condenaram o Irão e várias pessoas ligadas ao Irão no pagamento de indemnizações às famílias das vítimas do ataque de 11 de setembro –, o direito a aplicar ao reconhecimento seria o direito interno português (tal como, de resto, foi o direito luxemburguês o aplicado na sentença do Luxembrurgo que recusou a execução daquelas sentenças[3]), pois as sentenças a rever não proviriam de um Estado-Membro da União Europeia, mas de um Estado terceiro: e teria de ser analisado, à luz do direito português, o problema de saber se tais sentenças podiam ser confirmadas.

Todavia, semelhante problema pode colocar o reconhecimento e execução em Portugal de uma sentença civil proveniente de outro Estado-Membro e que haja sido proferida contra uma pessoa que beneficie de uma imunidade perante a jurisdição portuguesa: justifica-se, portanto, analisar também de que modo o direito europeu, que em princípio seria o aplicável nesta hipótese, resolveria o problema[4].

[2] Usa-se a expressão "reconhecimento ou execução", porquanto a sentença estrangeira pode não ser condenatória, mas meramente declarativa ou constitutiva, caso em que o problema da sua execução não se coloca, colocando-se apenas o do seu reconhecimento.

[3] A sentença do Luxemburgo mencionada no *paper* foi proferida pelo *Tribunal d'arrondissement Luxembourg civil/01. Chambre*, em 27 de março de 2019, estando disponível aqui: https://justice.public.lu/fr/jurisprudence/juridictions-judiciaires.html?q=2019TALCH01+%2F+00116. No mesmo *paper* analisam-se outras sentenças, italianas e inglesas, proferidas no âmbito de procedimentos tendentes a executar as sentenças norte-americanas, mas a luxemburguesa é a única que decide pedidos de declaração de executoriedade com fundamento nas imunidades de jurisdição dos requeridos.

[4] Relativamente ao Reino Unido, segundo o art. 67º, n.º 2, alínea a), do Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica (disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:22020A0131(01)), o Regulamento 1215/2012 – a que adiante no texto se fará referência – é aplicável ao reconhecimento e à execução de decisões proferidas em ações judiciais intentadas antes do termo do período de transição, isto é, intentadas antes de 31 de dezembro de 2020 (veja-se também, sobre este ponto, o n.º 3 do Aviso da Comissão Europeia de 27 de agosto de 2020 sobre a saída do Reino Unido da União Europeia e as regras da União Europeia no campo da justiça civil e do direito internacional privado, disponível no *site* da

Pode ainda suceder que ao processo de reconhecimento que corra em Portugal seja aplicável o direito internacional convencional: far-se-á também referência a esta hipótese, mas numa perspetiva sobretudo de direito futuro, porque ainda não está em vigor a convenção mais abrangente neste domínio (a Convenção de 2019, adiante melhor identificada e descrita).

Mais latamente ainda, procurar-se-á verificar se o direito processual penal apresenta alguma solução particular para a questão da relevância das imunidades de jurisdição nos processos destinados ao reconhecimento ou execução de sentenças penais estrangeiras.

I. Panorama legislativo da revisão e execução de sentenças estrangeiras

1. Direito interno

Tanto o Código de Processo Civil (adiante, CPC) como o Código de Processo Penal (adiante, CPP) possuem regras relativas à revisão de sentenças estrangeiras (respetivamente, arts. 978º a 985º do CPC e arts. 12º, n.º 3, alínea d), 229º e 234º a 240º do CPP), diversamente do que sucede com outras leis processuais (veja-se o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o Código de Processo do Trabalho ou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, por exemplo).

Tal não significa que só as sentenças civis ou comerciais e penais estrangeiras sejam suscetíveis de revisão, pois há que atender à aplicação subsidiária daqueles códigos a processos diversos daqueles que regulam: mas tal justifica que, como se referiu na precedente Introdução, se proceda à comparação do regime da revisão daquelas sentenças, e não também do das restantes.

O CPC regula igualmente a execução de sentenças estrangeiras, mas apenas no aspeto da exequibilidade destas sentenças (que depende da sua revisão e confirmação pelo tribunal português competente), no da competência territorial para a execução, e no da execução de tais sentenças aquando do cumprimento de carta rogatória (veja-se, respetivamente, os arts. 706º, n.º 1, 90º e 180º, alínea d) do CPC).

No caso do CPP, as regras sobre revisão de sentenças estrangeiras têm ainda de ser completadas pelas constantes dos arts. 95º a 103º da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal), que, a propósito da execução em Portugal de sentenças penais estrangeiras, dispõem também sobre a respetiva revisão; relativamente à execução de sentenças estrangeiras, o CPP contém poucas disposições (veja-se os arts. 232º, n.º 1, alínea d), sobre a recusa de cumprimento de rogatória, o art. 239º, relativo ao início da execução, e o art. 468º, alínea c), relativo às decisões inexequíveis).

Só os preceitos do CPP são aplicáveis quando a revisão é requerida pelo condenado, assistente ou partes civis, aplicando-se os preceitos da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto quando, no âmbito da cooperação judiciária internacional entre

Direção-Geral da Política de Justiça, em https://dgpj.justica.gov.pt/Documentos/Brexit/Consequencias-na-area-da-Justica).

Estados, se vise a execução em Portugal de uma sentença estrangeira, a pedido do Estado da condenação[5].

2. Direito internacional e europeu

Sobre as atrás mencionadas regras, processuais civis e processuais penais, de direito interno prevalecem disposições de direito internacional e europeu, nos termos gerais e como, aliás, tem o cuidado de assinalar o art. 978º do CPC, e, embora apenas referindo o direito internacional, também o art. 229º do CPP.

Assim, no que diz respeito ao processo civil, há que ter em conta várias convenções em vigor na ordem jurídica portuguesa que regulam o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras: a título meramente exemplificativo, veja-se a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Relativas às Obrigações Alimentares, concluída na Haia, em 2 de outubro de 1973.

Mais abrangente no seu campo material de aplicação, mas ainda não vigente, veja-se a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões Judiciais Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial, concluída na Haia em 2 de Julho de 2019 (adiante, Convenção de 2019).

Também no âmbito do processo civil, há a considerar vários instrumentos de direito europeu sobre a mesma matéria.

Novamente sem caráter de exaustividade, veja-se os arts. 36º a 57º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de dezembro, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (adiante, Regulamento 1215/2012), bem como os arts. 32º a 56º da Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, feita em Lugano em 30 de outubro de 2007 (adiante, Convenção de Lugano II).

No plano do processo penal, para lá da Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, concluída em Estrasburgo em 21 de março de 1983[6], há que ter em conta nomeadamente o art. 2º, n.º 1, alíneas d) e e) do Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a Região Administrativa Especial de Macau, da República Popular da China, concluído em 17 de janeiro de 2001[7].

E, embora não existam regulamentos europeus que, no campo da revisão de sentenças penais estrangeiras, prevaleçam sobre as regras de direito interno, essa função é, de algum modo, desempenhada pela Lei n.º 158/2015, de 17 de setembro, que estabelece o Regime Jurídico da Transmissão e Execução de Sentenças em Matéria

[5] Sobre a articulação entre os preceitos do CPP sobre revisão de sentenças penais estrangeiras e os preceitos da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de outubro de 2014, Maia Costa, proc. 79/14, no sentido assinalado no texto.

[6] Sobre a transposição do direito internacional acordado por esta Convenção pela já assinalada Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2011, Pires da Graça, proc. 301/09.

[7] Veja-se, sobre a relevância deste Acordo em sede de revisão de sentenças estrangeiras, mais precisamente para o preenchimento do requisito de confirmação a que alude o art. 237º, n.º 1, alínea a), do CPP, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de dezembro de 2017, Orlando Gonçalves, proc. 128/17.

Penal (adiante, Lei 158/2015), na medida em que, transpondo as Decisões-Quadro 2008/909/JAI, do Conselho, e 2008/947/JAI, do Conselho, ambas de 27 de novembro de 2008, contém regras especiais sobre reconhecimento e execução de sentenças penais provenientes dos outros Estados-Membros da União Europeia (veja-se os seus arts. 3º, 13º a 21º e 34º a 44º)[8] – e do Reino Unido[9] –, bem como pela Lei n.º 36/2015, de 4 de maio, na parte em que, transpondo a Decisão-Quadro 2009/829/JAI do Conselho, de 23 de outubro de 2009, trata do reconhecimento de decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva (veja-se os seus arts. 3º e 18º a 24º).

3. Referências legais às imunidades de jurisdição: em particular, a Convenção de 2019

Praticamente em nenhum dos instrumentos legislativos mencionados nos pontos anteriores e noutros que consultámos (de direito interno, europeu e internacional) as imunidades de jurisdição figuram como causa de recusa de reconhecimento ou execução de sentenças estrangeiras.

É certo que a Lei 158/2015 refere, no art. 17º, n.º 1, alínea f), a "imunidade" como motivo de recusa de reconhecimento e de execução, mas não parece que tal conceito abranja as imunidades de jurisdição, pois está em causa apenas a "imunidade que, segundo a lei portuguesa, impeça a execução da condenação".

Com efeito, as imunidades de jurisdição têm normalmente a sua fonte no direito internacional, além de que não têm em vista a proteção contra a execução de decisões judiciais, mas a proteção contra a instauração de ações nos tribunais: por isso, aliás, se distinguindo das imunidades de execução, que, em processo civil, obstam à apreensão judicial de determinados bens e não impedem a instauração de processos judiciais (pelo menos quando estes não se dirijam especificamente à apreensão do bem coberto pela imunidade) e, em processo penal, à detenção ou à prisão de uma pessoa (e, em geral, à aplicação de qualquer medida que atinja a sua liberdade ou dignidade)[10].

[8] Sobre casos de reconhecimento de sentenças penais de outros Estados-Membros, à luz da Lei n.º 158/2015, de 17 de setembro, veja-se designadamente os acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de julho de 2018, Jorge Bispo, proc. 113/18, e de 9 de dezembro de 2019, Armando Azevedo, proc. 232/19, bem como o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de dezembro de 2020, Calheiros da Gama, proc. 1861/20.

[9] Do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de fevereiro de 2020, Maria do Carmo Ferreira, proc. 204/20, decorre que a Lei n.º 158/2015, de 17 de setembro continua a aplicar-se a decisões provenientes do Reino Unido até ao fim do período de transição, isto é, 31 de dezembro de 2020.

[10] Sobre as imunidades de execução em processo civil, veja-se, nomeadamente, o art. 19º da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens, concluída em Nova Iorque em 17 de janeiro de 2005, ou o art. 31º, n.º 3, da Convenção sobre Relações Diplomáticas, concluída em Viena em 18 de abril de 1961. Estas convenções não autonomizam claramente a imunidade de execução da imunidade de jurisdição em processo penal, mas a possibilidade de autonomização resulta, quanto a nós, da circunstância de a inviolabilidade da pessoa do agente diplomático ser tratada num preceito específico (o art. 29º da Convenção de Viena). Sobre a distinção entre as imunidades de jurisdição e as imunidades de execução, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de janeiro de 2019, Maria José Costa Pinto, proc. 12515/16.

A Lei n.º 36/2015, de 4 de maio, que no seu art. 20º, n.º 1, alínea f), alude também à "imunidade" como causa de recusa de reconhecimento da decisão que aplica uma medida de coação, coloca exatamente o mesmo problema.

O art. 2º, n.º 5, da recente Convenção de 2019, ao estatuir que a Convenção não afeta os privilégios e imunidades dos Estados e das organizações internacionais e dos seus bens (*Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property*) – replicando, aliás, o art. 2º, n.º 6 da Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro, concluída na Haia, em 30 de junho de 2005 –, também não arvora as imunidades de jurisdição em motivos de recusa de reconhecimento ou execução de sentenças civis e comerciais estrangeiras, limitando-se a aceitar a sua prevalência face à própria Convenção e a remeter para o direito interno dos Estados, no que toca ao seu tratamento processual.

Esta conclusão é, desde logo, indiciada pela integração sistemática do art. 2º, n.º 5, da Convenção de 2019 nas disposições dedicadas às matérias excluídas do âmbito de aplicação da Convenção: ora os possíveis motivos de recusa de reconhecimento ou execução figuram, diversamente, no art. 7º (de modo taxativo, e consubstanciando permissões e não imposições para os Estados signatários).

O Relatório Explicativo da Convenção de 2019[11] confirma, segundo se crê, o que se afirmou. Com efeito, aqui se salienta que o art. 2º, n.º 5, da Convenção tem em vista esclarecer que a circunstância de certas sentenças proferidas em ações nas quais foram partes Estados e organizações internacionais poderem cair no âmbito material de aplicação da Convenção, por força do disposto no seu art. 2º, n.º 4 – o que sucederá, no caso dos Estados, se disserem respeito a atos de gestão e não de império, de natureza civil ou comercial, e não tiver sido feita uma declaração ao abrigo do art. 19º (isto é, uma declaração excluindo a aplicação da Convenção a sentenças emergentes de processos nos quais o Estado ou certas pessoas intervieram como partes) –, não obsta a que essas entidades (e outras, tais como agentes diplomáticos ou consulares) invoquem, nos termos gerais do Direito Internacional, as imunidades de jurisdição de que beneficiam perante os tribunais de origem (ou seja, antes do proferimento das correspondentes sentenças), ou invoquem imunidades de jurisdição e execução perante os tribunais requeridos (ou seja, no momento do reconhecimento ou execução das sentenças): portanto, segundo a Convenção de 2019, nem se torna necessário, quando se pretenda fazer valer uma imunidade de jurisdição, convocar o seu art. 7º, referente aos motivos de recusa de reconhecimento ou execução, pois a situação está de antemão ressalvada pelo art. 2º, n.º 5[12].

[11] Cf. GARCIMARTÍN, Francisco, SAUMIER, Geneviève, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, Hague Conference on Private International Law, 2020 (disponível em https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=6797), pp. 70-71.

[12] A este propósito, veja-se também HARTLEY, Trevor, DOGAUCHI, Masato, *Relatório Explicativo da Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição do Foro* (disponível em https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=3959), p. 33, § 87, sobre o idêntico art. 2º, n.º 6: "O motivo para a inserção desta disposição na Convenção foi o facto de alguns delegados considerarem

Como no mesmo Relatório Explicativo também se observa, havendo uma imunidade de jurisdição, muito provavelmente estar-se-á perante um ato de império e, nessa medida, perante matéria que escapa imediatamente ao âmbito de aplicação da Convenção, por não ter natureza civil ou comercial, pelo que o art. 2º, n.º 5 não desempenha sequer, nessa hipótese, qualquer função útil; contudo, se se tratar de uma ação de natureza civil ou comercial na qual uma imunidade de jurisdição seja invocável, o preceito tem a utilidade de esclarecer, por um lado, que só a renúncia à imunidade de jurisdição perante o tribunal de origem tem como consequência a aplicação da Convenção e, por outro lado, que mesmo a renúncia à imunidade de jurisdição perante o tribunal de origem da sentença não impede a invocação de uma imunidade de execução perante o Estado requerido.

Em suma, para a Convenção de 2019, não constitui motivo de recusa de reconhecimento ou execução, mas motivo de *não aplicação da Convenção*, o proferimento de sentença estrangeira em violação de regras sobre imunidades de jurisdição; e também não constitui motivo de recusa de reconhecimento ou execução – mas, eventualmente, motivo de *inadmissibilidade da ação* (de revisão ou de declaração de executoriedade), tudo dependendo do tratamento que lhe for dado pelo direito interno dos Estados – a existência de uma imunidade de jurisdição num processo de reconhecimento que tenha como objeto uma sentença estrangeira relativamente à qual a questão de tal violação não se coloque.

O regime instituído pela Convenção de 2019 sobre a atendibilidade das imunidades de jurisdição em sede de reconhecimento ou execução de sentenças estrangeiras, não obstante fornecer um importante argumento no sentido de que *as imunidades de jurisdição também relevam, segundo o Direito Internacional, nos processos de reconhecimento e execução*, não sendo, portanto, apenas invocáveis pelos seus beneficiários nos antecedentes processos declarativos que correram perante os tribunais de outro Estado – questão que podia colocar dúvidas, porquanto o controlo da violação de imunidades de jurisdição assemelha-se a um controlo do mérito, frequentemente proibido nos vários ordenamentos –, levanta, porém, o problema de saber como devem os Estados do reconhecimento ou execução tratar a violação destas imunidades pelos Estados de origem da sentença.

Esse regime levanta, em concreto, a questão de saber *se o Direito Internacional impõe aos Estados* a recusa de reconhecimento e execução de qualquer sentença estrangeira que viole as imunidades que vêm referidas no art. 2º, n.º 5, da Convenção e, até, qualquer outra imunidade aí não referida (ainda que tal imposição esteja condicionada à invocação da imunidade pelo beneficiário, não sendo estabelecida *ex officio*).

Quanto a esta questão, crê-se que o facto de a Convenção de 2019 não tratar a violação das imunidades de jurisdição pelo Estado de origem da sentença como motivo de recusa de reconhecimento ou execução (mas, como se disse, como causa de não aplicação da Convenção) não obsta a que os Estados, no seu direito interno, configurem essa violação como motivo de recusa, nomeadamente que a tratem como um caso de

---

que o artigo 2.º, n.º 5 [equivalente ao art. 2º, n.º 4 da Convenção de 2019], poderia ser interpretado erroneamente como afetando estas questões: o artigo 2.º, n.º 6, visa tornar claro que tal não acontece".

incompatibilidade com a ordem pública internacional[13], ou que essa seja também a solução do direito europeu.

Mas da Convenção de 2019 não se extrai nenhum argumento no sentido de que o reconhecimento ou a execução de sentença proferida em violação de imunidades de jurisdição são proibidos, pelo que tal proibição tem de ser procurada em outra sede.

Para se saber se os tribunais portugueses estão adstritos a tal proibição, quando lhes seja requerido, ao abrigo da sua lei interna ou do direito europeu, o reconhecimento ou a execução de uma sentença estrangeira que violou imunidades de jurisdição, importa percorrer primeiro o direito legislado à luz da jurisprudência, que é o que se fará de seguida.

Complementarmente, verificar-se-á como devem os tribunais portugueses atuar quando, não obstante nenhuma violação tenha tido lugar perante o tribunal de origem da sentença, as imunidades de jurisdição sejam invocáveis no próprio processo destinado ao reconhecimento ou à execução: quanto a este ponto, e como se viu, a Convenção de 2019 limita-se a ressalvá-las genericamente, não avançando nenhum específico tratamento processual.

II. Jurisprudência sobre reconhecimento e imunidades de jurisdição

1. Jurisprudência portuguesa

Nos arts. 978º e seguintes do CPC não se encontram disposições proibindo a confirmação de decisões estrangeiras proferidas contra pessoas que gozam de imunidades de jurisdição ou, de um modo geral, de decisões estrangeiras que tenham sido proferidas em violação destas imunidades.

Diferenciam-se estas duas hipóteses, pois é possível que a decisão estrangeira tenha violado uma imunidade de jurisdição (na medida em que não devia sequer ter conhecido do mérito) e seja, apesar dessa violação, favorável à parte que dela beneficia.

Neste caso, porém, parece que configuraria um *venire contra factum proprium* o comportamento da parte vencida que pretendesse obstar à revisão da decisão invocando a violação da imunidade de jurisdição da parte contrária no processo de que emergiu a sentença a rever, e renúncia à imunidade a formulação de um pedido de revisão ou de execução pela parte vencedora: como tal, e pelos motivos apontados, dificilmente relevaria a imunidade de jurisdição no processo de reconhecimento ou de execução da sentença estrangeira.

[13] Esta conclusão decorre também, segundo cremos, da circunstância de GARCIMARTÍN, Francisco, SAUMIER, Geneviève, *Explanatory Report*, cit., p. 71, remeterem para o § 42 do documento intitulado *Note on Article 1(1) of the 2016 preliminary draft Convention and the term "civil or commercial matters": drawn up by the co-Rapporteurs of the draft Convention and the Permanent Bureau, Preliminary Document No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments* (disponível em https://assets.hcch.net/docs/9be83162-a32b-457c-8232-16748c841789.pdf), no qual se lê o seguinte: "[...] if the beneficiary did not renounce its immunity and a judgment is given against it, the recognition of such a judgment could be refused under either Article 2(5) or the public policy exception (Art. 7(1)(c))" (sublinhado acrescentado).

Não obstante a omissão da lei processual civil quanto à questão que se analisa, encontra-se alguma jurisprudência no sentido de que o direito interno português atribui relevância, no âmbito do processo de revisão de sentenças estrangeiras, às imunidades de jurisdição invocáveis no litígio resolvido pela sentença estrangeira a rever.

Com efeito, a Relação de Lisboa já entendeu, num acórdão de 2020, que uma sentença estrangeira proferida contra o Estado Português sobre matéria recondutível a um ato de soberania e, por esse motivo, coberta pela imunidade de jurisdição deste Estado, não constitui uma "decisão sobre direitos privados", na aceção do art. 978º, n.º 1, do CPC, tendo ainda considerado que tal imunidade se repercute, não na admissibilidade, mas no mérito da ação de revisão: a imunidade de jurisdição – que, no caso em análise, aliás não se verificava, como se observa no acórdão, porquanto a decisão a rever tratara de matéria (laboral) subtraída a tal imunidade – foi, assim, perspetivada pela Relação de Lisboa como um requisito negativo de confirmação da sentença estrangeira, não confundível, nem com os pressupostos processuais da ação de revisão da sentença estrangeira, nem com os requisitos necessários para a confirmação a que alude o art. 980º do CPC[14].

Diversa foi a perspetiva da Relação de Lisboa num acórdão mais antigo, de 2007, em que, rejeitando-se embora também a existência de uma imunidade de jurisdição do Estado Português numa ação de natureza laboral que correra no Brasil, discutiu-se a questão da relevância dessa imunidade no processo de revisão da correspondente sentença brasileira à luz dos requisitos hoje consagrados nos arts. 980º, alínea f), e 983º, n.º 2, do CPC (respetivamente, conformidade com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português e caráter mais favorável do resultado da ação se tivesse sido aplicado o direito material português)[15]. É de assinalar, em qualquer caso, que a Relação de Lisboa aceitou também, neste acórdão, que as imunidades de jurisdição podem obstar à confirmação de uma sentença estrangeira.

Vejamos agora a área do processo penal.

Nesta área, não localizámos jurisprudência relativa à invocabilidade das imunidades de jurisdição em sede de revisão de sentenças estrangeiras.

Em sede de *ações penais*, porém, o panorama já é diferente, tendo sido possível encontrar um acórdão de 2018 que, embora no caso que lhe coubesse apreciar não tivesse reconhecido imunidade ao suspeito (um ex-Vice-Presidente da República de

[14] No texto do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de outubro de 2020, Fátima Reis Silva, proc. 639/20, lê-se, na verdade, o seguinte, depois de se ter procedido ao saneamento do processo e *já em sede de conhecimento do mérito* (ponto 4.2. do acórdão): "No caso concreto, face ao conteúdo das decisões a rever, que versam a relação laboral entre o Estado Português e trabalhadores seus a prestar serviço em território brasileiro, não se levanta qualquer questão [...] quanto à qualificação desta relação de um empregador com os seus funcionários como privada, à luz do direito brasileiro e à luz do direito nacional. Resta, e porque a parte passiva neste pedido de revisão de sentença estrangeira é o Estado Português, afirmar que, dada a matéria objeto da decisão a rever, não estamos perante matéria em que pudesse ter sido invocada – como não foi – imunidade de jurisdição [...]".

[15] Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de maio de 2007, Fátima Galante, proc. 750/2007-6.

Angola), aceita a aplicação das imunidades de jurisdição consagradas no Direito Internacional costumeiro ao processo penal[16].

Este acórdão parece, de todo o modo, conferir-lhes um alcance menos vasto do que aquele que lhes é dado em processo civil, na medida em que nele se afirma que as mesmas não impedem a instauração de um processo contra a pessoa que delas beneficia, obstando unicamente à sujeição desta pessoa a certos atos processuais[17]. Ou seja: enquanto as imunidades de jurisdição de um réu num processo civil constituem (nos termos gerais decorrentes do não preenchimento de um pressuposto processual) exceções dilatórias, determinando a absolvição do réu da instância, por lhes estar subjacente a inadmissibilidade da ação que foi proposta, em processo penal, e na perspetiva do acórdão, elas parecem afetar apenas a validade de certos atos de perseguição penal mais intrusivos.

2. Jurisprudência internacional e europeia

Na jurisprudência internacional não é ignorada a questão de saber se, num processo de reconhecimento ou de declaração de executoriedade, a violação de uma imunidade de jurisdição pelo tribunal que proferiu a sentença pode constituir motivo de recusa de reconhecimento ou execução, nem a questão de saber se as imunidades de jurisdição podem ser invocadas e concedidas num processo daquela natureza, independentemente de terem podido atuar no processo de que emergiu a sentença a reconhecer ou executar.

Com efeito, o Tribunal Internacional de Justiça, no único acórdão que conseguimos localizar sobre tais questões, e que é de 2012, responde às duas de modo afirmativo: à primeira, só muito fugazmente, pois considera que a análise da segunda seria suficiente para o problema que tinha de resolver (e que era o de saber se a Itália violara a imunidade de jurisdição da Alemanha, ao declarar executórias, em Itália, sentenças gregas proferidas contra a Alemanha); à segunda, essencialmente assinalando que a concessão de *exequatur* envolve o exercício do poder jurisdicional de um Estado, pelo que as imunidades de jurisdição (no caso, de um Estado estrangeiro) devem poder ser invocadas e garantidas no correspondente processo[18].

[16] Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de maio de 2018, Cláudio Ximenes, proc. 333/14.

[17] Lê-se, com efeito, no mencionado acórdão o seguinte, a propósito das imunidades de jurisdição dos Chefes de Estado estrangeiros em funções: "[...] não temos dúvidas de que sujeitar um Chefe de Estado estrangeiro em funções a julgamento, a medida de coacção, a medida ou acto destinado a recolha de prova, ou a notificação da acusação deduzida contra ele, interfere ou pode interferir no exercício das funções dele. Portanto, é natural que o direito internacional retire ao Estado do foro o poder de praticar esses actos processuais, comprimindo-lhe o direito de exercer a sua jurisdição nessa medida. Mas todos os actos do processo criminal que não constituam sujeição do Chefe de Estado estrangeiro em funções a medidas ou actos daquela natureza, tais como a participação-crime, a abertura do inquérito, a realização do inquérito, a recolha de prova, a acusação, só por si, não têm qualquer influência directa no exercício das funções desse Chefe de Estado. Portanto, não é razoável que o direito internacional queira alargar a estes actos a imunidade à jurisdição estrangeira que confere ao Chefe de Estado em funções; pois isso seria comprimir desnecessária e injustificadamente o poder do Estado de foro, afectado a sua independência e igualdade perante os outros Estados".

[18] Veja-se especialmente os §§ 127, 128 e 130 do acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 3 de janeiro de 2012 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (disponível em: https://www.icj-cij.org/en/case/143): "127. There is nothing to prevent national courts from ascertaining,

Na jurisprudência europeia, embora os instrumentos de direito europeu sobre competência internacional e reconhecimento e execução de decisões estrangeiras não contenham preceitos sobre imunidades de jurisdição, esta figura também já tem sido analisada, quer a propósito da definição do âmbito material de aplicação desses instrumentos, quer a propósito do problema de saber se as imunidades devem ser respeitadas pelos Estados cujos tribunais são internacionalmente competentes nos termos dos mesmos instrumentos.

Estas duas vertentes de análise encontram-se presentes, por exemplo, nas conclusões de 2 de abril de 2020 do Advogado-Geral H. Saugmandsgaard Øe, apresentadas no processo de reenvio prejudicial C-186/19, emergente de um processo principal que correu nos Países Baixos e opôs a *Supreme Site Services GmbH* e outros à *Supreme Headquarters Allied Powers Europe*.

Com efeito, aí se considerou, por um lado, que os atos praticados pelas organizações internacionais não configuram necessariamente "atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado («acta jure imperii»)", nos termos do art. 1º, n.º 1, do Regulamento 1215/2012 e como tal automaticamente excluídos do seu âmbito material de aplicação, e, por outro lado, que os tribunais dos Estados-Membros devem recusar-se a exercer a competência internacional que o mesmo regulamento lhes atribui, quando confrontados com as imunidades dessas organizações (de jurisdição ou de execução).

Quanto a este último aspeto, sublinha o Advogado-Geral (cf. os parágrafos 69 e 70 das referidas conclusões) que a apreciação da existência da imunidade tem lugar depois da verificação do preenchimento do âmbito material do Regulamento 1215/2012 e da determinação da competência internacional, implicando já um exame do processo quanto ao mérito.

Não nos parecendo embora de sufragar o entendimento de que o reconhecimento de uma imunidade de jurisdição impõe o proferimento de uma sentença de mérito (de absolvição do réu do pedido), pois o tribunal, se não possui jurisdição sobre certo réu, deve precisamente abster-se de conhecer do mérito, as conclusões mencionadas – aliás seguidas no subsequente acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2020[19] –, têm, de qualquer modo, a virtualidade de, no campo das ações, esclarecer que a atribuição de competência internacional pelos instrumentos de direito europeu não obriga os

---

before granting *exequatur*, that the foreign judgment was not rendered in breach of the immunity of the respondent State. However, for the purposes of the present case, the Court considers that it must address the issue from a significantly different viewpoint. In its view, it is unnecessary, in order to determine whether the Florence Court of Appeal violated Germany's jurisdictional immunity, to rule on the question of whether the decisions of the Greek courts did themselves violate that immunity [...]. The relevant question, from the Court's point of view and for the purposes of the present case, is whether the Italian courts did themselves respect Germany's immunity from jurisdiction in allowing the application for *exequatur* [...] 128. Where a court is seised, as in the present case, of an application for *exequatur* of a foreign judgment against a third State, it is itself being called upon to exercise its jurisdiction in respect of the third State in question. [...] 130. It follows from the foregoing that the court seised of an application for *exequatur* of a foreign judgment rendered against a third State has to ask itself whether the respondent State enjoys immunity from jurisdiction [...]".

[19] Tanto o acórdão como as conclusões do Advogado-Geral estão disponíveis aqui: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-186/19.

Estados a eles vinculados a exercê-la, quando a tal se oponham as imunidades de jurisdição ou execução concedidas pelo Direito Internacional, nem as imunidades de jurisdição ou execução obstam à apreciação, pelos tribunais dos vários Estados, da sua própria competência internacional nos termos daqueles instrumentos.

Operarão, todavia, as referidas imunidades, quando se trate, não de propor uma ação perante certa jurisdição vinculada a um instrumento de direito europeu, mas de reconhecer ou executar uma sentença proveniente de outra jurisdição vinculada ao mesmo instrumento? Sobre esta concreta questão, que é a que verdadeiramente nos interessa, não encontrámos jurisprudência.

III. Posição adotada

1. Direito interno

a) Processo civil

Do nosso ponto de vista, só no caso de a imunidade de jurisdição refletir um ato de império do Estado se poderia excluir a sentença estrangeira que a violasse do âmbito de aplicação do art. 978º, n.º 1, do CPC e, desse modo, subtraí-la à revisão: não por ter violado a imunidade, mas, desde logo, por não constituir "decisão sobre direitos privados".

Já se a imunidade de jurisdição não refletir um ato de império do Estado, designadamente por dizer respeito a um ato de gestão do Estado ou a um ato praticado pelo seu beneficiário fora do exercício das suas funções, a sentença que a viola pode perfeitamente constituir uma decisão sobre direitos privados; e, neste caso, a negação de confirmação não pode fundar-se no não preenchimento da previsão do art. 978º, n.º 1, do CPC.

Considera-se, em suma, que do art. 978º, n.º 1, do CPC não se retira qualquer argumento no sentido da relevância ou irrelevância das imunidades de jurisdição nas ações de revisão de sentença estrangeira, tendo a expressão "decisão sobre direitos privados" unicamente o propósito de esclarecer, por um lado, que as sentenças comerciais e não só as civis são suscetíveis de revisão e, por outro lado, que não são suscetíveis de revisão as sentenças estrangeiras sobre matérias de direito público[20].

Também não é seguro que, em se pretendendo rever uma sentença estrangeira sobre matéria que não verse sobre "direitos privados", a decisão do tribunal da revisão deva ser uma decisão de mérito, negando a confirmação, como subentendeu a Relação de Lisboa, no primeiro dos seus mencionados acórdãos (*supra*, II, 1.): a insusceptibilidade de revisão da sentença parece antes influir na admissibilidade da ação de revisão instaurada, pelo que não é irrazoável sustentar que o tribunal deve, diversamente, absolver o requerido da instância.

[20] Assim, DOS REIS, Alberto, *Processos especiais*, vol. II, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1982, pp. 144-145. É de notar que, ao tempo em que Alberto dos Reis escrevia, nas sentenças sobre direitos públicos incluíam-se as sentenças administrativas e as criminais, havendo atualmente a considerar as disposições do CPP sobre revisão de sentenças penais estrangeiras.

Esta conclusão, porém, obstaria à interposição de recurso de revista, por força do disposto no art. 985º do CPC, resultado que se afigura de rejeitar, por o requisito em falta ter muitas semelhanças com os consagrados no art. 980º do mesmo Código, cuja verificação pode ser controlada pelo Supremo Tribunal de Justiça, não se compreendendo que o preenchimento daquele requisito também não o possa ser; a isto acresce que a absolvição da instância não impediria o requerente de propor perante os tribunais portugueses nova ação de revisão sobre o mesmo objeto (isto é, sobre a mesma sentença estrangeira), o que se afigura inaceitável, sob o ponto de vista da tutela da segurança jurídica do requerido. Concorda-se, em suma, com o tratamento da questão como um problema de mérito e não de admissibilidade da ação, tal como a tratou a Relação de Lisboa.

Se a sentença estrangeira a rever puder ser qualificada como uma "decisão sobre direitos privados" e tiver violado uma imunidade de jurisdição, qual, então, o tratamento a dar-lhe, à luz da lei portuguesa, e atendendo a que o art. 978º, n.º 1, do CPC não obsta à sua confirmação?

Quatro alternativas de solução se colocam, a este propósito: a) negação da confirmação, por não preenchimento de um dos requisitos do art. 980º do CPC; b) negação da confirmação, por aplicação do art. 983º, n.º 2, do mesmo Código; c) negação da confirmação, por inverificação de um requisito de confirmação inominado; d) confirmação, por a violação de imunidades de jurisdição pela sentença revidenda não constituir causa de recusa.

Testando a primeira alternativa, dir-se-ia que, de entre os requisitos contemplados no art. 980º do CPC, os únicos que assumem pertinência para a resolução da questão em análise são os das alíneas c) ou f), respetivamente o da não violação da competência exclusiva dos tribunais portugueses e o da não condução do reconhecimento a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

No que diz respeito ao requisito da alínea c), cremos seguro que a violação de uma imunidade de jurisdição pela sentença a rever não consubstancia violação da competência exclusiva dos tribunais portugueses, pelo que a confirmação não poderia ser negada com fundamento em falta de preenchimento de tal requisito. Com efeito, embora a sujeição à jurisdição e a competência internacional apareçam erradamente confundidas em vários acórdãos de tribunais portugueses (que absolvem os réus da instância com fundamento em incompetência internacional, quando eles beneficiam de uma imunidade de jurisdição), a verdade é que os dois pressupostos processuais se distinguem, por o primeiro atender ao objeto da ação e o segundo à qualidade dos seus intervenientes. A isto acresce que as imunidades de jurisdição claramente não estão referenciadas no art. 63º do CPC, que contempla os casos de competência exclusiva dos tribunais portugueses. Finalmente, mesmo que a alínea c) do art. 980º do CPC pudesse abranger imunidades de jurisdição – e, como se explicou, não parece que possa –, só seriam relevantes, obstando à revisão da sentença estrangeira, aquelas que importassem a sujeição do beneficiário unicamente à jurisdição portuguesa (o que só sucede com as imunidades do Estado português).

Relativamente ao requisito da alínea f) do art. 980º do CPC (o de que a sentença a rever não pode conter decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado

manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português), o seu preenchimento no caso de a sentença a rever ter violado uma imunidade de jurisdição enfrenta a genérica dificuldade decorrente da imprecisão da expressão "manifestamente incompatível" e do caráter indeterminado do conceito de "ordem pública internacional do Estado Português", usados no preceito.

A este propósito, importa começar por sublinhar que não é de excluir que a circunstância de a revisão ser pedida pela pessoa cuja imunidade de jurisdição foi violada, a de o beneficiário pura e simplesmente não invocar a violação da sua imunidade de jurisdição perante o tribunal português ou a de a imunidade de jurisdição ter cessado após a data de produção de efeitos da sentença estrangeira influam (positivamente) na possibilidade de confirmação da sentença, atendendo ao "carácter aposteriorístico da ordem pública internacional" e à "característica da atualidade" na aferição do desvalor do resultado do reconhecimento[21]; no caso de a revisão ser pedida pela própria pessoa cuja imunidade foi violada, haveria, ainda, a considerar o obstáculo da renúncia à imunidade, a que atrás já se aludiu (*supra*, II, 1.).

Por outro lado, como o "grau de ligação entre a situação e o Estado do foro" também releva substancialmente "para a intensidade da atuação da reserva de ordem pública internacional"[22], é legítimo inferir que a violação, pela sentença a rever, de uma imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro, ou de um agente diplomático ou consular estrangeiro, dificilmente afrontaria os princípios da ordem pública internacional do Estado Português. O equivalente fundamento de recusa de reconhecimento ou execução de sentença estrangeira, constante do art. 7º, n.º 1, alínea c), da Convenção de 2019[23], corrobora o entendimento de que só quando a violação da imunidade de jurisdição representa uma desconsideração da soberania do Estado do reconhecimento se justifica, em princípio, a negação de confirmação.

A aplicabilidade da alínea c) do art. 980º do CPC não é, a nosso ver, afastada pela circunstância de as regras sobre imunidades de jurisdição serem normalmente de fonte internacional (costumeira, apesar de muitas vezes vertidas em convenções

[21] Assinalando estas duas particularidades do regime do reconhecimento, veja-se GOMES DE ALMEIDA, João, *O divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 627-629, e "Revisão de sentenças estrangeiras", in: AA.VV., *Processos especiais*, vol. II (coord: Rui Pinto, Ana Alves Leal), Lisboa: AAFDL Editora, 2020 (pp. 311-344), p. 332.

[22] Assim, DE LIMA PINHEIRO, Luís, *Direito Internacional* Privado, vol. III – tomo II (Reconhecimento de decisões estrangeiras), 3ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 229. Veja-se, ainda, PATRÃO, Afonso, "Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017, Revista n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 62 (Abril/Junho 2018), (pp. 41-67), pp. 60-61 e 63, salientando que "a mobilização da ordem pública internacional depende da existência de uma conexão relevante com o ordenamento jurídico do foro" e que "a apreciação do carácter chocante do resultado depende da intensidade de ligação ao foro", e GOMES DE ALMEIDA, João, *O divórcio*, cit., pp. 459-460, a propósito da relatividade enquanto característica da ordem pública internacional, que, todavia, será "reduzida à sua mínima expressão" quando ocorra colisão com o "núcleo intangível da ordem jurídica do foro".

[23] Segundo este preceito, a recusa pode ter lugar se a "recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State". (sublinhado acrescentado)

internacionais) e aquela alínea parecer ter em vista normas e princípios fundamentais do direito interno português[24]. Além de ser incongruente atribuir menor eficácia ao Direito Internacional face ao direito interno nos litígios plurilocalizados, importa ter presente que, segundo o art. 8º, n.º 1, da Constituição, "[a]s normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português": consequentemente, a fonte dos referentes da ordem pública internacional não tem de ser o direito interno[25], interessando, antes, para o conceito operar, o caráter fundamental dos valores e não a respetiva fonte[26].

Finalmente, a circunstância de a violação em causa dizer respeito a regras de natureza processual também não exclui, em si mesma, a possibilidade de aplicação da alínea f), considerando que ela abrange as violações da ordem pública internacional processual assentes no desrespeito de princípios processuais diversos dos mencionados na alínea e) do mesmo artigo[27].

O que acabou de ser dito milita, portanto, no sentido de que a violação de uma imunidade de jurisdição pela sentença a rever pode preencher a previsão da alínea f) do art. 980º do CPC, não sendo, porém, automática tal consequência, e tudo dependendo do caso concreto.

Podendo aplicar-se, nos termos expostos, a alínea f) do art. 980º do CPC, há que rejeitar a quarta alternativa, que havíamos avançado, de solução do problema da relevância da violação de imunidades de jurisdição pela sentença estrangeira: com efeito, não é possível sustentar que nenhum obstáculo enfrente, no ordenamento português, a revisão de sentença estrangeira que violou uma imunidade de jurisdição.

Quanto à segunda alternativa – a que propugna a subsunção do caso no art. 983º, n.º 2, do CPC –, entende-se que este preceito claramente não regula a violação de imunidades de jurisdição, pois pressupõe a possibilidade de a aplicação do direito material português ser mais favorável ao réu português condenado: ora as imunidades

[24] Assim, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de junho de 2019, Emídio Santos, Proc. 274/18, citando outra jurisprudência no mesmo sentido: "os princípios da ordem pública internacional de um Estado compreendem em especial os princípios fundamentais desse Estado, os direitos e liberdades individuais garantidos pela respectiva Constituição".
Ao art. 7º, n.º 1, alínea c) da Convenção de 2019 também subjaz o pressuposto de que a ordem pública internacional é integrada por normas e princípios de direito interno. Como observam GARCIMARTÍN, Francisco, SAUMIER, Geneviève, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, Hague Conference on Private International Law, 2020 (disponível em https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=6797), p. 120, § 264: "Sub-paragraph (c) does specify that it refers to the public policy *of the requested State*, indicating that there is no expectation of uniformity as to the content of public policy in each State. [...], it remains up to each State to define the public policy defence".

[25] Cf. PATRÃO, Afonso, "Ordem pública", cit., p. 56: "[...] o facto de a ordem pública internacional constituir um conceito nacional (dirigindo-se à tutela dos valores e princípios do ordenamento jurídico interno), não impede que tais cânones sejam comungados por outros sistemas ou tenham até a sua origem em textos convencionais: o facto de proteger os princípios e normas fundamentais da ordem jurídica do foro não significa que a fonte desses referentes seja sempre o direito interno".

[26] *Idem*, p. 61.

[27] Assim, GOMES DE ALMEIDA, João, "Revisão", cit., pp. 330-331.

de jurisdição não integram, nem o direito material, nem o direito português, dada a sua incidência processual e a sua fonte (normalmente) internacional.

De todo o modo, retira-se do art. 983º, n.º 2, do CPC uma intenção de proteção das pessoas singulares e coletivas de nacionalidade portuguesa, que abona a favor da solução a que já tínhamos chegado: a de que só o reconhecimento de decisão estrangeira que haja violado imunidades de jurisdição do Estado Português ou de agentes diplomáticos e consulares portugueses[28] é, em princípio, suscetível de afrontar a ordem pública internacional do Estado Português.

Importa agora testar a terceira alternativa que se tinha inicialmente colocado: a de a confirmação dever ser recusada, por inverificação de um requisito de confirmação inominado, quando a sentença a rever haja violado imunidades de jurisdição.

Esta alternativa de solução mantém-se operativa, pois a circunstância de se ter concluído que a violação de uma imunidade de jurisdição pela sentença a rever nem sempre impede a confirmação de uma sentença estrangeira à luz da alínea f) do art. 980º do CPC, não significa que tal violação, quando não obste ao preenchimento do requisito de confirmação desta alínea, seja irrelevante: pode, de facto, suceder que o Direito Internacional vede o reconhecimento da sentença neste caso, independentemente de ele afrontar ou não a ordem pública internacional do Estado do reconhecimento, e que não sejam taxativos os requisitos de confirmação consagrados no art. 980º do CPC. Por outro lado, pode suceder que tanto o Direito Internacional como o direito interno censurem a mesma situação, pelo que não é por a violação de imunidades de jurisdição pela sentença revidenda poder ser censurada pelo direito interno relativo ao reconhecimento que se torna desnecessário averiguar o que dispõe o Direito Internacional neste domínio.

A este respeito, temos, porém, dificuldade em aceitar que o Direito Internacional imponha uma genérica *proibição* de reconhecimento ou execução de sentenças estrangeiras que hajam violado imunidades de jurisdição.

Em primeiro lugar, porque os instrumentos de Direito Internacional convencional que têm positivado tais imunidades (de que são mero exemplo, mas de grande relevância, a ainda não vigente Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens, concluída em Nova Iorque em 17 de janeiro de 2005, ou a Convenção sobre Relações Diplomáticas, celebrada em Viena em 18 de abril de 1961) não referem tal proibição de reconhecimento ou execução, limitando-se a consagrar o privilégio de certas pessoas de não serem demandadas perante certas jurisdições em ações com certo tipo de objeto.

Ora, se dos referidos instrumentos se pode retirar que os beneficiários das imunidades de jurisdição as podem invocar em ações de reconhecimento ou de declaração de executoriedade *para o efeito de não serem demandados* nestas ações, já não se retira que as possam invocar nestas ações para o efeito de ser apreciada a violação das mesmas por outra jurisdição e, por motivo dessa violação, ser negado o reconhecimento ou a declaração de executoriedade que o autor pretende.

[28] As noções de "Estado", "agente diplomático" e "agente consular" devem procurar-se nas fontes de direito internacional que consagram as correspondentes imunidades, ultrapassando naturalmente os objetivos do presente artigo.

O Tribunal Internacional de Justiça, no acórdão de 2012 a que fizemos referência (*supra*, II, 2), não chegou, aliás, ao ponto de afirmar que um tribunal perante o qual seja pedida a declaração de executoriedade de uma sentença estrangeira está obrigado a recusá-la se tiver ocorrido, perante o tribunal de origem, a violação de uma imunidade de jurisdição: limitou-se a assinalar – o que é diferente –, que *nada impede* aquele tribunal, antes de conceder o *exequatur*, de verificar se a sentença estrangeira não violou uma imunidade de jurisdição do demandado. É certo que o Tribunal Internacional de Justiça, como dissemos, entendeu que não era necessário desenvolver esta concreta questão: mas não deixa de ser significativo que a única passagem a ela dedicada não aluda a uma proibição de concessão do *exequatur*.

Em segundo lugar, a consagração, pelo Direito Internacional, de uma proibição dessa natureza – isto é, de uma proibição de reconhecimento ou execução de sentenças estrangeiras que hajam violado imunidades de jurisdição – não contribuiria, a nosso ver, para as relações amistosas entre os Estados, objetivo que precisamente visam muitas das imunidades de jurisdição, pois forçaria os Estados a emitir juízos de conformidade das sentenças revidendas com o Direito Internacional, que poderiam ser encarados como uma ameaça à independência e à autoridade dos tribunais que as houvessem proferido.

Finalmente, a circunstância de caber aos tribunais de cada Estado aferir a verificação, em concreto, das imunidades de jurisdição, a de os preceitos de Direito Internacional que as consagram utilizarem por vezes conceitos indeterminados e, bem assim, a de o Direito Internacional registar uma constante evolução nessa matéria (de que é expressão a atual tendência, embora ainda não dominante, no sentido da não atribuição de imunidade de jurisdição nas ações que se fundem na prática, pelo demandado, de ato violador de norma imperativa de Direito Internacional, isto é, de *jus cogens*), podem tornar insegura a afirmação de que certa imunidade de jurisdição foi violada em certa sentença, não sendo conveniente fazer assentar, numa base tão frágil, uma proibição de reconhecimento ou execução da mesma por outra jurisdição.

Sabemos que a posição que sufragamos não corresponde à orientação da doutrina portuguesa que já se pronunciou sobre a questão, nem à da doutrina e jurisprudência alemãs maioritárias, que sustentam, diversamente, que não pode ser reconhecida ou executada uma sentença estrangeira que haja violado imunidades de jurisdição consagradas no Direito Internacional, essencialmente com base no argumento de que a tal se oporia o Direito Internacional: segundo esta orientação, o Estado perante o qual fosse pedido o reconhecimento ou a execução violaria, ele próprio, o Direito Internacional, se os seus tribunais reconhecessem ou executassem sentenças estrangeiras nulas por falta de jurisdição[29]. Todavia, não encontramos, como tentámos

[29] Na doutrina portuguesa, veja-se DE LIMA PINHEIRO, Luís, *Direito*, cit., p. 229, na medida em que, quando sustenta que "[a] decisão estrangeira só pode ser reconhecida se foi proferida por um tribunal ou autoridade dentro dos limites fixados pelo *Direito Internacional Público*", afirma que "têm de ser respeitados os limites resultantes das imunidades de jurisdição, designadamente dos Estados e dos agentes diplomáticos e consulares", assim dando a entender que a violação de qualquer imunidade de jurisdição de fonte internacional impede o reconhecimento e, além disso, que a alínea f) do art. 980º do CPC não abrange a violação de imunidades de jurisdição.
Face ao ordenamento alemão, veja-se nomeadamente o acórdão do *Bundesgerichtshof* de 26 de junho de 2003 (III ZR 245/98, disponível em https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html) – que

explicar, apoio no Direito Internacional para esta solução, pelo que não a podemos perfilhar.

Vejamos agora um outro problema, distinto do acabado de analisar: o de saber se o requerido de uma ação de revisão de sentença estrangeira pendente em tribunal português pode invocar a sua imunidade de jurisdição, independentemente de (ou abstraindo da circunstância de) a sentença a rever a ter violado.

Este problema distingue-se nitidamente do anterior se, por exemplo, a imunidade de jurisdição tiver surgido depois de a sentença a rever se ter tornado eficaz.

Mas também se a violação da imunidade de jurisdição pela sentença a rever não colocar nenhum problema de confirmação face ao art. 980º, alínea f) do CPC se pode perguntar se o beneficiário a poderá fazer valer (a imunidade, e não a sua violação) perante o tribunal português.

Se tiver havido renúncia à imunidade de jurisdição perante o tribunal de origem não parece possível, por revelar um comportamento contraditório do beneficiário, fazê-la valer perante o tribunal do reconhecimento (sem prejuízo de se manter a possibilidade de invocação de uma eventual imunidade de execução no processo executivo que se siga à ação de revisão).

Fora deste caso de renúncia, cumpre começar por assinalar que a Convenção de 2019, como se viu (*supra*, I, 3.), pressupõe a possibilidade de invocação de imunidades de jurisdição nos processos de reconhecimento ou declaração de executoriedade, e ainda que, dos instrumentos de Direito Internacional que as positivam, não se retira qualquer argumento no sentido de que elas não possam ser invocadas naqueles processos, nos mesmos termos em que o podem ser nos processos judiciais em que o fundo da causa é decidido: assim, deve entender-se que as imunidades de jurisdição devem valer no processo especial de revisão de sentenças estrangeiras regulado nos arts. 978º e segs. do CPC, como em qualquer outro processo instaurado perante um tribunal português.

Com uma única particularidade: o tribunal da revisão deve perguntar-se se, caso lhe tivesse cabido decidir a ação que correu perante o tribunal estrangeiro, o Direito Internacional lhe imporia a concessão de imunidade de jurisdição ao réu, pois a sua concessão na ação de revisão depende de uma resposta afirmativa a tal questão[30].

---

recusou o reconhecimento de uma sentença grega, por tal sentença ter violado o princípio de Direito Internacional da imunidade de jurisdição dos Estados –, a decisão do mesmo tribunal de 30 de março de 2011 (XIIZB 300/10, disponível no mesmo endereço) – que reitera o entendimento de que o direito internacional impede o reconhecimento de uma decisão estrangeira na Alemanha, se o Estado de emissão desconsiderar as imunidades diplomáticas, desconsideração que, no caso concreto, aliás não ocorrera –, bem como JUNKER, Abbo, *Internationales Zivilprozessrecht*, München: C.H.Beck, 2016, pp. 45 e 297 (§4, parágrafo 14 e §28, parágrafo 13) e SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht: mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht*, München: C.H.Beck, 2017, pp. 342-343 (§17, parágrafo 919). LINKE, Hartmut / HAU, Wolfgang, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Köln: Otto Schmidt, 2018, p. 265 (n.º 13.43) reconduzem, todavia, a violação de princípios elementares de imunidade de jurisdição à violação da ordem pública, limitando-se a assinalar que alguma jurisprudência e doutrina a configuram como motivo autónomo de recusa de reconhecimento: do que se deduz que não perfilham esta última orientação (e também a nossa, pois não colocam o enfoque na violação da soberania do Estado do reconhecimento, mas, ao que nos parece, na gravidade da violação da imunidade pelo tribunal de origem).

[30] Neste sentido, veja-se o § 130 do acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 3 de janeiro de 2012, cit.: "130. [...] the court seised of an application for *exequatur* of a foreign judgment rendered against a

Assim, e retomando o caso das sentenças norte-americanas proferidas contra o Irão e pessoas ligadas ao Irão, diríamos que, se se pretendesse a sua revisão em Portugal, nada impediria que, na ação de revisão de sentença estrangeira, os réus invocassem a respetiva imunidade de jurisdição, e que o tribunal português a apreciasse, nos termos acabados de expor, para o efeito de decidir se podia conhecer do mérito da ação: já não nos parece, porém, que uma eventual violação da imunidade de jurisdição dos réus pelos tribunais norte-americanos tivesse qualquer relevância perante o ordenamento português, em concreto, que aquelas sentenças não pudessem ser confirmadas por a tal se opor o Direito Internacional. Parece-nos, aliás, que foi este o raciocínio seguido na sentença do Luxemburgo a que, logo na Introdução do presente texto, se fez referência, porquanto nela se entendeu que as imunidades de jurisdição dos réus tornavam inadmissíveis (e não improcedentes) os pedidos de declaração de executoriedade das sentenças americanas[31].

Por último, e para concluir este ponto dedicado à relevância das imunidades de jurisdição na ação de revisão de sentença estrangeira prevista no CPC, assinale-se que a possibilidade de as imunidades de jurisdição serem invocadas enquanto exceções dilatórias nas ações de revisão de sentença estrangeira, nos termos gerais, não significa que deixe de ter utilidade a possibilidade de recondução de algumas violações de imunidades de jurisdição ao requisito de confirmação do art. 980º, alínea f), do CPC, nos moldes atrás sustentados: assim, por exemplo, um diplomata português ou o Estado português não possuem imunidade de jurisdição perante os tribunais portugueses, pelo que se forem réus num processo de revisão de sentença estrangeira instaurado em Portugal não podem invocar aquela imunidade para o efeito de serem absolvidos da instância; mas já poderão sustentar (se for esse o caso) que a sentença revidenda violou a sua imunidade de jurisdição e que, consequentemente, não está verificado o requisito de confirmação daquela alínea f).

b) Processo penal

Segundo o art. 237º, n.º 2, do CPP, "[v]alem correspondentemente para confirmação de sentença penal estrangeira, na parte aplicável, os requisitos de que a lei do processo civil faz depender a confirmação de sentença civil estrangeira".

Não vemos motivo para não estender ao processo penal as soluções do processo civil quanto à atendibilidade das imunidades de jurisdição na revisão de sentença estrangeira, tanto as aplicáveis à violação, pela sentença estrangeira, dessas imunidades, como as relativas à invocação das mesmas, enquanto exceções dilatórias, no processo de revisão. Está-se, a nosso ver, perante mais um exemplo que ilustra os "princípios comuns ao processo de

third State has to ask itself whether the respondent State enjoys immunity from jurisdiction – having regard to the nature of the case in which that judgment was given – before the courts of the State in which *exequatur* proceedings have been instituted. In other words, it has to ask itself whether, in the event that it had itself been seised of the merits of a dispute identical to that which was the subject of the foreign judgment, it would have been obliged under international law to accord immunity to the respondent State [...]".

[31] Veja-se os pontos 1.2. e 2.2. da sentença do Luxembugo (*supra*, nota 3): "Eu égard à la décision prise au titre de l'immunité de juridiction, l'examen des conditions juridiques posées à l'exequatur des décisions américaines devient sans objet".

revisão e confirmação nos dois ramos do direito"[32], o que não significa que, em processo penal, a ordem pública internacional do Estado Português não apresente manifestações particulares, que se prendem com a especificidade deste ramo do Direito[33], ou que a figura da exceção dilatória (ou a da absolvição da instância) não assumam contornos próprios[34].

2. Direito internacional e europeu

Se a Convenção de 2019 vier a vigorar, já se descreveram as soluções que dela decorrerão para as ações de revisão de sentença estrangeira propostas em Portugal, às quais a mesma seja aplicável e nas quais se coloquem problemas de imunidades de jurisdição (*supra*, I, 3). Relativamente às outras convenções de que Portugal é parte, tendemos a entender que as soluções para semelhantes problemas não devem ser diferentes, mas é-nos impossível analisar cada uma delas, neste contexto.

Vejamos agora o direito europeu, concentrando-nos apenas no Regulamento 1215/2012, que acolhe o princípio do reconhecimento mútuo, subscrito pelo Conselho Europeu na sua reunião de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999 (cf. o ponto 33 das respetivas conclusões[35]).

O reconhecimento e a execução, em Estados-Membros da União Europeia, de decisões em matéria civil e comercial que tenham sido proferidas por tribunais de outros Estados-Membros, prescindem de procedimento específico e de declaração de executoriedade (cf. os arts. 36º, n.º 1, e 39º do Regulamento 1215/2012): contudo, qualquer interessado pode pedir a recusa de reconhecimento de uma decisão (cf. o art. 45º), podendo também a pessoa contra a qual é requerida execução pedir a recusa de execução da mesma (cf. o art. 46º); é também possível, segundo o art. 36º, n.º 2, "requerer uma decisão que declare não haver motivos para recusar o reconhecimento, nos termos do artigo 45.º"; finalmente, é possível pedir a recusa de reconhecimento a título incidental, nos termos do art. 36º, n.º 3.

Um dos fundamentos de recusa de reconhecimento ou de execução é precisamente a manifesta contrariedade destes à ordem pública do Estado-Membro requerido (cf. os arts. 45º, n.º 1, alínea a) e 46º do Regulamento 1215/2012)[36], fundamento que, do

[32] Assinalando estes princípios comuns, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2012, Rodrigues da Costa, proc. 166/11.

[33] Assim, "[a] inexistência de cúmulo jurídico colide com o ordenamento jurídico-penal português, neste aspecto se revelando incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado" (cf. o já citado acórdão do mesmo Supremo de 2 de fevereiro de 2011, Pires da Graça, proc. 301/09, sobre a aplicação do requisito da alínea f) do art. 980º do CPC – alínea f) do art. 1096º do CPC de 1961 – ao processo penal; veja-se, ainda, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de abril de 2015, José Carreto, proc. 86/13).

[34] Embora o CPP não aluda a estas figuras, profusamente presentes no CPC, alguma jurisprudência penal já as tem utilizado, mesmo em sede de ação penal (veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de setembro de 2017, Jorge França, proc. 81/14): no âmbito do procedimento de revisão e confirmação de sentença penal estrangeira, não vemos motivo para que não sejam utilizadas e o art. 240º do CPP aponta neste sentido.

[35] As Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere estão disponíveis em https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm.

[36] Sobre o modo como o Tribunal de Justiça tem interpretado o requisito da ordem pública do Estado-Membro requerido – no sentido de que o reconhecimento ou a execução não podem atentar contra regras

nosso ponto de vista, pode abranger a violação, pela sentença a reconhecer ou a executar, de certas imunidades de jurisdição especialmente relevantes no ordenamento do Estado-Membro do reconhecimento ou da execução.

Concretizando: o beneficiário da imunidade de jurisdição que haja sido violada pelo tribunal de origem pode invocar tal violação perante o Estado-Membro requerido, se a mesma consubstanciar manifesta contrariedade do reconhecimento ou da execução à ordem pública do Estado-Membro requerido; e pode fazê-lo quando formule, perante o tribunal do Estado-Membro requerido, um pedido de recusa de reconhecimento ou de execução, a este procedimento sendo subsidiariamente aplicáveis as disposições do direito nacional, nos termos dos arts. 47º, n.º 2 e 45º, n.º 4, ambos do Regulamento 1215/2012 (remissão que, por maioria de razão, se estenderá aos casos em que o pedido é feito a título incidental, nos termos do art. 36º, n.º 3).

Mas, pelas razões que deixámos expostas quando tratámos de idêntico problema à luz do direito processual civil português (*supra*, III, 1, a)), não nos parece que do Direito Internacional decorra uma genérica proibição de reconhecimento ou execução de sentenças de outros Estados-Membros que hajam violado imunidades de jurisdição[37].

O que acaba de ser dito não significa que os tribunais nacionais não possam controlar a conformidade do reconhecimento com o Direito Internacional Público, ou que o Direito Internacional Público não possa impedir o reconhecimento de decisão estrangeira quando

---

de direito ou direitos considerados fundamentais na ordem jurídica deste Estado –, veja-se DE LIMA PINHEIRO, Luís, *Direito*, cit., pp. 116-120.

Refira-se que a Convenção de Lugano II, a que neste texto já se aludiu, alude também, no art. 34º, n.º 1, à manifesta contrariedade do reconhecimento à ordem pública do Estado requerido, como causa de não reconhecimento; e este mesmo fundamento pode determinar a recusa ou revogação da declaração de executoriedade da sentença estrangeira, nos termos do art. 45º, n.º 1.

[37] Quanto a este problema, DE CASTRO MENDES, João / TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Direito Processual Civil* (XI. Reconhecimento de decisões estrangeiras), sustentam, diferentemente, na versão desta obra (em publicação) que nos foi amavelmente disponibilizada em 24-2-2015, p. 19, que, embora a enumeração constante do art. 45º do Regulamento 1215/2012 seja taxativa, "isso não pode impedir que o reconhecimento deva respeitar certas normas de Direito Internacional Público, em especial a eventual imunidade da parte requerida e, portanto, a possível falta de jurisdição do tribunal da decisão sobre essa parte".

DE LIMA PINHEIRO, Luís, *Direito*, cit., p. 135, entende, também de modo diverso do que sustentamos, que a decisão proferida sem jurisdição é nula e que o caso não está previsto nos regulamentos europeus, assim parecendo admitir a possibilidade de um Estado-Membro recusar o reconhecimento ou a execução de uma decisão de outro Estado-Membro, por violação de *qualquer* imunidade de jurisdição reconhecida pelo Direito Internacional. Por sua vez, TORRES VOUGA, Rui, *Reconhecimento e execução de decisões no âmbito do Regulamento Bruxelas I-Bis*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019 (disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Decisoes_Bruxelas2019.pdf), p. 92, sustenta (citando Stéphanie Francq *in* MAGNUS-MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation*, 2016, artigo 45.º, nota 4) que "a enumeração limitativa prevista no artigo 45.º [do Regulamento 1215/2012] não exclui o controle dos requisitos impostos pelo direito internacional público", que se reconduzem sobretudo às "limitações impostas à competência (para reconhecer e para executar) relativas a imunidades", pelo que "se a imunidade do requerido não tiver sido respeitada pelo tribunal de origem, a decisão daí resultante não deve ser reconhecida nos outros Estados-Membros, embora este fundamento de recusa não esteja previsto no artigo 45.º"; na p. 107 da mesma obra, porém, o Autor admite que alguns casos de desrespeito de imunidades podem reconduzir-se ao requisito da alínea a) do n.º 1 do art. 45º do Regulamento 1215/2012, pois afirma, na esteira de doutrina e jurisprudência que indica, que "se um juiz dum Estado Membro proferiu uma sentença e não respeitou a imunidade de jurisdição do Estado requerido, essa sentença não surtirá efeitos, pois viola a ordem pública internacional do Estado requerido".

os pressupostos de aplicação da ordem pública internacional não estejam preenchidos[38]: significa apenas que, do nosso ponto de vista, o Direito Internacional Público não veda o reconhecimento de decisões que hajam violado imunidades de jurisdição.

A nossa posição não exclui também, naturalmente, porque se trata de problema diferente, que as imunidades de jurisdição possam valer numa execução, num Estado-Membro, de uma sentença proferida noutro Estado-Membro, bem como num processo destinado a impedir que os efeitos de tal sentença sejam paralisados, isto é, que essas imunidades possam ser invocadas nos procedimentos instaurados contra os beneficiários das mesmas, nos termos gerais.

É certo que o Regulamento 1215/2012, consagrando um reconhecimento automático e dispensando a declaração de executoriedade, parece retirar às imunidades de jurisdição um largo campo de atuação: aparentemente, seria impossível invocá-las, porque pura e simplesmente não se prevêem processos nos quais possam ser invocadas.

Todavia, se se vir bem, é possível invocá-las no processo desencadeado ao abrigo do art. 36º, n.º 2 do mesmo regulamento, o qual se destina a obter uma decisão que declare que não há motivo para recusar o reconhecimento, nos termos do art. 45º: neste processo, se tiver lugar em Portugal, a imunidade de jurisdição do demandado impedirá o tribunal de conhecer do mérito do pedido, nos termos gerais aplicáveis à falta de um pressuposto processual, e, consequentemente, impedi-lo-á de emitir a declaração pretendida pelo autor.

E também é possível, nos processos de execução instaurados contra pessoas que gozam de imunidades de jurisdição (ou de execução), fazê-las valer em benefício do executado: a circunstância de a sentença a executar provir de outro Estado-Membro não excluiria, no caso de a execução correr em Portugal, o funcionamento da exceção dilatória, por não sujeição do executado à jurisdição portuguesa (ou do impedimento à apreensão do bem, em se tratando de uma imunidade de execução).

Conclusões

Da breve investigação que fizemos concluímos que a violação de uma imunidade de jurisdição pelo tribunal de origem da sentença pode obstar ao seu reconhecimento ou execução em Portugal, com fundamento em contrariedade à ordem pública.

Concluímos também que no nosso ordenamento não vigora uma genérica proibição de reconhecimento ou execução de decisões estrangeiras que hajam violado imunidades de jurisdição.

Concluímos igualmente que as imunidades de jurisdição do demandado podem obstar ao conhecimento do pedido de reconhecimento ou determinar a extinção da execução da sentença estrangeira.

Estas conclusões parecem-nos aplicáveis aos processos civis e penais que corram em Portugal, independentemente da fonte (interna, europeia ou internacional) do regime do reconhecimento ou execução.

[38] No sentido desta possibilidade de controlo pelos tribunais nacionais, e assinalando que o Direito Internacional Público geral pode impedir o reconhecimento da decisão estrangeira mesmo que não seja caso de violação da ordem pública internacional do Estado-Membro requerido, veja-se GOMES DE ALMEIDA, João, *O divórcio*, cit., pp. 534-535.

DIREITOS REAIS

OS BALDIOS COMO COISAS (CORPÓREAS) E O DIREITO REAL DE BALDIO

José Alberto Vieira[*/**]

Em memória do Prof. Doutor Augusto Silva Dias, que deixou prematuramente o nosso convívio antes de chegar ao lugar que lhe estava destinado como Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Se a vida lhe foi cruel e injusta, retirando-o da presença da família, dos amigos e dos colegas muito antes do tempo natural das coisas, ficam, ao menos, os contributos, como o presente, que homenageiam o Homem honrado, o pai zeloso, o colega educado, atencioso e amigo, o académico ilustre, tantas vezes brilhante, o Professor competente e cuidadoso na formação dos seus alunos, e mantêm viva a sua memória junto de nós. Estarás sempre vivo na minha, meu caro Augusto!

SUMÁRIO: I. Os baldios como coisas corpóreas II. Os baldios como parte do domínio comunitário, nem público nem privado III. O direito de baldio. Conteúdo típico IV. A constituição dos baldios V. A atribuição do direito de baldio VI. A comunhão necessária dos baldios VII. O direito de baldio como direito real de gozo VIII. Um direito de propriedade ou um direito real inominado? IX. A posse dos baldios. A exclusão da usucapião X. A defesa real do direito de baldio

I. Os baldios como coisas corpóreas

1. A Lei n.º 75/2017 define baldios como "os terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes" (art. 2.º, alínea a)).

A fórmula legal está longe de ser clara. Se por terrenos se deve entender uma dada extensão de solo, já a menção a partes e equipamentos integrantes levanta dúvidas. O art. 204.º, n.º 3 do Código Civil define parte integrante como "toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência". Tendo isto presente, como distinguir as partes integrantes dos equipamentos? São estes coisas móveis afectas ao serviço dos terrenos (alfaias agrícolas, tractores, etc.)?

[*] Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[**] O Autor optou por não usar o Novo Acordo Ortográfico.

Respondendo, diremos que os baldios são sempre coisas imóveis e, deste modo, a expressão equipamentos no preceito não pode englobar coisas móveis, como máquinas agrícolas, ferramentas e outros utensílios comunitários destinados ao trabalho nos terrenos, que são juridicamente autónomas e sujeitas ao regime jurídico geral, que é o do Direito Civil.

A fim de harmonizar o sentido do preceito com a sua teleologia, propomos um entendimento, segundo o qual, no contexto do art. 2.º, alínea a) da Lei n.º 75/2017, por partes integrantes se devem compreender as usualmente denominadas partes componentes dos terrenos (as águas, as árvores, os arbustos e os frutos) e por equipamentos as partes integrantes eventualmente existentes, no sentido do art. 204.º, n.º 3 do Código Civil. Os fornos comunitários constituem um bom exemplo destas últimas.

A explicação dada permite compreender, que a noção legal de baldios não se apresenta apenas pouco clara, ela é mesmo redundante e, nessa medida, tecnicamente desadequada. Naturalmente os terrenos baldios, enquanto imóveis, abrangem as suas partes componentes (as águas, as árvores, os arbustos e os frutos), não sendo estas coisas autónomas, mas apenas partes de coisa, como decorre amplamente do art. 204.º, n.º 1 do Código Civil. Por outro lado, a menção aos equipamentos torna-se desnecessária quando com isso se tem em vista partes integrantes do imóvel. Estas integram o conceito legal respectivo (art. 204.º, n.º 3 do Código Civil) e, portanto, também o de baldio enquanto imóvel.

Os baldios são, portanto, coisas na acepção geral do termo e coisas corpóreas[1]. Dentro das classificações principais atinentes às coisas corpóreas, os baldios são coisas imóveis, concretamente, prédios rústicos.

2. O objecto do regime jurídico dos baldios consiste, pois, numa dada categoria de coisas corpóreas, mais exactamente, de prédios rústicos. Em todo o caso, a definição legal do objecto do regime jurídico afigura-se, só por si, insuficiente, porquanto a larga parte dos terrenos portugueses não são baldios, pertencendo ao domínio geral ou comum, que é o domínio privado.

A delimitação legal do objecto não chega, assim, para o preenchimento do conceito legal de baldio, tendo de intervir outros critérios normativos que permitam diferenciar os terrenos situados em território português que são baldios, dos outros, a grande maioria, que não o são, não estando, portanto, submetidos ao regime jurídico dos baldios.

O critério nuclear parece ser o da utilização comunitária dos terrenos, nos termos dos usos e costumes locais. A expressão legal "possuídos e geridos por comunidades locais" (art. 2.º, alínea a) da Lei n.º 75/2017) alude justamente aos terrenos que, não estando legalmente integrados no domínio privado ou no domínio público, estão, nos termos da tradição local, na posse de uma dada comunidade.

Portanto, como critério de delimitação positiva, os terrenos baldios são aqueles que, segundo os usos e costumes locais, estão afectos ao gozo da comunidade e não

[1] Sobre esta matéria, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado De Direito Civil*, III, Parte Geral, As Coisas, 3.ª ed., Coimbra, pp. 155 ss., ALBERTO VIEIRA, José, Comentário Ao Código Civil, Vol. I, Coimbra, 2019, na anotação ao art. 202.º, pp. 155 ss., e *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra, 2020, pp. 135 ss.

hajam sido normativamente integrados no domínio privado ou no domínio público (delimitação negativa).

No acórdão do STJ de 24.10.2019[2] pode ler-se:

> "(...) o que releva para que se tenha por adquirida a constituição do direito de baldio sobre determinada área de terreno é que se possa asseverar que este, em geral, foi o logradouro comum historicamente usado, fruído e gerido pelo conjunto (fluído) dos habitantes de uma determinada comunidade local" (IV. do sumário).

Embora pronunciando-se sobre a constituição do direito de baldio, o STJ realça o gozo ("usado, fruído e gerido") histórico comum de uma determinada área de terreno pelos "habitantes de uma determinada comunidade local".

Como requisitos determinantes da delimitação positiva dos terrenos baldios surgem, assim:

– O tempo (a);
– O aproveitamento comum dos terrenos (b);
– A composse dos membros da comunidade sobre esses terrenos (c).

a) O tempo

Os baldios revestem uma prática de gozo comunitário que se prolonga por períodos temporais muito significativos, às vezes, imemoriais: eles assentam na tradição do viver comunitário ancestral nos campos.

b) O aproveitamento comum dos terrenos

Os baldios constituem, por outro lado, formas de viver comunitárias dos terrenos circundantes ao local onde a comunidade vive. O aproveitamento dos terrenos é comum, porque todos o podem fazer, de acordo com os usos e costumes desenvolvidos pela comunidade para esse efeito.

c) A composse dos membros da comunidade

Enquanto os terrenos estão debaixo do uso comunitário, o seu controlo material pertence à comunidade, com exclusão de terceiros estranhos a ela. Esse *corpus* possessório surge combinado com a exteriorização de um direito em comunhão, o direito de baldio, ambos os elementos que constituem os ingredientes típicos de uma situação de posse genuína[3].

3. A delimitação dos baldios opera nos termos gerais, nomeadamente, no confronto com outras coisas, sejam estas do domínio público ou do domínio privado. Tratando-se de terrenos os limites dos baldios são os das suas extremas. A extensão de cada baldio afere-se, pois, pelas extremas do terreno respectivo.

[2] Em www.dgsi.pt.

[3] Não obsta a essa posse a circunstância dos baldios estarem fora do comércio, conforme veremos adiante, no texto.

A contiguidade dos terrenos favorece normalmente a existência de um único baldio e, assim, de um prédio único para o Direito. Nada impede que, por força da falta de contiguidade dos terrenos, uma mesma comunidade local detenha dois ou mais baldios e não um único. Localizando-se os terrenos em locais diversos e não existindo contiguidade, será esse certamente o caso.

4. A Lei n.º 75/2017 não menciona apenas os baldios como coisas comunitárias, apresentando ainda o conceito de "meios de produção comunitários", que define desta forma:

> "Meios de produção comunitários», a unidade ou conjunto de unidades produtivas possuídas e geridas de forma unificada por comunidades locais, nomeadamente baldios ou outros imóveis comunitários, como eiras, fornos, moinhos e azenhas, que não sejam propriedade de quaisquer pessoas singulares ou coletivas legalmente constituídas, fazendo parte integrante do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção, referido na alínea b) do n.º 4 do artigo 82.º da Constituição".

Por conseguinte, ao lado dos baldios existem ainda "outros imóveis comunitários", que a Lei exemplifica com "eiras, fornos, moinhos e azenhas". A qualificação destes imóveis como baldios está afastada, mas a sujeição das coisas em causa ao regime jurídico das coisas comunitárias fica assente, o que tem como consequência prática a subtração da comunhão respectiva ao regime jurídico dos outros domínios, privado e público.

II. Os baldios como parte do domínio comunitário, nem público nem privado

1. A colocação actual do regime jurídico das coisas corpóreas leva a considerar um domínio privado, que permite a livre apropriação e disposição, e um domínio público[4], que subtrai a coisa à apropriação de qualquer pessoa e atribui-a a uma pessoa colectiva de Direito público (ou, ao menos, a uma que exerce funções públicas) com destino à prossecução de fim ou fins de interesse público. As coisas no domínio público, seja domínio público geral, seja domínio público especial, estão, assim, fora do comércio, ficando afastada, não apenas a propriedade privada, mas também a posse e a usucapião fundada nesta, entre outros efeitos jurídicos.

Esta dicotomia, que tende a absorver integralmente o universo das coisas corpóreas, não serve quando se considera a realidade dos baldios segundo o regime jurídico instituído pela Lei n.º 75/2017, de 17 de Agosto. Para começar, a lei portuguesa dispõe hoje que os baldios constituem coisas fora do comércio:

[4] Cf., em particular, MENEZES CORDEIRO, *Tratado De Direito Civil*, III, Parte Geral, As Coisas, cit., pp. 59 ss.., ALBERTO VIEIRA, *Comentário Ao Código Civil*, Vol. I, cit., na anotação ao art. 202.º, p. 160 s., e *Direitos Reais*, cit., pp. 142 ss., com muitas outras indicações bibliográficas.

> "*Os terrenos baldios encontram-se fora do comércio jurídico*, não podendo, no todo ou em parte, ser objeto de apropriação por terceiros por qualquer forma ou título, incluindo por usucapião".

Com isto fica expressamente afastada a integração dos baldios no domínio privado, o regime jurídico geral das coisas corpóreas. No entanto, a consequência aparentemente inevitável da colocação fora do comércio, a integração dos baldios no domínio público, ainda que eventualmente um domínio público especial, também não se dá.

Na verdade, as notas características do regime jurídico do domínio público, como sejam, a afectação das coisas a uma entidade pública ou equiparada e a vinculação desta à prossecução de fins públicos, com exclusão da titularidade de pessoas privadas (singulares ou colectivas), não estão presentes no regime jurídico dos baldios. De modo muito diferente, a Lei n.º 75/2017 começa logo por definir os baldios da seguinte forma:

> "«Baldios», os terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes, possuídos e geridos por comunidades locais (...)" (art. 2.º, alínea a)).

Por sua vez, por comunidade local entende-se o "conjunto de compartes organizado nos termos da presente lei que possui e gere os baldios e outros meios de produção comunitários" (art. 2.º, alínea c)), sendo o comparte uma pessoa singular definida de acordo com o art. 7.º.

As comunidades locais, como conjunto dos compartes, não são dotadas de personalidade jurídica, prosseguindo fins que são inquestionavelmente privados:

> "Os baldios constituem, em regra, logradouro comum dos compartes, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, de produção elétrica e de todas as suas outras atuais e futuras potencialidades económicas, nos termos da lei e dos usos e costumes locais" (art. 3.º, n.º 1).

A apascentação de gados, a recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, a produção de energia eléctrica e outras "potencialidades económicas" respeitam à comunidade local dos compartes e constituem formas de aproveitamento próprio, e, por isso, particular, dos terrenos baldios.

Retirados do comércio jurídico-privado, mas deixados aos interesses particulares de membros (compartes) de comunidades locais, os baldios escapam, como dissemos, quer ao domínio privado das coisas quer ao domínio público, constituindo um terceiro género de regime jurídico das coisas.

Esta tripartição do regime jurídico das coisas, em vez da bipartição classificatória entre domínio privado e público, constitui, com efeito, a tendência tradicional e histórica na matéria, que remonta ao Direito romano e à classificação deste das coisas em públicas, comuns e particulares, ainda presente no nosso Código Civil de Seabra.

O recurso a esta tripartição romana permitiria aproveitar para os baldios a qualificação referente às coisas comuns. Para além da conveniência do uso de uma classificação conhecida, isto representaria, contudo, uma fonte de distorção e deve ser evitado. Às coisas comuns corresponde no Direito romano um dado sentido, que a história preservou até uma dada altura, no Direito português, por exemplo, até ao Código Civil de Seabra, mas que se perdeu a dada altura. Os baldios, por seu lado, nascem da prática costumeira portuguesa, desde a Idade Média, e ostentam características que são estranhas ao conceito romanista das coisas comuns.

Preferimos, por esta razão, aludir aos baldios como coisas comunitárias e distinguir, segundo o regime jurídico aplicável:

– O domínio privado (o regime jurídico geral ou comum das coisas corpóreas);
– O domínio público (geral e especial);
– O domínio comunitário (os baldios), autonomizado pela Lei n.º 75/2017, de 17 de Agosto;
– O domínio cultural, das coisas ou "bens" culturais, autonomizado pela Lei 107/2001, de 8 de Setembro[5].

Esta classificação quadripartida atém-se unicamente ao regime jurídico das coisas corpóreas e não atende a nenhuma característica – física ou outra – diferenciadora. A margem de um rio, a água de um curso, uma estátua, podem, em abstracto, estar sujeitas a qualquer regime jurídico. Em si, nada as diferencia como coisas: todas elas constituem coisas corpóreas; apenas o regime jurídico muda.

Os baldios designam, assim, certas coisas (corpóreas e imóveis) que o Direito português sujeita a um regime jurídico especial de apropriação e aproveitamento, que nós designamos aqui como domínio comunitário, sobretudo, para manter a separação do regime geral das coisas no comércio (o domínio privado geral ou comum) e dos demais regimes especiais das coisas fora do comércio (o domínio público e o domínio cultural).

2. O domínio comunitário, como lhe chamamos, não se esgota nos baldios propriamente ditos, uma vez que a Lei n.º 75/2017 elenca ainda os "outros imóveis comunitários" (art. 2.º, alínea e)).

III. O direito de baldio. Conteúdo típico

1. Como regime jurídico de coisas corpóreas, a regulação normativa dos baldios subtrai estas coisas ao regime geral de Direitos Reais, constituindo para elas um regime especial, nem público nem privado, mas comunitário, como vimos anteriormente.

Sobre essas coisas recai um direito, que a lei portuguesa supõe sempre, embora não lhe outorgue qualquer nome. O STJ, no seu acórdão de 24 de Outubro de 2019[6], surpreende muito bem a situação jurídica que se ergue sobre os terrenos baldios, chamando-lhe, muito correctamente, "direito de baldio" (III. do sumário).

[5] Cf. igualmente ALBERTO VIEIRA, *Comentário Ao Código Civil*, Vol. I, cit., p. 162.

[6] Cit.

A incidência do regime jurídico sobre o objecto, os baldios propriamente ditos, não apaga a vertente jussubjectiva, que atribui essas coisas a pessoas nos termos de um direito. De resto, apesar da colocação dos baldios fora do comércio, a orientação seguida na regulação dos baldios incorpora o essencial do jusprivatismo no tratamento jurídico das coisas corpóreas: a definição do objecto, o conteúdo do direito, a tutela, etc.

Existe, pois, no Direito português um direito de baldio, atribuído nos termos da Lei n.º 17/2017, e que tem justamente os terrenos baldios por objecto.

2. Que conteúdo tem o direito de baldio?

Diferentemente do Código Civil em matéria de Direitos Reais, o legislador dos baldios não enunciou formalmente um tipo de direito, delimitando o conteúdo do mesmo – positiva e negativamente – através dos poderes de aproveitamento da coisa concedidos ao(s) titular(es). Em todo o caso, se a técnica legislativa não tem o aprumo encontrado no Código Civil, não deixa de haver a definição do conteúdo de aproveitamento dos baldios permitido pelo direito que sobre eles incide.

O conteúdo do direito de baldio surge enunciado no art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017:

> "O uso, a posse, a fruição e a administração dos baldios faz-se de acordo com a presente lei, os usos e costumes locais e as deliberações dos órgãos competentes das comunidades locais, democraticamente eleitos".

Retirando a posse da equação[7], um erro que remonta a Jhering, mas que contradiz o postulado romano, fica-nos o uso, a fruição e a administração dos baldios. Trata-se de poderes de aproveitamento da coisa que consubstanciam o núcleo fundamental do gozo, tal como revelado, por exemplo, nas fórmulas do art. 1305.º do Código Civil, para a propriedade, e do art. 1439.º, do mesmo Código, para o usufruto. O direito de baldio entra na categoria dos direitos que atribuem o gozo de uma coisa aos titulares.

No gozo reconhecido aos compartes, os titulares dos direitos de baldio, encontramos, segundo o disposto no art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017:

- O uso;
- A fruição;
- A administração da coisa;
- A disposição.

Exceptuando o que respeita à disposição, cada um destes poderes tem a extensão conhecida em Direitos Reais[8], não se notando desvios de sentido. O uso compreende o aproveitamento das utilidades, todas elas, propiciadas pela coisa, a fruição a tomada dos frutos, naturais e civis, e a gestão do aproveitamento da coisa.

Nota-se, de uma forma clara, a ausência de previsão de um poder de disposição com o conteúdo reconhecido pelo Direito Civil, que vem, assim, negado em larga

[7] A posse constitui uma situação jurídica (real) autónoma e distinta do direito que exterioriza, não constitui nunca o conteúdo deste.

[8] ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, cit.

parte aos compartes. Nenhum deles está autorizado a alienar ou onerar a sua posição sobre a coisa (comum aos compartes), bem como renunciar ao seu direito. E, nesta dimensão do aproveitamento da coisa, o direito de baldio assume uma conformação típica do conteúdo realmente diversa de outros direitos reais de gozo, nomeadamente, da propriedade, mas também do usufruto.

O que resta do poder de disposição reconhecido ao comparte deve ser exercido em conjunto com os demais compartes, por exemplo, na constituição de servidões passivas sobre os baldios.

3. O direito de baldio é o direito subjectivo do comparte ao aproveitamento do baldio. O conteúdo típico do direito de baldio define o aproveitamento da coisa a que o titular está autorizado.

Na medida, porém, em que este direito existe apenas em comunhão, e nunca em titularidade singular, há actos de aproveitamento dos terrenos baldios cujo exercício apenas pode ser conjunto, de todos os compartes, dentro da organização legal do baldio. Tome-se como exemplo a constituição de servidões passivas sobre o baldio. A extensão legal do gozo admitido aos compartes excede os poderes de exercício individual e integra igualmente um exercício colectivo, a que alude o poder de administração.

IV. A constituição dos baldios

Podemos começar por perguntar como se constituem os baldios, ou seja, como ficam os terrenos rústicos sujeitos a esse regime jurídico. A Lei n.º 75/2017 não oferece grande clareza sobre este tema, mas pensamos que a resposta implica considerar três hipóteses principais:

- A afectação do terreno ao uso comunitário segundo o costume ou os usos locais;
- A conversão normativa de prédio rústico sujeito até aí a outro regime jurídico;
- A aquisição comunitária de terrenos sujeitos a outros regimes jurídicos.

A primeira hipótese será, julga-se, o principal facto constitutivo dos baldios e aparece implícita no art. 2.º, alínea a), i). Terrenos que sempre tiveram uso comunitário ou passaram a tê-lo há tempo considerável[9] ficam sujeitos ao regime jurídico dos baldios.

A segunda hipótese encontra acolhimento no art. 2.º, alínea a), ii) e iii) da Lei n.º 75/2017, podendo resultar evidentemente de qualquer outra fonte de Direito, nos termos gerais.

A terceira hipótese, mencionada no art. 2.º, alínea a), iv) da Lei n.º 75/2017, encontra arrimo no art. 6.º, n.º 1 do diploma. As comunidades locais podem, por intermédio dos seus órgãos, adquirir validamente terrenos ou outros imóveis comunitários. O preceito refere "por qualquer modo legalmente admitido", o que relativamente a

[9] Pelo menos, superior ao prazo legal de aquisição por usucapião, se o terreno estiver estado até aí no domínio privado.

imóveis no domínio privado engloba os contratos com eficácia real, típicos – a compra e venda, a doação – ou atípicos (por exemplo, a permuta), e também factos jurídicos não negociais, como a usucapião[10] ou até a acessão.

A aquisição válida e lícita de terrenos ou outros imóveis até aí no domínio privado ou no domínio público por comunidades locais sujeita essas coisas ao domínio comunitário, retirando-as do domínio privado ou público onde até aí se integravam. É o que decorre expressamente da parte final do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2017 ("passam a integrar o subsetor dos bens comunitários"). Se estavam no domínio privado ficam ainda fora do comércio (art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017).

V. A atribuição do direito de baldio

1. Dispõe o art. 7.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2017:

> "Compartes são os titulares dos baldios".

Os baldios vêm atribuídos em regime de comunhão a uma comunidade local e, legalmente, nunca podem pertencer a uma única pessoa, singular ou colectiva. Em comunhão estão os compartes. Na definição legal comparte é a "pessoa singular à qual é atribuída essa qualidade por força do disposto no artigo 7.º" (art. 2.º, alínea b)).

Este círculo tautológico rompe-se considerando-se a qualidade de membro da comunidade local. São compartes os "cidadãos com residência na área onde se situam os correspondentes imóveis, no respeito pelos usos e costumes reconhecidos pelas comunidades locais" (art. 7.º, n.º 2).

A residência na comunidade local dá o critério normativo para o reconhecimento da qualidade jurídica de comparte: este é alguém que vive na comunidade local. Deste modo, são compartes os residentes da comunidade local onde se situam os baldios.

2. A indagação seguinte consiste em saber se todos os membros da comunidade local são compartes. O residente que explora uma padaria ou uma mercearia na vila ou na aldeia e não faz uso dos terrenos baldios tem a qualidade de comparte? Todos os membros de família que explora os terrenos de baldio são compartes?

A Lei n.º 75/2017 não dá resposta a cada uma destas questões, tão-pouco consagra algum critério de delimitação subjectiva para atribuição do direito de baldio, para além da residência na comunidade local, que só por si não chega para este efeito. A consideração do disposto no art. 7.º, n.º 5 parece abonar um sentido restritivo, que engloba apenas aqueles que "desenvolvam atividade agrícola, florestal ou pastoril" nos baldios; todos os outros não teriam a qualidade de compartes, embora a qualquer momento a pudessem adquirir encetando qualquer uma daquelas actividades.

[10] A proibição da usucapião, prevista no art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017, tem por objecto os terrenos baldios; ela não obsta a que prédios rústicos do domínio privado possam ser usucapidos por comunidades locais, se a posse se exercer na exteriorização de direito de baldio.

Em todo o caso, pensamos que a resposta definitiva deve ser enquadrada na prática costumeira local ou nos usos da comunidade. Serão, assim, os costumes ou usos locais a determinar, dentro do círculo dos residentes na comunidade local, quais são compartes nos baldios e quais não são, apesar de viverem nessa comunidade.

Quando o uso e o costume sejam omissos ou inconclusivos na matéria, o desenvolvimento de uma actividade de aproveitamento do terreno baldio deve atribuir a qualidade de comparte e, portanto, o direito de baldio, a quem a leva a cabo. Nestes termos, não nos choca que os membros de uma família que realizem o aproveitamento do baldio, exercendo uma actividade agrícola, florestal ou pastoril sejam compartes e não apenas um desses membros, sem prejuízo de uso ou costume local em sentido diverso. Pensável afigura-se igualmente a hipótese de uma comunhão do direito de baldio para cada unidade familiar que aproveita os baldios; a comunhão existiria entre todos os membros do agregado familiar ou, pelo menos, os que desenvolvem actividade de aproveitamento do baldio. A interpretação da Lei n.º 75/2017 não permite uma resposta conclusiva nesta matéria.

3. O critério legal de residência na comunidade local sofre uma brecha quando se dispõe que a assembleia de compartes pode deliberar sobre a atribuição da qualidade de comparte, ou seja, do direito de baldio, a "cidadão não residente" (art. 7.º, n.º 2, no fim).

O n.º 5 do preceito concretiza a hipótese:

> "Pode a assembleia de compartes atribuir a qualidade de comparte a outras pessoas singulares, detentoras a qualquer título de áreas agrícolas ou florestais e que nelas desenvolvam atividade agrícola, florestal ou pastoril, ou tendo em consideração as suas ligações sociais e de origem à comunidade local, os usos e costumes locais".

A articulação deste n.º 5 com o n.º 2 e ainda com o n.º 6 do mesmo preceito, que aludem a "cidadão", faz supor que se trata apenas de nacionais portugueses e que a titularidade do direito de baldio apenas possa caber a estes.

A residência na comunidade local confere, assim, a delimitação subjectiva de partida quanto à titularidade do direito de baldio, a qualidade jurídica de comparte, mas a assembleia de compartes pode aumentar o número de compartes atribuindo o direito de baldio a não residentes, nos termos do disposto no art. 7.º, n.º 5 da Lei n.º 75/2017, contando que sejam nacionais portugueses.

4. O n.º 10 do art. 7.º determina que o comparte deve constar do caderno de recenseamento. E se não constar?

O recenseamento não constitui facto constitutivo do direito de baldio e, por conseguinte, o comparte não fica privado do seu direito, e do conteúdo de aproveitamento que o mesmo propicia, apenas porque não consta do dito caderno de recenseamento. Por outro lado, ele pode a todo o tempo requerer esse recenseamento, o qual não pode ser negado pela assembleia de compartes se lhe pertencer o direito de baldio. Não

cabe a esta assembleia a decisão de atribuição deste direito, mas apenas o recenseamento dos compartes[11].

VI. A comunhão necessária dos baldios

1. Diversamente de qualquer outro direito real, o direito de baldio existe sempre tendo por objecto uma coisa comum a outros direitos de baldio. Não existe nunca um direito de baldio pleno e único sobre os terrenos baldios, como é possível encontrar nos demais direitos reais relativamente a uma dada coisa[12]. O comparte partilha a coisa objecto do seu direito com os demais compartes membros da comunidade local. E isso nunca muda.

A explicação para isto reside na natureza comunitária do terreno baldio. Este não se forma para o aproveitamento singular e somente para uso e fruição de uma comunidade local. Trata-se de um modelo de gestão e apropriação colectiva de terrenos desenvolvido na história pelo povo português das vilas e aldeias, que tem contornos opostos à tradição romana do domínio, que, por definição, é exclusivo e apenas transitoriamente existe em comunhão.

2. No modelo explicativo de comunhão que propomos[13], o comparte é titular de um direito de baldio, assim como todos os demais compartes, relativamente ao baldio comum. Cada comparte não partilha o seu direito com os demais compartes, partilha a coisa, que é objecto comum de todos esses direitos: há um direito de baldio distinto de que é titular cada comparte e que incide sobre a mesma coisa do direito dos outros compartes.

Neste modelo explicativo, que é o que subjaz à Lei n.º 75/2017, não existe um único direito de baldio, em contitularidade, mas tantos direitos de baldio quanto os compartes. Esta comunhão propugna, assim, um feixe de direitos de baldio, todos eles tendo a mesma coisa (o terreno baldio) por objecto. Esses direitos, todos eles, oneram-se reciprocamente[14].

O terreno baldio constitui, pois, uma coisa comum, simultaneamente objecto de múltiplos direitos de baldio, os que existirem para os membros da comunidade local (compartes) nos termos da lei ou dos usos e costumes.

3. A comunhão dos baldios tem uma fisionomia bem distinta da comunhão romana, que se funda na compropriedade. Enquanto esta assume uma feição temporária, até se consolidar numa propriedade singular, e diferencia quantitativamente (por

[11] Não negamos à assembleia de compartes o direito a recusar o recenseamento a quem não caiba a qualidade de comparte, mas isso é muito diferente de lhe reconhecer o poder de conferir essa qualidade.

[12] A propriedade horizontal não dá analogia bastante com o direito de baldio, porquanto a propriedade sobre a fracção autónoma pode existir em titularidade singular e apenas as partes comuns do edifício estão em comunhão.

[13] ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, cit.

[14] Uma configuração plena do direito de baldio não ocorre nunca, na medida em que este direito não existe legalmente fora do modelo de comunhão comunitária.

quotas) a posição dos comunheiros, que podem, inclusive, dispor isoladamente do seu direito a favor de quaisquer terceiros (art. 1408.º, n.º 1 do Código Civil), a comunhão do baldio coloca os compartes numa perfeita igualdade, sem quotas ou aproveitamentos diferenciados (no uso, na fruição, etc.), e nega-lhes a disposição autónoma do seu direito, a favor de terceiros ou mesmo de outros compartes.

Esta diferença estrutural no aproveitamento das coisas, entre a comunhão de direito reais de gozo, em geral, e a comunhão subjacente aos baldios, em particular, torna, em regra, inaplicável o regime da compropriedade[15] aos baldios, o que releva, sobretudo, quanto a integração de lacunas do regime jurídico desta categoria de coisas. Apenas quando se demonstre a ausência de incompatibilidade pode uma solução prevista para a compropriedade valer, ainda que por analogia, em matéria de baldios para resolução de um problema jurídico destas coisas.

VII. O direito de baldio como direito real de gozo

Na nossa obra Direitos Reais[16], escrevemos:

> "(...) os regimes jurídicos de Direitos Reais mantiveram a sua ligação original ao objecto: as coisas corpóreas. Nenhuma outra categoria de direitos tem as coisas corpóreas por objecto; e, inversamente, todos os direitos sobre coisas corpóreas são direitos reais".

Os direitos reais distinguem-se de todos os outros por o seu objecto consistir numa coisa corpórea. Todos os direitos subjectivos que tenham uma coisa corpórea por objecto são direitos reais. Ou, dito de forma mais ampla, todas as situações jurídicas cujo objecto seja uma coisa corpórea têm natureza real.

Como noção de direito real propomos esta[17]:

> "Direito real é o direito subjectivo que tendo por objecto uma coisa corpórea atribui ao seu titular um determinado aproveitamento dela".

Perscrutando interpretativamente o regime jurídico dos baldios, deparamos com todos os ingredientes da natureza real:

– O objecto, uma coisa corpórea, neste caso, imóvel;
– O aproveitamento da coisa, no caso, o gozo. como finalidade do direito.

O direito de baldio tem, assim, incontroversamente, natureza real. E neste ponto, sufragamos, de novo, sem reservas, a doutrina do STJ, no Ac. de 24 de Outubro de 2019[18]:

[15] Que é, como se sabe, o regime geral da comunhão de direitos reais.

[16] ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, cit., pp. 90 s.

[17] ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, cit., p. 91.

[18] Cit.

> "O direito de baldio é um direito real que, embora esteja previsto em legislação avulsa (não no CC), não deixa de respeitar, como os demais direitos com essa natureza, o princípio da tipicidade e que tem um regime jurídico muito específico, particularmente quanto ao respectivo conteúdo (...)".

Não funciona contra esta natureza a colocação dos baldios fora do comércio. Isso acontece igualmente com as coisas corpóreas no domínio público e não deixa de se falar, a propósito, em propriedade pública. O facto de, nestes casos, o regime jurídico da propriedade ser público e não privado não compromete a natureza real. Trata-se apenas de uma propriedade – direito real – sujeita a um regime especial de Direito público, nada mais.

O mesmo se passa com os baldios. A colocação dos terrenos baldios fora do comércio destina-se a prevenir a apropriação jurídico-privada, nomeadamente, por usucapião, e a conservar o aproveitamento dos mesmos com a comunidade local. O regime civil dos direitos reais e a sua lógica individual de aproveitamento das coisas vem afastada, mas não a natureza da situação jurídica e a tutela da mesma, quer a do direito, por via da acção de reivindicação, quer a da posse, por meio das acções possessórias, que se mantém a favor dos compartes.

O direito de baldio, tendo uma coisa corpórea por objecto, e destinando-se a permitir aos compartes o gozo da mesma, possui natureza real. Dentro dos direitos reais, ele deve integrar-se na categoria dos direitos reais de gozo. Se deve reconduzir-se a algum dos direitos reais de gozo existentes, dentro e fora do Código Civil, ou se foge a qualquer um dos esquemas típicos já consagrado constitui tema do ponto seguinte.

VIII. Um direito de propriedade ou um direito real inominado?

Constitui uma tendência da dogmática jurídica, de há muitos anos a esta parte, qualificar como propriedade o direito patrimonial que tem uma coisa como objecto quando a fonte normativa não contém a denominação da situação jurídica em presença. O campo onde isso se faz mais sentir é o das coisas intelectuais (coisas incorpóreas), com a designação frequente de "propriedade intelectual", "propriedade literária e artística", etc. Mas fora dessa área temática, não deixa de se observar o mesmo.

Há que reconhecer, por outro lado, que a acepção constitucional da propriedade, cuja latitude de sentido abrange praticamente todos os direitos patrimoniais, facilita esta extensão de sentido na hora de proceder à qualificação de direito que tem uma coisa por objecto e que não recebe um nome da lei.

Nada disto se afigura pertinente no caso dos baldios. Neste caso, o que se deve perguntar é se o direito dos compartes ao aproveitamento dos terrenos baldios constitui uma propriedade, submetida embora a um regime especial, de acordo com o fim de aproveitamento comunitário que lhe subjaz (domínio comunitário), ou se a situação jurídica real merece outra qualificação.

O STJ[19], seguindo Maria Raquel Rei[20], rejeita que se trate de um direito de propriedade, pondo em realce diferenças assinaláveis entre os dois direitos:

> "O que vale por dizer que o direito de baldio é um direito real com um regime jurídico muito específico, particularmente, para o que aqui importa, quanto ao respectivo conteúdo: (i) não abarca o gozo, de modo pleno e exclusivo, do direito de disposição do bem (área de terreno) sobre que incide, nem em vida nem por morte; (ii) caracteriza-se por proporcionar a cada elemento de um conjunto de pessoas (uma "comunidade local"), de acordo com as deliberações das assembleias de compartes e os usos e costumes (arts. 1º e 5º da Lei 68/93), a posse correspondente (apenas) às faculdades de uso e fruição das utilidades propiciadas pelo baldio; (iii) o baldio, estando "fora do comércio jurídico", é insusceptível de apropriação privada, quer pelos compartes individualmente considerados, quer pela estrutura da sua administração".

Esta orientação deve ser aplaudida. O *dominium* romano, mais tarde *proprietas*, caracteriza-se realmente pela atribuição exclusiva da coisa a um titular. A titularidade singular aparece como a marca impressiva desta situação jurídica, que se vai desenvolvendo no modelo adjectivo romano através do processo civil, mediante o reconhecimento de uma *actio*, que é *in rem*, designada *rei vindicatio*. Tudo na construção romana da propriedade, que herdámos no sistema romano-germânico, aponta para o aproveitamento exclusivo, que é visto como primacialmente singular.

O modelo romano de comunhão, que para a propriedade recebeu o nome de compropriedade, toma a mesma como transitória e o seu regime jurídico está desenhado para a dissolução, ou seja, para o retorno à atribuição singular. Isto explica que não sirva para práticas comunitárias de aproveitamento de coisas, que tendem a ser perenes e que excluem o aproveitamento individual, a favor de uma lógica colectiva de grupo ou, melhor, de comunidade. Por essa razão, na Europa medieval e moderna, mesmo depois da recepção do Direito romano, floresceram sempre formas comunitárias de apropriação coletiva – de que a denominada propriedade em mão comum germânica constitui o melhor exemplo – avessas ao modelo romano da propriedade e à sua versão da comunhão de coisas, dominada pela lógica individual.

Ora, se bem se atentar, na história, como no regime jurídico legal recente, o direito de baldio não toma nunca a configuração singular. A titularidade plena de um direito de baldio, por uma única pessoa, singular ou colectiva, não se afigura legalmente possível. Os terrenos e equipamentos permanecem sempre com a comunidade, em comunhão, ainda que a composição daquela seja fluída. Só isto já bastaria para excluir o direito de baldio do campo da propriedade enquanto direito real regulado nos artigos 1302.º do Código Civil e para afastar igualmente a sua forma de comunhão, a com-

[19] Ac. de 24 de Outubro de 2019.

[20] Obra e local cit.

propriedade, que está fadada para a conversão em propriedade singular e não serve propósitos de aproveitamento comum. O aproveitamento individual e, por isso, egoísta não conforma o escopo de utilização comunitária dos baldios.

Para além do escopo de aproveitamento do direito de baldio e da sua conformação exclusiva em comunhão (que não compropriedade), o outro argumento, que julgamos igualmente decisivo, encontra-se no conteúdo normativo do direito. E esse aspecto surge muito bem salientado no acórdão do STJ de 24 de Outubro de 2019[21] por alusão à diferente extensão do poder de disposição.

Em Direitos Reais a faculdade de dispor abrange três poderes jurídicos distintos e autónomos:

– O poder de transmissão do direito;
– O poder de oneração do direito;
– O poder de renúncia ao direito.

Note-se, porém, como na definição do conteúdo típico do direito de baldio constante do art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017 se omite a disposição, embora o uso e a fruição sejam mencionados.

Na verdade, o comparte, titular de um direito de baldio em comunhão, não pode transmitir a outrem o seu direito[22], como não pode onerá-lo ou renunciar a ele. Falecido o comparte, o direito de baldio também não entra na sucessão. A qualidade de comparte e, portanto, de titular de direito de baldio, advém da posição do titular como membro da comunidade local e esta não se adquire por negócio jurídico ou qualquer outro facto jurídico não negocial.

No confronto com a propriedade, mesmo em forma de comunhão (compropriedade), nota-se a enorme diferença quanto ao poder de disposição e, assim, à extensão do próprio direito subjectivo, que é, assim, consideravelmente menor no caso do direito de baldio. O comunheiro comproprietário pode transmitir a terceiro o seu direito (a sua "quota"); pode onerá-lo, com direito real de gozo ou de garantia, e pode ainda renunciar livremente ao mesmo (art. 1408.º do Código Civil). O titular do direito de baldio não tem nenhum destes poderes.

Outras diferenças podem ser notadas, mas cremos que estas são suficientes para confirmarmos o acerto da posição que recusa a qualificação do direito de baldio como propriedade. O conteúdo típico deste direito apresenta uma extensão menor que a propriedade, mesmo quando esta se encontra em comunhão (compropriedade).

Nada disto deve surpreender. As raízes históricas da propriedade e dos baldios são muito diversas e projectam-se quer no modo de atribuição do direito quer no conteúdo e escopo do aproveitamento concedido ao titular. Uma lógica de domínio constitui o oposto de uma lógica comunitária. Uma centra-se no aproveitamento individual da coisa, seja quem for o titular do direito; a outra no seu gozo por todos os membros de uma comunidade local e somente por estes.

[21] Cit.

[22] Isto não deve ser confundido com a transmissibilidade do terreno baldio pelos compartes, por decisão da Assembleia de Compartes, nos termos previstos no art. 40.º da Lei n.º 75/2017. Do que se trata no texto é simplesmente da transmissão do direito do comparte ao baldio, ou seja, do direito de baldio.

Excluída a assimilação do direito de baldio à (com)propriedade, resta-nos reconhecer que se trata de um direito real *a se*, com conformação típica própria: um tipo de direito real de gozo ao lado dos demais admitidos no Direito português.

Na ausência de um *nomen iuris* legal, a expressão "direito de baldio" parece ser adequada. Não vemos nada que a desaconselhe.

IX. A posse dos baldios. A exclusão da usucapião

1. Fazemos agora um brevíssimo excurso sobre a posse dos baldios. Pode ler-se no ponto III do Sumário do Ac. STJ de 24 de Outubro de 2019[23]:

> "(...) a posse correspondente (apenas) às faculdades de uso e fruição das utilidades propiciadas pelo baldio; (iii) o baldio, estando "fora do comércio jurídico", é insusceptível de apropriação privada, quer pelos compartes individualmente considerados, quer pela estrutura da sua administração".

A colocação dos baldios fora do comércio (art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017) pode precipitar a afirmação de que uma posse sobre eles não se afigura legalmente possível, por estar afastada a apropriação jurídico-privada dessas coisas.

Uma demonstração completa do desacerto desta tese não pode ser feita neste local. Em todo o caso, sempre se dirá que a colocação dos baldios fora do comércio relega para mera detenção a posição de terceiros que tenham sobre eles o controlo material, com exclusão dos compartes. Quanto a esses terceiros não pode haver posse sobre os baldios, ficando também afastada a usucapião.

Contudo, a impossibilidade legal de posse sobre baldios por terceiros não compartes[24] não compromete a posse destes relativamente ao direito de baldio. De resto, que é assim decorre inequivocamente do art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017, que menciona a posse dos baldios.

Quer dizer, em termos de normalidade, o comparte é simultaneamente titular do direito de baldio e possuidor nos termos deste direito. Qualquer terceiro que haja ocupado terreno baldio, investindo-se no controlo material da coisa, não passa nunca de mero detentor, com o estatuto jurídico deste.

A posse dos compartes disponibiliza a estes os efeitos jurídicos da posse, nomeadamente, a tutela possessória, que pode ser sempre usada contra terceiros, detentores ou não.

2. A exclusão legal da usucapião, que surge mencionada no art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2017, funciona quanto a terceiros não compartes. Quanto a estes, estando os baldios fora do comércio, não pode haver posse; e estando a posse afastada, fica igualmente prejudicado um dos seus efeitos jurídicos principais: a usucapião. Um terceiro (não comparte), estando privado da posse do baldio,

[23] Cit.

[24] Ou para compartes que hajam invertido o título da posse.

não pode adquirir qualquer direito real sobre a coisa (propriedade ou outro) por usucapião.

Ainda assim, rejeitamos que não haja nenhum papel para a usucapião no contexto dos baldios. A conversão de prédios sujeitos ao regime de Direito privado em baldios, portanto, ao domínio comunitário, pode decorrer de usucapião, contando que se verifique uma posse comunitária de terrenos nos termos de direito de baldio. O art. 2.º, alínea a), IV) confere a base normativa bastante.

Se um terceiro não comparte não pode possuir terrenos baldios e, assim, usucapir nos termos de outro direito real de gozo, os membros da comunidade local podem, em conjunto, exercer uma posse comunitária sobre coisa sujeita ao domínio privado, constituindo o baldio por usucapião.

Finalmente, também nos parece que os compartes, mesmo que o baldio haja sido adquirido por qualquer outro facto jurídico, não estão impedidos de invocar a usucapião, sendo do seu interesse, se os requisitos legais respectivos se mostrem verificados.

X. A defesa real do direito de baldio

1. Os meios gerais de tutela de quaisquer direitos subjectivos em caso de violação, como a acção de indemnização com fundamento em responsabilidade civil, podem ser usados pelos compartes[25].

Pergunta-se neste parágrafo pelos meios reais de defesa. Dentro destes, os mais importantes respeitam à defesa contra a tentativa de esbulho dos terrenos baldios ou a recuperação destes perante um esbulho consumado.

Na sequência do que dissemos sobre a posse dos baldios pelos compartes, não cremos que haja dúvidas legítimas quanto à possibilidade de recurso pelo comparte possuidor aos meios gerais de tutela da posse, incluindo, pois, a acção de prevenção, a acção de manutenção e a acção de restituição. A restituição provisória em caso de esbulho violento está igualmente ao dispor do comparte possuidor.

A posse do comparte não se diferencia substantivamente das demais posses nos termos de direitos reais de gozo, apesar dos baldios fazerem parte do domínio comunitário e não estarem sujeitos ao regime geral do domínio privado. Isso implica que o regime de tutela da posse do comparte está submetido aos mesmos prazos de caducidade e demais restrições do possuidor comum.

2. Pode o comparte lançar mão de uma acção de reivindicação em caso de esbulho do terreno baldio ou de não entrega do mesmo após aquisição válida e eficaz?

Temos igualmente essa resposta como afirmativa, sem quaisquer reservas[26]. Não se perceberia, de resto, por que razão não haveria o comparte de poder recuperar a coisa esbulhada, no exercício do seu direito real de gozo.

[25] Esse direito é de exercício individual, respeitando a cada comparte, mas pode ser exercido por todos os compartes, em litisconsórcio, ou por alguns deles.

[26] Neste sentido, cf. igualmente o Ac. STJ de 1.12.2017, em www.dgsi.pt.

A acção de reivindicação está predisposta para a defesa de todo o direito real de gozo (art. 1315.º do Código Civil). A qualificação do direito de baldio como direito real de gozo disponibiliza ao titular os meios judiciais de tutela que a Lei n.º 75/2017 não afaste.

3. Outras acções reais, como a acção de demarcação, por exemplo, aplicam-se igualmente no âmbito do direito real de baldio.

DIREITO DO TRABALHO

SOBRE O SENTIDO DA AUTONOMIA DO DIREITO DO TRABALHO. O EXEMPLO DA EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO

José João Abrantes[*/**]

Em memória e homenagem ao Professor Augusto Silva Dias, ao Homem, ao Professor, ao Amigo

SUMÁRIO: I. Autonomia do direito do trabalho; II. Justiça social e protecção do contraente débil; III. Natureza compromissória do direito do trabalho e boa fé; IV. O exemplo da excepção de não cumprimento do contrato.

A autonomia do direito do trabalho é uma ideia que hoje se pode considerar praticamente incontestada[1] e que, no espaço jurídico europeu, se encontra adquirida há décadas[2].

[*] Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

[**] Por opção do Autor, não é usado o Novo Acordo Ortográfico.

[1] Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3ª edição, Lisboa, 2001, p. 26. V., por ex., a posição de LOBO XAVIER, Bernardo, in *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, 2001, p. 95 ss. [p. 100 e nota (7)], que escreve que essa autonomia "deve ser exaltada, relativamente ao direito comum dos contratos" e cita Radbruch, num texto com mais de 70 anos, em que é dito que "o direito do trabalho focaliza (as relações económicas) segundo o critério da protecção do economicamente mais débil contra o economicamente forte. (...) (O direito civil) nada sabe (...) da solidariedade do conjunto dos trabalhadores, que compensa esta inferioridade de poder do trabalhador individual relativamente ao patrão; nem sabe das grandes associações profissionais que, mediante as convenções colectivas de trabalho, são quem realmente conclui os contratos de trabalho. (...) A essência do direito do trabalho (é precisamente) a sua maior proximidade à vida. Não vê só pessoas, como o abstracto direito civil, mas empresários, operários, empregados; não só pessoas individuais, mas associações e empresas; não apenas contratos livres, mas também as duras lutas económicas de poder que constituem o pano de fundo destes supostos contratos livres". Acrescenta ainda, após referir "o sistema de liberdade sindical, de contratação colectiva robustecida pela greve e de intervenção dos trabalhadores na empresa, como expressão de equilíbrio, de integração e de justiça", que "neste último e decisivo tópico da relação colectiva, pese embora a um civilismo irrealista, reside o traço mais saliente da radical autonomia do Direito do Trabalho".
Também para MESQUITA BARROS, Cássio, in I Congresso Internacional de Direito Constitucional do Trabalho, realizado em Natal (Brasil), em 1990, o intervencionismo protector do Estado, "através da intervenção da lei, que atinge o ápice na Constituição, complementa e corrige os direitos individuais e colectivos do trabalho, enquanto se desenvolve paralelamente a acção autónoma das partes, regulando as relações de seu mútuo interesse prévio da reformação colectiva" [cfr. RODRIGUES, Aluísio (coord.), *Direito Constitucional do Trabalho*, S. Paulo, 1993, p. 12 s.].

Essa autonomia tem de ser vista "em função da maneira de ser da própria relação laboral", que, apresentando "manifestas afinidades com as relações obrigacionais sinalagmáticas e onerosas", não pode, porém, "explicar-se apenas através destas notas, nem ser vista como uma simples relação de troca, trabalho-salário". (...) "[V]ários elementos contribuem para a autonomia dessa relação", que "sofre marcada interferência dos interesses colectivos que dominam as relações colectivas de trabalho", sendo que, "por outro lado, o trabalho, enquanto bem instrumental da personalidade, exige uma tutela específica, que impede o seu tratamento como simples meio de troca" [3].

A problemática da singularidade do direito do trabalho prende-se com o problema, mais vasto, da visão hodierna do próprio ordenamento jurídico, em relação ao qual claramente se pode assinalar que os diversos ramos de Direito se mostram "modernamente dominados por uma tendência de solidariedade social, levando a ponderar os interesses individuais à luz global dos interesses gerais da comunidade, através dos quais, por outro lado, se vem a obter a realização do bem-estar de cada indivíduo"[4].

I. Autonomia do direito do trabalho

A autonomia do direito do trabalho funda-se, essencialmente, na autonomia colectiva e na protecção do contraente débil.

Cfr., ainda, PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, que, na sua tese de doutoramento, dedicada precisamente ao tema da autonomia dogmática do direito do trabalho (Da autonomia dogmática do direito do trabalho, Coimbra, 2001), p. 965 ss., identifica três princípios gerais deste ramo do direito, a que chama o princípio da compensação (compreendendo-se nele, segundo a referida professora, os sub-princípios da protecção do trabalhador e da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador), o princípio do colectivo e o princípio da auto-tutela laboral (concretizado em duas vertentes, o poder disciplinar e o direito de greve). Em contraponto, para Menezes Cordeiro e para Pedro Romano Martinez, porém, não existem no Direito do Trabalho valores e princípios susceptíveis de erguer uma dogmática própria, os seus princípios não pressupõem uma alteração dos parâmetros gerais do direito civil, onde também têm tido soluções a relação de troca desigual ou a necessidade de protecção. Por conseguinte, a autonomia do direito laboral "é meramente sistemática" (ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Direito do Trabalho. Relatório*, p. 66; v., ainda, "As razões de ser do Direito do Trabalho, in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, 1999, p. 127 ss.), deriva apenas "da necessidade prática e académica de agrupar, por forma ordenada, as normas relativas ao trabalho dependente" (MENEZES CORDEIRO, A., *Da situação jurídica laboral; perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho*, 1982, p. 64).

[2] Cfr., por ex., na Alemanha, as obras de Nikisch, Hueck/ Nipperdey, Herschel, Brox, Gamillscheg, Zöllner, Schaub e Söllner, curiosamente todos a manterem a referência à relação comunitário-pessoal e aos deveres de lealdade e assistência como princípios estruturantes deste ramo do direito.

[3] CARVALHO FERNANDES, *cit.*, p. 28.

[4] CARVALHO FERNANDES, *cit.*, p. 29.
Trata-se de um problema "que põe em causa a própria divisão fundamental do sistema jurídico, a *summa divisio* em direito público e direito privado" (*ibidem*). Mas, tal como este mesmo autor reconhece (p. 30), visto sob o ângulo dessa distinção tradicional, o direito laboral integrar-se-ia manifestamente no segundo daqueles ramos. De facto, visto sob esse ângulo, é direito privado, mais concretamente, um ramo especial do direito privado, face a qualquer uma das teorias com base nas quais é normalmente feita a distinção entre direito público e direito privado. Mas essa relação de especialidade para com o Direito Civil, enquanto direito privado geral ou comum, não põe em causa a sua autonomia.

O modo e as circunstâncias em que ele surgiu, bem como a realidade social diferenciada na qual assenta, marcam naturalmente as suas regras e princípios próprios, fruto de uma determinada evolução histórica. Foi a situação jurídica dos trabalhadores subordinados que levou à criação de técnicas próprias para lhe dar resposta, isto é, de instrumentos específicos de protecção – *maxime*, a liberdade sindical, a negociação colectiva e a greve, cujo conjunto é, na verdade, condição necessária de todas as outras liberdades dos trabalhadores.

A relação laboral é uma relação de poder-sujeição, em que a liberdade de uma das partes é susceptível de ser feita perigar pelo maior poder económico e social da outra. O trabalhador e o empregador são sujeitos de um contrato *sui generis*, que alicerça essa relação de poder-sujeição, daí derivando a necessidade de protecção da parte em relação à qual a sua liberdade e a sua dignidade se podem encontrar em perigo face ao poder económico do outro contraente.

Existe, de facto, um desequilíbrio entre os poderes do empregador e do trabalhador – que não dispõem de igual liberdade quanto à celebração do negócio, nem quanto à estipulação das cláusulas negociais ou quanto à exigência do seu cumprimento. O direito do trabalho nasceu e desenvolveu-se porque a igualdade entre o empregador e o trabalhador não passava – nem passa – de uma ficção. O facto de o trabalhador ser a parte mais fraca e a possibilidade de o empregador abusar dos poderes que o próprio quadro contratual lhe confere estiveram na sua génese enquanto segmento da ordem jurídica de fortíssima feição proteccionista[5].

A sua história é a história da progressiva protecção jurídica dos trabalhadores face aos empregadores.

Para os códigos civis do séc. XIX (*v.g.*, o Code Napoléon), o contrato de trabalho era uma troca realizada entre duas pessoas livres e juridicamente iguais, que, como tal, negociavam, voluntária e autonomamente, em perfeita igualdade, as condições de trabalho. O trabalho assalariado era encarado como o aluguer de uma mercadoria (a força de trabalho) como as outras e regia-se exclusivamente pelo direito comum, o direito civil, onde os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual tinham carácter absoluto.

A proibição de associações e coligações, bem como de quaisquer formas de lutas laborais, colocavam frente a frente, isolados, o empregador e o trabalhador, de acordo com o funcionamento livre das leis do mercado, o que conduzia directamente a um contrato em que o trabalhador, despojado de meios de produção e necessitado de meios de sobrevivência, mais não fazia do que aceitar condições pré-fixadas pelo outro contraente, economicamente mais forte. A desigualdade de facto entre o empregador e o trabalhador e a diferente natureza das razões que os levam a contratar fazem o contrato "perder o aspecto contratual"[6], transmudando-se a liberdade contratual do trabalhador na sujeição à "ditadura contratual" do empregador[7].

[5] Para HANAU/ ADOMEIT, *Arbeitsrecht*, 11ª ed. (1994), p. 47, o direito do trabalho – ramo do direito que «desconfia do contrato individual» – pode mesmo ser concebido como um sistema amplo de controlo da liberdade contratual, inspirado no princípio do *favor laboratoris*.

[6] ENNES ULRICH, Ruy, *Legislação operária portuguesa*, Coimbra (1906), p. 444.

[7] MOREIRA, Vital, *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra (1973), p. 77.

Foi, porém, o próprio desenvolvimento do capitalismo, com a necessidade que lhe correspondeu de concentrar grandes massas de trabalhadores, que conduziu sucessivamente à organização e à luta destes, contra a miséria em que esse regime jurídico de utilização da força de trabalho os havia lançado, ao intervencionismo estadual e à autonomização de um novo ramo do direito, já que o direito comum dos contratos – o direito civil – se mostrava completamente indiferente à "*Questão Social*".

O direito do trabalho surge como reacção à "*insensibilidade social*" do direito civil. Sob a pressão das lutas operárias, a ordem jurídica vê-se obrigada a emitir leis de protecção dos trabalhadores (lado a lado com leis sobre as relações colectivas de trabalho, a reconhecer os sindicatos e o direito de celebrarem com as entidades patronais contratos aplicáveis aos trabalhadores por eles representados, bem como, posteriormente, as suas formas de luta), as primeiras "*leis sociais*", que, limitando-se, de início, a pôr cobro a aspectos mais chocantes da exploração capitalista, viriam a ter o seu principal alcance, como escreve Monteiro Fernandes[8], "na quebra de pretensa posição de neutralidade estadual, em que até aí se mantinham os poderes públicos e na abertura de todo um caminho de produção legislativa que levou à sedimentação do Direito do Trabalho moderno".

O direito do trabalho nasceu e desenvolveu-se com uma feição garantística, que se foi afirmando fundamentalmente através da conjugação entre autonomia colectiva – a determinar as condições globais de trabalho e salário, corrigindo a situação em que o empregador impunha sozinho as suas condições e representando, no fundo, "um regresso à bilateralidade, à paridade, logo ao contrato"[9] – e lei de cariz protecionista – a subtrair ao domínio da autonomia da vontade e a definir imperativamente matérias cada vez mais extensas do conteúdo contratual, procurando, no essencial, assegurar a igualdade substancial dos contraentes e a protecção do trabalhador. Só essa conjugação pode compensar a superioridade fáctica do empregador e impor travões a eventuais abusos dos seus poderes, conseguindo, assim, o ponto de equilíbrio entre os poderes dos contraentes ao qual deve corresponder a disciplina contratual[10].

O direito do trabalho afasta-se de certos dogmas contratualistas, de modo a proteger a parte contratual económica e socialmente mais débil, e tem como técnica específica a promoção da desigualdade jurídica em favor desse contraente, princípio que se verifica desde logo com a própria determinação colectiva das condições de trabalho, contra-poder necessário para se atingir um nível no qual as questões individuais sejam o fruto de decisões efectivas. É fundamentalmente a partir dela que este ramo do direito se vai autonomizar do direito civil, permitindo-se que o sindicato se substitua ao indivíduo isolado na definição dos seus direitos e obrigações por ocasião do trabalho, alterando, desse modo, a favor do trabalhador a relação de força contratual que, na

[8] *Direito do Trabalho*, p. 19.

[9] LYON-CAEN, Gérard, "Défense et illustration do contrat de travail", Archives de Philosophie du Droit XIII (1968), p. 59 ss. (62).

[10] Ideia constatável desde as primeiras tentativas de elaboração dogmática autónoma da disciplina, por exemplo (e para nos limitarmos ao ordenamento alemão), nas obras de Philipp Lotmar, Heinz Potthoff, Erich Molitor e Hugo Sinzheimer. Sobre o ponto, v. ainda, por todos, LYON-CAEN, "Défense et illustration...", cit., p. 69.

relação individual com o empregador, lhe é manifestamente desfavorável. A acção colectiva e a regulamentação estadual, com a imposição de limites aos poderes do empregador, são a base da autonomia desta disciplina jurídica e conduziram ao quadro juslaboral actual – caracterizado pela segurança no emprego, a limitação do tempo de trabalho, o descanso semanal e as férias, o reconhecimento da actividade sindical, da contratação colectiva e da greve, a protecção social no desemprego, o salário mínimo garantido, etc. – e à própria constitucionalização dos seus grandes temas e princípios fundamentais, configuradores de uma ordem pública social, que se caracteriza pelo reconhecimento, por um lado, da desigualdade económica e social entre as partes da relação de trabalho e, por outro lado, de instrumentos específicos de protecção, *v.g.*, de meios de acção colectiva tendentes a influenciar a determinação das condições de trabalho.

II. Justiça social e protecção do contraente débil

O direito do trabalho aparece precisamente como uma das principais expressões de uma mudança, que ocorre com o Estado Social, no direito dos contratos e que é a passagem da autonomia da vontade e da liberdade contratual sem limites para um novo conceito de contrato, marcado pelo cercear crescente daquela autonomia e daquela liberdade. Ocorre, no fundo, a passagem de um conceito de liberdade abstracta para a liberdade concreta e da afirmação de uma (mera) igualdade jurídico-formal dos contraentes para o reconhecimento da sua desigualdade real. Dos códigos civis oitocentistas passa-se à crítica do liberalismo e à (impropriamente chamada) «*crise do contrato*», com a entrada em cena da justiça social e a funcionalização dos direitos e do contrato.

Um dos valores que aparece então é a *protecção do contraente débil*, que tem momentos diferenciados. Se, numa primeira fase, a debilidade contratual é encarada apenas como característica individual do contraente[11], mais tarde ela passa a ser vista como característica de certas categorias de contraentes[12], chegando-se, por último, à garantia constitucional da autonomia privada. Dá-se, por essa via, a materialização, a socialização e a constitucionalização do direito privado.

Hoje, assiste-se, por exemplo, ao reconhecimento generalizado da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e à actuação do princípio da proporcionalidade, que, tendo tido origem no direito público, enquanto instrumento de controlo do poder derivado da intervenção pública com reflexo na esfera dos privados, se expandiu para o direito privado, *maxime*, para as situações contratuais de poder-sujeição, em que o desequilíbrio entre as partes põe em crise o exercício de uma efectiva liberdade contratual, ficando esta facticamente derrogada. Trata-se de situações em que a estrutura do direito privado se aproxima do direito público, sendo o princípio então convocado

[11] Daí a resposta para o problema aparecer centrada sobretudo nas teorias das incapacidades e dos vícios da vontade, no regime dos negócios usurários (lesão), nos institutos da imprevisão e do abuso de direito, etc.

[12] Como o trabalhador, o inquilino, o comprador a crédito ou a prestações, o mutuário, etc., sem esquecer o aderente nas *cláusulas contratuais gerais* (ou *contratos de adesão*).

com o objectivo de estabelecer limites à prevalência de uma parte sobre a outra e transformar assim essas situações de poder em situações de equilíbrio ou, pelo menos, de desequilíbrio tolerável.

O exemplo mais significativo de actuação do princípio no domínio privado encontra-se precisamente no direito do trabalho, em que é particularmente intenso o conflito entre interesses de sinal contrário, tendo sido sob a égide da protecção do contraente débil que o juslaboralismo ganhou foros de cidadania em relação ao direito civil.

III. Natureza compromissória do direito do trabalho e boa fé

A autonomia do direito do trabalho não significa, porém, que este ramo do direito seja uma disciplina "*out of the box*", fora do sistema. Ele não é um direito operário, anti-capitalista, antes se trata de algo que actua dentro das margens permitidas pelo sistema económico e social e a ordem jurídica que dele deriva. É um direito *compromissório*.

Note-se que, por ex., se a cláusula geral de boa fé tem indiscutivelmente uma vertente promocional do tráfico jurídico privado em conformidade com a autonomia privada e a segurança jurídica, a qual justifica a sua actuação como limite genérico ao exercício dos direitos fundamentais, ela tem também uma outra faceta, traduzida em que os próprios princípios contratuais devem também servir para assegurar o equilíbrio entre os poderes patronais e estes direitos. A necessidade de encarar deste modo o problema continua a ser escamoteada. O que se continua a perguntar é se o uso que o trabalhador faz dos seus direitos é ou não consentido pelos valores contratuais; é à luz destes, que continuam a ser vistos como desempenhando o papel principal, que aparece "filtrada" a eficácia daqueles, havendo ainda dificuldade em aceitar a ideia de conflito de bens ou interesses, todos igualmente merecedores de tutela.

Esquecendo-se que os direitos fundamentais (também) limitam os poderes patronais, procura-se apenas verificar se o trabalhador se excede ou não no exercício daqueles direitos, recorrendo a meros critérios contratualistas, o que origina, por vezes, uma inaceitável "degradação do exercício" desses direitos.

Pode, por exemplo, verificar-se que, normalmente, o recurso ao abuso do direito é feito num só sentido ou que também quase só se fala do dever de lealdade do trabalhador, esquecendo-se, curiosamente, que a mesma lealdade vincula igualmente o empregador.

A Constituição, porém, oferece dados e pressupostos normativos que propiciam uma interpretação de duplo sentido, que aprofunde realmente, com efectivas consequências, a ideia de reciprocidade e harmonização dos interesses de ambas as partes da relação laboral. Os próprios princípios contratuais deverão ser reelaborados à luz desta perspectiva, a única coerente com o significado do Estado Social de Direito, passando a servir também para garantir, no seio da empresa, os direitos fundamentais, cujo equilíbrio com os poderes patronais há que assegurar[13].

[13] No que toca a todo este ponto III do presente artigo, em termos de referências bibliográficas, remete-se para a nossa monografia *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, 2005, p. 175 ss., que, aliás, seguimos de perto.

Não se pretende, evidentemente, destruir o contrato, nem a sua força vinculativa, mas sim obrigar a uma nova perspectivação dos deveres contratuais e, de uma forma geral, a uma reconsideração das consequências que o seu correcto cumprimento deve comportar.

Como pode ler-se num aresto do TC espanhol, "a existência de uma relação contratual entre trabalhador e empregador gera um complexo de direitos e obrigações recíprocas que condicionam o exercício da liberdade civil do trabalhador (...). Tal liberdade não poderá obviamente ser invocada para romper o quadro normativo e contratual definidor da referida relação, mas também os princípios que informam esta última, que preservam o leal cumprimento pelas partes das suas obrigações, nunca poderão chegar a impedir, além dos imperativos impostos pelo contrato, o exercício da liberdade civil que a Constituição tutela".

Essa liberdade é parte integrante da conflitualidade inerente ao contrato de trabalho. O empregador e o trabalhador têm direitos e interesses autónomos, devendo tanto a liberdade de empresa como os direitos do trabalhador ser respeitados na sua máxima amplitude possível.

É isso o que a boa fé impõe.

A mesma, enquanto princípio geral de exercício de direitos (inclusive, dos direitos fundamentais) e de cumprimento de obrigações (*v.g.*, laborais), representa um vector fundamental da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho – aspecto de que muitos exemplos podem ser encontrados a propósito da noção de justa causa de despedimento ou, de uma forma geral, de infracção disciplinar.

No quadro das relações entre contrato de trabalho e direitos fundamentais, esse princípio tem vindo a substituir, enquanto instrumento de integração contratual, a referência a outros conceitos, dificilmente compatíveis com a Lei Fundamental.

É assim que, por exemplo, a formulação em termos genéricos e irrestritos, que muitas vezes é feita, do chamado dever de lealdade do trabalhador, no fundo, com o significado de sujeição absoluta deste aos interesses empresariais, é indefensável face ao sistema constitucional das relações de trabalho, que reconhece e protege a conflitualidade e configura claramente o trabalhador e o empregador como portadores de interesses distintos, tantas vezes contrapostos.

Contrariamente a esse dever de lealdade, pelo menos com a conotação comunitário-pessoal de que se costuma revestir, a cláusula da boa fé, entendida em conformidade com os preceitos constitucionais, tem efeitos integradores sobre as obrigações de ambos os contraentes e é suficientemente flexível para, sem com isso ferir a Constituição, fundamentar os distintos deveres acessórios impostos ao trabalhador em função das exigências concretas da sua prestação.

Em termos gerais, pode dizer-se que a boa fé representa um critério de conduta caracterizado no essencial pela lealdade e fidelidade à palavra dada, pelo respeito devido às legítimas expectativas dos outros interessados na relação, pela actuação conforme às regras de procedimento honesto, esmerado e diligente. É nesse clima que as partes de um contrato sujeitos devem desenvolver a sua convivência, cumprindo, não só o conteúdo estrito do contrato, mas ainda tudo aquilo que, em cada caso

concreto, é imposto pelos referidos valores de ordem ética. Numa palavra, eles devem proceder como pessoas de bem.

A boa fé traduz, no fundo, a ideia de que o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres devem respeitar toda uma série de regras implícitas na ordem jurídica, que são impostas pela consciência social e correspondem a um determinado conjunto de valores éticos dominantemente aceites na sociedade.

Este princípio vale para o credor enquanto proibição de abusar do seu direito de crédito e para o devedor enquanto critério de determinação do alcance da prestação e da forma do seu cumprimento. Ao primeiro cabe exercer o seu direito sem contrariar a lealdade e sem trair a confiança e a consideração com que o devedor pode razoavelmente contar (nomeadamente, não deverá desviar o direito do fim para cuja realização é reconhecido, nem fazer exigências despropositadas), evitando que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado. Mas a boa fé exige igualmente que o devedor cumpra a obrigação, não só na sua letra, mas também no seu espírito, da forma razoavelmente esperada pelo credor. Em síntese, tanto um como o outro deverão abster-se de assumir quaisquer atitudes que possam acarretar prejuízos gratuitos à contraparte.

O que, no âmbito da relação de trabalho, exige a dupla valoração da cláusula, consequência, aliás, da dualidade e conflitualidade presentes na sociedade e no sistema de relações laborais em particular. O entendimento correcto da boa fé contratual passa por reconhecer-lhe natureza recíproca, como forma de permitir o desejado equilíbrio entre os direitos do trabalhador e os poderes patronais. Este é, no fundo, um corolário lógico do carácter compromissório deste ramo do direito, aspecto que, obviamente, e antes pelo contrário, não põe em causa a sua autonomia.

IV. O exemplo da excepção de não cumprimento do contrato

1. Um exemplo ilustrativo das diferenças entre as técnicas próprias do direito laboral e as do direito privado comum pode ser encontrado na figura da excepção de não cumprimento do contrato ("*exceptio non adimpleti contractus*"), quer consideremos a sua invocabilidade pelo empregador, com realce para o desvio ao carácter sinalagmático do contrato de trabalho representado pelo regime jurídico das faltas, quer a sua invocabilidade pelo trabalhador, com referência particular aos salários em atraso[14].

A excepção de não cumprimento do contrato é a faculdade que, nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra não realizar ou não oferecer a realização simultânea da sua contraprestação.

Nesses contratos, o princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas aparece como consequência directa da sua interdependência funcional.

[14] Em termos de referências bibliográficas, remete-se para os textos que temos dedicado a esta temática, *v.g.*, *A excepção de não cumprimento do contrato*, cuja 1.ª edição, de 1986 (a 2.ª é de 2012, a 3.ª de 2018) corresponde à nossa tese de mestrado, que em 19-06-1986 foi aprovada em provas públicas na Faculdade de Direito de Lisboa por um júri quase igual ao que, alguns dias depois, aprovou em idênticas provas o Professor Augusto Silva Dias (permito-me deixar esta nota, porque, de algum modo, foi o evocar dessa memória que me levou a escolher para objecto deste artigo em sua homenagem a excepção de inexecução do contrato).

Porque no interior da economia contratual a obrigação principal de cada um dos contraentes é contrapartida da assumida pelo outro, é a sua razão de ser, a sua causa, a sua execução é pressuposto da execução da outra, não tendo, nomeadamente, nenhum dos contraentes de cumprir enquanto o outro também não cumprir: aquelas obrigações têm de ser cumpridas simultaneamente. O que significa que, se um dos contraentes, não cumprindo a sua obrigação na época do vencimento (sendo o cumprimento ainda possível), reclama, apesar disso, a contraprestação, pode o devedor desta, legitimamente, recusá-la enquanto subsistir este estado de coisas – subordinando a execução da sua prestação ao cumprimento da contraprestação pelo outro contraente: nisto consiste a *exceptio non adimpleti contractus*.

Esta visa, pois, sancionar esse tal dever de execução simultânea das obrigações sinalagmáticas que, para cada uma das partes, deriva da própria natureza do contrato bilateral, onde as prestações prometidas a título principal por cada uma das partes estão ligadas entre si por um nexo de correspectividade, criado pela lei tendo em vista a realização da justiça comutativa e o respeito pela intenção das partes, que com o contrato pretendem efectuar uma troca de prestações, as quais, como foi dito, funcionam como causa (jurídica) uma da outra.

Como tal, por derivar da sua própria natureza, a *exceptio* aplica-se a todos os contratos bilaterais, como meio de assegurar o respeito pelo princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas.

Quando se não haja estabelecido termo para uma das obrigações sinalagmáticas – ou termos diferentes para ambas –, deverão elas ser executadas simultaneamente, podendo, por conseguinte, qualquer das partes recusar-se a cumprir a sua obrigação enquanto não for cumprida a da outra: é a velha máxima «*inadimplenti non adimplendum*» (*não se paga a quem não paga*).

Aliás, mesmo na hipótese de as prestações sinalagmáticas terem termos diferentes para a respectiva execução, embora a forma como se encontra redigido o artigo 428.º/1 do C. Civil pudesse suscitar algumas dúvidas, a excepção de inadimplência poderá sempre ser invocada pelo contraente que não estiver obrigado a cumprir em primeiro lugar.

Nas situações referidas, o excipiente pode, efectivamente, recusar a sua prestação até que a contraprestação seja cumprida, desde que se verifiquem os restantes pressupostos da excepção, designadamente a não contrariedade à boa fé, que exige, por exemplo, o respeito pela ideia de preservação do equilíbrio entre as obrigações sinalagmáticas. A boa fé impõe ainda que o exercício do nosso meio de defesa respeite o fim em vista do qual a lei o concedeu; sendo tal finalidade possibilitar a total execução da relação contratual, o devedor não poderá alegar a *exceptio*, a não ser que com isso vise efectivamente essa execução e somente na medida em que a recusa da sua prestação possa de facto facilitá-la. O princípio exige, assim, que o incumprimento da obrigação da outra parte revista determinada gravidade e opõe-se a que o devedor se aproveite desse incumprimento, das dificuldades momentâneas da contraparte, para deixar ele próprio de executar a sua obrigação; opõe-se a que o exercício da excepção seja desviado do seu fim, nomeadamente que o excipiente aproveite a inexecução da outra parte como pretexto para se subtrair ele próprio ao cumprimento. É assim que, perante

um incumprimento que, em termos quantitativos, se apresenta como ínfimo ou não tenha senão uma muito escassa importância, a alegação da excepção poderá aparecer como ilegítima.

Ora, o contrato de trabalho é um contrato sinalagmático, dele emergindo obrigações recíprocas e interdependentes para ambas as partes: a obrigação de trabalhar tem como contrapartida a obrigação de pagar a retribuição. Ainda que de natureza e prazos diferentes, essas prestações de uma e outra parte estão ligadas pelo nexo sinalagmático próprio dos contratos bilaterais. A *exceptio* é-lhe, por isso, aplicável.

2. O contrato de trabalho é, além disso, um contrato de execução duradoura.

Os contratos de duração ou de execução duradoura são aqueles em que a prestação se protela no tempo, «tendo a duração temporal da relação creditória uma influência decisiva na conformação global da prestação». Ao contrário das obrigações fraccionadas (ou repartidas), em que se deve uma só prestação, a satisfazer por partes, nas obrigações de execução duradoura, «são devidas várias prestações, embora por força de uma única obrigação». Embora com natureza unitária, há uma pluralidade das prestações inerentes a uma mesma função, representando cada uma delas um interesse distinto e autónomo do credor. Tendo de ser feitas várias prestações por cada um dos contraentes, cada uma delas satisfaz um interesse autónomo do credor e tem, assumida por este, uma correspondente contraprestação. O vínculo sinalagmático estabelece-se entre cada uma das prestações e a correspondente contraprestação, daí resultando que a excepção de inadimplência pode ser exercida por qualquer dos contraentes, desde que a prestação e a contraprestação correspondentes devam ser realizadas simultaneamente ou a prestação do excipiente só deva ser feita depois da do outro contraente.

Nestes contratos, se um dos contraentes realiza uma prestação, o outro contraente não pode, em princípio, suspender a contraprestação correspondente. Não pode, por ex., um dos contraentes recusar a sua prestação correspondente a uma contraprestação já feita pela contraparte, baseando-se no não cumprimento por esta de prestações ulteriores. Mas isso não impede que o possa fazer baseando-se na inexecução de prestações anteriores, isto é, de prestações correspondentes a outras que ele próprio já anteriormente tenha efectuado.

Com efeito, nestes contratos, que implicam necessariamente, pela sua natureza, que uma das partes deva cumprir antes da outra, a excepção tem ainda a função de assegurar o respeito da ordem fixada para execução das prestações contratuais. O contraente que, relativamente às obrigações em sinalagma, se encontra obrigado ao cumprimento prévio, tem ao seu dispor o nosso meio de defesa, como única forma de o garantir contra o não cumprimento pelo outro de prestações atrasadas.

Como se sabe, a regra de não poder a parte obrigada a cumprir primeiro (que, como tal, não pode fazer depender a realização da sua prestação do respeito pelo cumprimento simultâneo) alegar esse meio de defesa tem uma excepção no art.º 429.º do C. Civil, segundo o qual, ainda que um dos sujeitos esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, poderá recusar a respectiva prestação se, posteriormente ao contrato,

se verificar quanto ao outro algum dos factos que determinam a perda do benefício do prazo[15].

Mas, além dessa, tal regra comporta ainda uma outra excepção, aplicável precisamente a estes contratos ou de execução duradoura, onde o instituto em questão tem especificamente a função de assegurar o respeito da ordem fixada para execução das prestações contratuais e, assim, a execução total do contrato (fundamento do instituto), daí resultando que o contraente que esteja obrigado a cumprir antes do outro pode recorrer à *exceptio* quando este não execute prestações anteriores, correspondentes a outras por ele próprio já anteriormente efectuadas.

É o caso de uma companhia de energia eléctrica que suspende o fornecimento a um dos seus clientes enquanto este não pagar as prestações em dívida, correspondentes a fornecimentos efectuados em meses anteriores.

É igualmente o caso do contrato de trabalho, em que o trabalhador, obrigado a cumprir antes do empregador, não está impedido de recorrer à *exceptio*, quando o segundo inexecute prestações anteriores, prestações correspondentes a outras que ele próprio já anteriormente tenha efectuado.

3. É assim que, independentemente de esse direito lhe ser hoje reconhecido expressamente pelos art.os 323.º, nº 3, e 325.º do Código do Trabalho, o trabalhador que tenha salários em atraso sempre poderia, invocando o art.º 428º do C. Civil, desde que verificados os restantes pressupostos do instituto[16], suspender o contrato de trabalho[17].

Trata-se aí, de facto, de uma situação de suspensão do contrato por facto não respeitante ao trabalhador, cujo regime fornecerá, aliás, o respectivo regime integrador.

---

[15] A generalidade da doutrina tem interpretado o art.º 429.º como remetendo para o art. 780.º: verificando-se em relação ao outro contraente alguma das circunstâncias previstas neste preceito (e só aí) o obrigado a cumprir em primeiro lugar passa a poder invocar a excepção de inexecução do contrato. A tese não é, porém, pacífica; não o entendia assim Vaz Serra, segundo o qual o nosso meio de defesa poderia ser invocado pelo contraente obrigado ao cumprimento prévio, não só quando se verifique alguma das referidas circunstâncias do art.º 780.º, mas ainda em todo e qualquer caso em que «a situação patrimonial da outra parte ponha em perigo *evidente* a efectivação do direito à contraprestação». Cremos, porém, que a tese deste ilustre Professor carece de apoio legal e que só as circunstâncias que, nos termos do art.º 780.º, importam a perda do benefício do prazo (e não outras) podem fundamentar a excepção no caso previsto no art.º 429.º.

[16] A própria ideia, atrás referida no texto, de que o nosso meio de defesa não deve ser accionado, de modo desproporcionado, antes deve ser adequado à gravidade da inexecução, tem afloramento desde logo nos requisitos a que o art.º 325.º do CT subordina o exercício da excepção. A boa fé exige, de facto, que o incumprimento da obrigação da outra parte revista determinada gravidade e opõe-se a que o devedor se aproveite dele como pretexto para deixar ele próprio de executar a sua obrigação. Perante um incumprimento de escassa importância, a alegação da excepção poderá ser ilegítima.

[17] Cfr. *A excepção de não cumprimento do contrato*, *cit.*, p. 54, nota (39), e p. 187 ss.
Neste breve texto, tratamos apenas de saber se, perante a falta de pagamento do salário pelo empregador, pode o trabalhador invocar a *exceptio*. Sobre a invocabilidade do instituto pelo empregador, quando o trabalhador não realiza a sua prestação, que se encontra, aliás, vertida na regulamentação das faltas, v. *ob. cit.*, p. 195 s.

4. Outro ponto importante, que não cabe desenvolver aqui, é o de saber se a excepção é invocável pelo trabalhador face à inexecução de outras obrigações do empregador, *v.g.*, o não cumprimento de obrigações de segurança e saúde no trabalho[18] ou a violação do dever de ocupação efectiva, o assédio moral, etc. Sem entrar numa análise exaustiva do ponto, sempre se deixará a nota de que, em nosso entender, tendo em conta aquele que é o objecto do contrato de trabalho, no fundo, de algum modo, a própria pessoa que trabalha[19], com a dignidade que lhe é inerente, é possível sustentar essa invocabilidade pelo trabalhador nalgumas dessas situações, pelo menos quando, pela sua gravidade, um tal incumprimento ou essa violação de deveres ponha em causa valores essenciais e com eles essa dignidade, o primeiro dos valores do ordenamento jurídico.

[18] V. o "direito de retirada", consagrado nos artigos 15.º/6 e 17.º/2 da Lei n.º 102/2009, de 10-09. Sobre o ponto, cfr. ROUXINOL, Milena S., *A obrigação de segurança e saúde do empregador*, Coimbra, 2008, p. 166 ss.

[19] A característica principal do contrato de trabalho é a de que, como escreve BALLERSTEDT, Kurt, "Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts", *RdA* 1976, p. 5 ss. (8), "er in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers einwirkt". O mesmo autor (p. 7) define o trabalhador como "eine Person, die sich einem andern aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit Arbeit zu leisten verpflichtet". Cfr., em sentido idêntico, WLOTZKE, Otfried "Leistungspflicht und Person des Arbeitnehmers in der Dogmatik des Arbeitsvertrages", *RdA* 1965, p. 180 ss., HUECK, Alfred/NIPPERDEY, Hans Carl, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I vol., 7ª ed. (1963), p. 34 ss., e NIKISCH, Arthur, *Arbeitsrecht*, I vol., 3ª ed. (1961), p. 91 ss., e, já em 1922, POTTHOFF, Heinz, "Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?", *ArbR* 1922, p. 267 ss. (275).

HISTÓRIA

AFONSO II DE PORTUGAL E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO: TENSÕES DE PODER ENTRE UM NÚCLEO CENTRAL E NÚCLEOS GRAVITACIONAIS

João Espírito Santo*

SUMÁRIO: Introdução; I. Dos antecedentes do *Regnun Portugaliae* ao início do reinado de Afonso II; II. Afonso II de Portugal em contraciclo com a feudalidade; 1. E a centralização o que é...?; 2. As medidas políticas da centralização; 3. O oficiado palatino; 4. O conflito sucessório (o testamento de Sancho I); Conclusões.

Introdução

Compreender o sentido e os limites do tema proposto para o presente escrito exige alguma detenção: o reinado de Afonso II de Portugal ocorre no princípio do século XIII, durante a Idade Média Plena, período no qual a conceção de *Estado* no sentido forjado no fim da Idade Moderna não tinha ainda irrompido; por essa razão o sentido de *Estado* de que aqui se fará uso – e para evitar anacronismos – será o comummente usado para esta época e para épocas anteriores: *uma unidade político-territorial governada por uma autoridade central, que se impõe aos diversos grupos sociais instalados no território quanto à determinação dos objetivos a concretizar pela sociedade que ambos compõem e que pretende o relacionamento recíproco em termos de uma hierarquização, pretendendo a primeira ver-se reconhecida pelos segundos como suprema, quanto a tal função, e a aceitação, pelos segundos, da sua subordinação, a que corresponde um dever de obediência destes*. A esta noção, operativa, de *Estado*, não é essencial o critério da conceção da referida autoridade central como totalmente independente, no plano externo, uma vez que, na época considerada, não apenas se verificam exemplos de *regna* que, no plano temporal, reconheceram suserania externa, como, atenta a interpenetração entre o temporal e o espiritual, o Papado reivindicou o poder de destronar monarcas (o primeiro concílio ecuménico de Lyon, de 1245, presidido pelo Papa Inocêncio IV, depôs Frederico II do Sacro Império Romano-germânico e Sancho II de Portugal, embora com sequelas diversas em cada um dos casos).

Ao conteúdo do conceito operativo aqui proposto para *Estado* é indiferente o concreto tipo organizativo da autoridade central; para a época em questão, essa autoridade estrutura-se como monarquia, sendo caso para notar que a subordinação

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Direito; Licenciado em História; Advogado.

política de alguns dos membros da comunidade a outro ou outros era já um dado culturalmente adquirido na organização política feudal, que fluía da tradição greco-romana, e assumido como condição essencial da existência da comunidade política, que parece ter as suas raízes mais fundas na teorização aristotélica das formas de governo[1].

No contexto que antecede, a ideia de *relacionamento entre centro e periferias na construção de um Estado* tem o sentido de uma interação entre a resistência centípeda da autoridade central – pretendendo afirmar-se como supremo poder no âmbito dos diversos grupos sociais – e a resistência centrífuga dos referidos grupos[2]. Verificar, pois, quais foram as opções políticas de Afonso II na afirmação da monarquia como poder supremo no plano interno e quais as resistências que essas opções geraram nos grupos sociais, em particular da nobreza e do clero, quanto à aquisição e conservação de posições de poder, constitui o objeto central do presente escrito.

I. Dos antecedentes do *Regnun Portugaliae* ao início do reinado de Afonso II

Afonso II de Portugal foi o terceiro monarca português, integrando a dinastia real dita *afonsina* ou de Borgonha, a primeira de Portugal como unidade política peninsular independente. Essa *independência* tem aqui o sentido – e considerando que, no contexto do século XII ocidental as estruturas de poderes vassálico-senhoriais tendem a evidenciar que a conceção da *independência* pode sofrer gradações[3] – de

[1] Na *Política* de ARISTÓTELES [utiliza-se a tradução francesa de Jean Aubonnet, *Politique*, (Livres I à VIII)], Gallimard, [s.l.], 1993], encontra-se a teorização do poder de comando e da subordinação como caracterizações necessárias das sociedades, que, aliás, fundamentam o instituto da escravatura (Livro I, V, 1-6). Na teorização das formas de governo da *cidade* ou *comunidade política*, ARISTÓTELES, sistematiza-as assim: *monarquia* (governo de um só), *aristocracia*, *politeia*, *tirania*, *oligarquia* e *democracia*.

[2] Sobre o assunto, cf. VARANDAS, José, "*BONUS REX" ou "REX INUTILIS", AS PERIFERIAS E O CENTRO. Redes de Poder no Reinado de D. Sancho II (1223-1248)*, Dissertação de Doutoramento em História (História Medieval, Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, Lisboa, 2003, disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/593/1/16199_Bonus_Rex_ou_Rex_Inutilis.pdf, pp. 414 e ss., com apoio teórico-abstrato em SHILS, Edward, *Centro e Periferia*, tradução portuguesa do ensaio *Center and Periphery*, in *The Logic of Personal Knowledge: Essays presented to Michael Polanyi*, Routlege & Kegan Paul, 1991 [podendo encontrar-se na *www* (https://www.google.pt/#q=center+and+periphery+shils) um texto em formato *word*, identificado como correspondendo às pp. 117-110 da obra citada, que nos parecem constituir a parte do ensaio reportada por JOSÉ VARANDAS, que procurámos localizar em recurso *internet*, na impossibilidade de acesso à tradução citada pelo A.].

[3] Essas *gradações* constituem, no essencial, o produto do confronto das conceções de poder-autoridade-monarquia/império, germânicas, por um lado, e romanas, por outro. Na tradição dos antigos povos germânicos a *coroa* não corresponde a uma instituição que possa separar-se claramente da pessoa e do património do rei, que dos seus domínios de *rex* faz doações e partilhas hereditárias (cf. sobre o assunto, entre outros, LE GOFF, Jacques, *A Civilização do Ocidente Medieval*, I, Lisboa: Estampa, 1984 (original: *La civilisation de l´Occident Médiéval*, Paris, 1964; trad. port. de Manual Ruas), pp. 73 e ss. Ao contrário, na conceção romana, o Império, como ente público, separa-se claramente do *titular*, que exerce uma suprema magistratura e que deve exercê-la no sentido do bem comum; no plano patrimonial separavam-se claramente as esferas do património do *Estado Romano*, apenas administrado pelo Imperador, e o património particular do mesmo, o único de que este podia dispor a favor de terceiros, em vida ou por morte. No que respeita à conceção romana, parece ter sido decisiva para a evolução assinalada, a transição do um sistema político monárquico para a organização republicana, da qual terá resultado a conceção do *ager publicus*.

um território governado por uma *auctoritas* que não se reconhece, no domínio temporal, como subordinada de nenhuma outra: um *regnum* e o seu correspondente *rex*[4].

A constituição do Reino de Portugal pode situar-se num processo político peninsular do século XII, cujos imediatos antecedentes se encontram no reinado de Afonso VI de Leão e Castela, no qual já se tinha desenvolvido uma certa autonomia territorial e sociocultural da Galiza em relação a Leão, formando um condado – veja-se a anterior experiência de Garcia, irmão de Afonso VI, que governara a Galiza com o título de *rex*[5] – e no destaque de uma parte, a Sul, do território do Condado da Galiza, entre os rios Minho e Douro, para com ele formar um outro condado, o de Portucale, com centro na cidade do mesmo nome, entregando-o à governança de titular condal diverso do da Galiza.

Afonso VI prosseguiria a política de expansão territorial da Cristandade hispânica para Sul, tendo conquistado Toledo ao domínio muçulmano (1085), antiga capital visigótica, aproveitando as longas rivalidades entre as Taifas muçulmanas surgidas após o colapso do Califado de Córdova, em 1031, dois reinados antes do seu.

O avanço dos reinos cristãos do Norte sobre os territórios do *al Andaluz* originou dois pedidos de auxílio da Taifa de Sevilha ao Emirato Almorávida do Norte de África, que, de ambas as vezes, enviou tropas; o primeiro envio saldou-se pela derrota da coligação de Leão e Castela com Aragão, na batalha de Zalaca (1086); o segundo (1090), não apenas pela contenção do avanço cristão, mas também por uma política de conquista das Taifas, anexando os seus territórios ao Império, e de expansão a Norte, sobre territórios cristãos.

Sobre a *linha de confronto* entre o Norte cristão e o Sul muçulmano, cabe notar que a nobreza guerreira galega e portucalense havia tomado Santarém e Lisboa em 1093.

Provavelmente devido à agressividade da ofensiva almorávida, Afonso VI abandou a política de administração direta dos territórios galaico-portucalenses, tendo recuperado

[4] Utiliza-se a expressão *rex* com o sentido político de titular máximo do poderio interno; note-se, todavia, que, pelo menos no contexto peninsular do século XII, os títulos de *rex/regina* são, *a se*, equívocos, tendo sido usados com o sentido atrás assinalado, bem como numa aceção de qualidade pessoal de filho(a) de *rex/regina* (sobre o assunto, cf. ESPINOSA GOMES DA SILVA, Nuno J., *História do Direito Português*, 2.ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pp. 129 e 130).

[5] Garcia era filho de Fernando Magno, rei de Leão e Castela, de quem eram, igualmente, filhos, Afonso (que viria a ser o VI de Leão) e Sancho. Procurando evitar a discórdia entre os seus filhos à sua morte, Fernando destinou, em vida, os seus domínios para depois da morte, atribuindo a Afonso o reino de Leão (que transmitia o título real mais importante), a Sancho, o de Castela, e, a Garcia, o da Galiza, que incluía o Condado de Portucale e parte do que, mais tarde, viria ser autonomizado como Condado Portucalense. O Condado de Portucale havia sido fundado após a presúria da cidade com o mesmo nome (atual cidade do Porto), em 868, por Vimara Peres, que funda a respetiva dinastia condal. À época da morte de Fernando Magno e da assunção, por Garcia, do título de rei da Galiza, o conde de Portucale – o décimo – era Nuno Mendes, que viria a rebelar-se contra o primeiro e a ser por ele vencido, na batalha de Pedroso (1071). O condado regressou, então, à administração do *rex* da Galiza, que passou a usar o título de *Rei de Portugal e da Galiza*. No mesmo ano de 1071 Garcia foi capturado pelos seus irmãos, Afonso VI de Leão, e Sancho II de Castela, tendo o território da Galiza-Portugal sido *anexado* por Leão, cabendo aqui salientar que a morte de Sancho II, sem descendência, determinaria que Afonso VI lhe sucedesse na coroa de Castela, assim reunificando os territórios que haviam sido governados por seu pai, Fernando Magno. A *anexação* do Condado de Portucale pelo reino de Leão determinou que a administração régia direta do território transitasse de Garcia para Afonso VI.

a antiga estrutura condal, sendo que em 1096 o monarca leonês restaura o Condado Portucalense, fazendo-lhe acrescer o território do Condado de Coimbra, que foi extinto[6].

O território peninsular, constituindo área de instalação da Cristandade Ocidental próxima da qual os sarracenos tinham senhorio, constituía caso de particular interesse para o Papado, no sentido da expansão da fé cristã, e para as casas senhoriais francesas, para *colocação* dos seus filhos segundos, que, podendo evidenciar-se pelas armas, poderiam ser beneficiados pelas casas reais da península com a concessão do governo de marcas ou administrações territoriais (condados ou ducados) potencialmente hereditárias[7]; "[*e*]*ntre franceses e peninsulares, a cooperação era grande no campo militar e político, sendo frequentes os casamentos de príncipes hispânicos com princesas de França*"[8].

Afonso VI tinha ligações familiares a casas condais e ducais francesas, por via de casamentos, sendo que, em 1079, casou, em terceiras núpcias, com uma filha de Roberto, duque da Borgonha: Constança (também sobrinha materna de um dos grandes nomes da influente Abadia de Cluny: Hugo)[9].

A derrota da coligação cristã em Zalaca (1086) motivou pedidos de auxílio aos príncipes franceses; é nesse contexto que, no âmbito de uma expedição de cavaleiros franceses à península (1087), chega a Leão o quarto filho de Guilherme, conde da Borgonha: Raimundo.

Raimundo prestou serviço militar a Afonso VI, vindo a casar-se com a única filha legítima do mesmo, Urraca, em 1090 ou 1091. Em 1093, Raimundo foi beneficiado pelo Imperador com a concessão dos condados da Galiza, de Portugal e de Coimbra; a natureza dos títulos da concessão não é consensual entre os historiadores[10].

A partir de 1091 as fontes fazem referência à presença na corte e nas hostes militares de Afonso VI de um outro cavaleiro francês, que a tradição tem como primo de Raimundo, mas com ligações ducais: Henrique, irmão de dois duques da Borgonha. A este ofereceu Afonso VI em casamento uma outra filha, bastarda: Teresa.

Em 1095 ou 1096, os condados de Portugal e de Coimbra (condado Portucalense) são atribuídos a Henrique, desagregando-se, assim, o anterior conjunto territorial atribuído a Raimundo, facto que não tem explicação inteiramente segura: maior eficácia pretendida na defesa de um território vasto, atribuída, até então, a uma só pessoa? Ou manifestação do descontentamento de Afonso VI pela perda de Lisboa para os

[6] Afonso III das Astúrias havia tomado Coimbra em 878 e criado aí uma *marca*; a cidade viria a ser reconquistada por Almançor em 987 (que faz recuar a linha de fronteira a Viseu), tendo a sua recuperação e defesa sido confiada aos condes portucalenses. Situada, precisamente, na zona fronteiriça cristã-muçulmana, em constante avanço e recuo, Coimbra só viria a ser definitivamente recuperada para o lado cristão em 1064, durante o reinado de Fernando Magno.

[7] Sobre o assunto, cf., entre outros, OLIVEIRA MARQUES, A. H. de, "A constituição de um condado", em *Nova História de Portugal*, Vol. III (*Portugal em definição de fronteiras. Do Condado Portucalense à crise do século XIV*), Lisboa: Editorial Presença, 1996, pp. 13 e ss.

[8] *Idem*, p. 14.

[9] *Ibidem*, pp. 14 e 15.

[10] Cf. MATTOSO, José, "O condado Portucalense", in *História de Portugal* (dir. de José Hermano Saraiva), Vol. II, Lisboa: Publicações Alfa, [1984], p. 19; OLIVEIRA MARQUES, ob. cit., p. 16 e n. 13.

Almorávidas, quando a mesma estava *à guarda* de Raimundo, que não conseguiu mantê-la?[11]

Não há inteira certeza sobre a natureza, precária ou hereditária, da atribuição do condado Portucalense a Henrique, então *erguido* a conde[12].

Henrique morreria em 1112, depois de Raimundo (1107) e de Afonso VI (1109); quando lhe sobreveio a morte tinha um filho legítimo: Afonso Henriques, nascido em 1109. Teresa, condessa de Portugal – por vezes assumindo, em documentos, o título de *regina* – assume o governo do condado Portucalense. Nos dezasseis anos que se seguiram à morte de Henrique gerou-se um conflito entre a condessa Teresa e o filho, cuja causa próxima parece residir, numa segunda fase da governação daquela, na sua aproximação à nobreza galega, através dos Peres de Trava; a nobreza galega advogava a reunificação dos condados da Galiza e de Portugal, o que era contrário aos interesses autonomistas dos barões portucalenses e coimbrões, que se agruparam em torno de Afonso Henriques[13].

O dissídio entre a condessa Teresa de Portugal e o filho saldar-se-á, finalmente, pela vitória de Afonso Henriques, na batalha de S. Mamede, em 1128. A partir daí, Afonso Henriques assume o governo do condado, inicialmente com o título de *Infans*, instalando o seu centro político-militar em Coimbra.

Como chefe político-militar, Afonso Henriques centrou-se em dois aspetos, que se mostrariam essenciais para a futura formação de Portugal enquanto *regnum* independente de Leão: o acréscimo territorial, por um lado, essencialmente levado a cabo entre o Mondego e o Tejo e, portanto, em *terra de moirama*, e, por outro lado, uma forte aposta diplomática no seu reconhecimento como *rex*, particularmente junto de quem, à época, podia exercer influência decisiva nas monarquias católicas (e, em particular, de Afonso Raimundes, que sucedera a Afonso VI no trono de Leão): o Papado.

Em 1139 dá-se a Batalha de Ourique; está-lhe associada pela tradição historiográfica uma vitória de Afonso Henriques sobre um bem mais numeroso exército sarraceno, que uma lenda – cujo início parece remontar ao século XV – fixou como produto de um milagre: a vitória ter-se-ia devido à interferência de Cristo, que, tendo aparecido a Afonso Henriques, lha garantira[14].

Por decisão própria ou aclamação do seu exército, Afonso Henriques passa, a partir de 1140, a usar o título de *rex*, parecendo, portanto, certo que extraiu genuinamente ou quis extrair intencionalmente a sua legitimação como tal e a independência perante Leão. O seu primo Afonso Raimundes, Rei de Leão, pareceu aceitar o uso de tal título

[11] Sobre estas questões, cf., entre outros, MATTOSO, José, "1096-1325", in *História de Portugal*, Vol. II: *A Monarquia Feudal*, Círculo de Leitores, [s. l.], 1993, pp. 32 e 33.

[12] Cf. MATTOSO, "1096-1325", cit., p. 33; OLIVEIRA MARQUES, ob. cit., p. 17.

[13] Cf. MATTOSO, "1096-1325", cit., pp. 48 e ss.; OLIVEIRA MARQUES, ob. cit., pp. 20 e ss.; ALEGRIA FERNANDES MARQUES, Maria "A viabilização de um reino", *Nova História de Portugal*, AA. VV., dir. de Joel Serrão e A.H. de Oliveira Marques, Vol. III (*Portugal em definição de fronteiras. Do Condado Portucalense à crise do século XIV*), Lisboa: Editorial Presença, 1996, pp. 23 e ss.

[14] Cf. sobre o assunto, e entre outros, MATTOSO, "1096-1325", cit., pp. 70 e 71; ALEGRIA FERNANDES MARQUES, ob. cit., pp. 27.

(Tratado de Zamora; 1143), muito embora o mesmo não implicasse necessariamente a independência, "[...] *pois que não implicava a quebra dos laços de carácter feudal que ligavam o governante português ao imperador de Leão e Castela*"[15].

No plano diplomático, Afonso Henriques procurou apoio à independência de Portugal fora da Península: no ano de 1143, em carta dirigida ao Papa, declara-se vassalo da Santa Sé. Em 1179, através da bula *Manisfestis Probatum*, o Papa Alexandre III reconhece a Afonso Henriques o título de *rex* e a Portugal o estatuto de reino, porque "[...] *não havia* [então] *mais razão para a negação da evidência. Portugal havia-se expandido e consolidado sob a chefia de Afonso Henriques, quiçá mesmo sob o desígnio da Providência divina*"[16]. E, de facto, em termos territoriais, no fim da vida, com o único filho legítimo, Sancho, associado ao trono a partir da década de 1170, Afonso Henriques chegara mesmo a Badajoz, que não chegou a tomar (desastre de Badajoz), mas tomara Serpa e Moura, ambas em 1166.

Sancho, o primeiro com esse nome, sucedeu a seu pai no trono de Portugal, tendo reinado de 1185 até à sua morte, em 1211. O seu reinado foi marcado, essencialmente, pela densificação do povoamento nas terras conquistadas e na fronteira leonesa; se é certo que chegou a conquistar, em 1189, Alvor e Silves, não o é menos que uma *recuperação* almorávida fez recuar a fonteira cristã-muçulmana ao Tejo depois de 1191.

Sancho teve três filhos varões legítimos, Afonso, Pedro e Fernando, tendo Afonso – o primogénito – sido designado, por via testamentária (1209), o sucessor na coroa[17]. A via da determinação da sucessão régia não constitui objeto de estranheza: na prática peninsular, um direito de primogenitura masculina não estava ainda totalmente firmado[18], o que pode explicar a disposição sucessória de Sancho I, tendente a deixar clara a sua vontade quanto à questão, que, eventualmente, se fundou na prevenção de possíveis disputas entre os três filhos[19].

II. Afonso II de Portugal em contraciclo com a feudalidade

O reinado de Afonso II inicia-se em março de 1211, à morte de seu pai, Sancho I, tendo durando o curto período de 12 anos. A historiografia relata comummente um rei doente, cognominado *o gordo*, caraterização física que seria, provavelmente, consequência de um tipo de lepra[20].

Num texto sobre o reinado de Afonso II intitulado, *ensaios de centralização*, José Mattoso abre assim: "[*a*]*s* [suas] *inovações em matéria política são* [...] *da*

[15] ALEGRIA FERNANDES MARQUES, ob. cit., p. 28.

[16] *Idem*.

[17] O testamento pode consultar-se através do traslado de Frei António Brandão, na *Monarchia Lusitana*, Quarta Parte, Livro XII (Crónica de Sancho I), 61 e ss., disponível em https://books.google.pt/books?id=OERv8msLJWwC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false.

[18] Cf., entre outros, VASCONCELOS VILAR, Hermínia, *D. Afonso II: um rei sem tempo*, Rio de Mouro: Círculo de Leitores, 2005, pp. 49 e 50.

[19] Sobre a questão, MATTOSO, "1096-1325", cit., pp. 106 e 107; VASCONCELOS VILAR, ob. cit., loc. cit.

[20] MATTOSO, "1096-1325", cit., p. 108.

maior transcendência, numa época em que dominava ainda a conceção feudal do exercício do Poder" [21].

No contexto do tema que nos ocupa, esta questão da centralização régia é nuclear, mas a historiografia reporta ainda outras duas que confluem materialmente para a primeira: (i) o recrutamento dos principais dignitários régios – compondo o que, *mutatis mutandis*, qualificaríamos na atualidade como um *governo* – entre gente da alta nobreza, ou nem tanto, mas letrados e legistas, de mentalidade adversa à fragmentação senhorial, e; (ii) a *questão sucessória*, que opôs o rei às suas irmãs Teresa e Sancha e que se convolou numa guerra civil, em que a *fação senhorial* contou com o apoio do reino de Leão, e com apelo ao papado, como instância de decisão *supranacional*.

Os aspetos assinalados a este este reinado, a saber: medidas de centralização política, crescendo de uma *mentalidade público-romana* nos mais poderosos ofícios régios e, por último, a questão sucessória, são, portanto, *processos* de cronologia paralela que convergem para um mesmo resultado: *a "adestração" do senhorio, clerical e laico, pelo poder régio*.

1. E a centralização o que é...?

A consideração de medidas políticas de *centralização* imputadas a Afonso II tem implícita uma valoração prévia, que implica caraterizar o que pode entender-se por tal.

Num contexto puramente linguístico, *centralizar* tem o significado de constituição de um *centro irradiador de algo*: cultura, poder, riqueza...; a ideia de *centro* só se compreende em termos relacionais: só tem sentido qualificar algo como um *centro* por contraposição a outro algo que o não é e que pode designar-se como um *satélite* ou, mais difusamente, uma *periferia*. Em termos relacionais, a interação entre o centro os satélites/periferias opera-se pela irradiação do *quid* em causa sobre os últimos.

Tendo como fundo de análise o domínio social da política, a *centralização* tem o significado da imposição de um núcleo de comando a uma dada sociedade, cujos membros *satélites* ou *periféricos* estão colocados num plano hierárquico inferior e, portanto, devem obediência às diretrizes provenientes do primeiro e sentem-na, pelo menos num círculo mínimo, como devida.

Esta configuração – política – das sociedades humanas supõe um *cimento agregador* entre os elementos componentes do cento e dos *satélites/periferias*... o que supõe a existência de elementos gregários entre os mesmos. O completo esboroamento dos elementos agregadores gera forças de reação ao centro, processos desagregadores, que se resolvem poe vezes na *revolução*, que constitui uma reestruturação da *legitimação central*. Em SHILLS[22] podemos – no domínio da sociologia – encontrar a caraterização dos elementos agregadores entre o centro e os *satélites/periferias*, como um *conjunto de valores presente na sociedade, considerada como sistema global, que estão espelhados e são mais ou menos observados pelo centro das sociedades*[23].

[21] MATTOSO, "1096-1325", cit., p. 111.

[22] *Supra*, n. 2, citado a partir do texto localizado na www (p. 2).

[23] Cfr. também VARANDAS, ob. cit., pp. 417 e 418.

2. As medidas políticas da centralização

a) – Frei António Brandão (século XVII) encontra em *el rei* Afonso II, "[*q*]*uanto ao governo político do reino* [...] *talento pouco vulgar, porque acrescentou os tesouros, mandou povoar de novo muitos lugares, administrou justiça e ainda obrigou com leis rigorosas aos oficiais da sua casa a fim de que exercitassem seus ofícios com zelo, pureza e inteireza que se requer*"[24].

Neste representante da historiografia alcobacence encontra-se a primeira referência à cúria extraordinária que Afonso II convocou para Coimbra no ano de 1211, o primeiro do seu reinado, e de que nela promulgou as primeiras leis gerais do reino, até aí ordenado por regimentos locais, nos quais se incluíam os forais[25]-[26]. Estas leis são conhecidas apenas por transcrição em documentos posteriores. A sua importância, como meio de centralização política e de instrumento de firmação da supremacia do poder régio, prende-se com dois fatores: (i) a promulgação de um conjunto de regras comuns às diversas regiões do reino, o que corresponde a uma força adversa a particularismos locais e, portanto, à apropriação do correspondente poder regulamentar por forças senhoriais, *privatizando-o*; (ii) a afirmação da supremacia do poder de regulação (legislativo) do rei perante os costumes locais[27].

Em reforço da garantia de aplicação das leis promulgadas pelo rei, estabeleceu o mesmo que outras regras que contra elas atentem ou que atentem conta o direito canónico, *que não valham nem tenham*[28]; "*Afonso II afirmava, pois, a sua própria capacidade legislativa e colocava-a a par da do papa*" (JOSÉ MATTOSO[29]).

Um outro aspeto muito relevante da referida cúria, para efeitos do estabelecimento da supremacia dos poderes régios sobre o território, foi o da reivindicação do exercício do poder judicial como prerrogativa régia, estabelecendo, por um lado, "[...] *que o reino e todos os que nele morassem fossem sempre regidos, sempre julgados por ele e por todos seus sucessores*"[30], e, por outro lado, a criação de um corpo de juízes, para administração da justiça em nome do rei: "[...] *e a guardam assim e todos os seus*

[24] Ob. cit., 98 v. (atualizou-se a grafia do português nesta e nas restantes citações da obra).

[25] FREI ANTÓNIO BRANDÃO, ob. cit., pp. 106 e 106 v.; cf. também ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., p. 157.

[26] Sobre o predomínio, na época, do costume como fonte do direito, cf. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., p. 140: "[*a*] *autoridade do costume, neste período, é abertamente reconhecida pelo poder central. Na concessão de forais é frequente remeter-se para o costume da terra, para o* forum mos, *ou* usus terrae [...]", e p. 150: "[*n*]*o que diz respeito ao âmbito de aplicação são, no comum dos casos, estes costumes*, locais: *cada povoação tem, os seus* costumes*, os seus foros* [...]".

[27] ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., p. 157: "[...] *começa a ver*[-se] o *monarca reagindo perante costumes que considera pouco razoáveis, tentando regulamentá-los ou substituí-los*".

[28] FREI ANTÓNIO BRANDÃO, ob. cit., p. 106 v.; veja-se também ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., p. 161, notando que esta solução, conjugada com a de prevalência do direito canónico sobre o régio, em caso de conflito, tinha acolhimento no Decreto de Graciano.

[29] Ob. cit., 111. Cf. também, do mesmo A., *Identificação de um País. Composição*, Círculo de Leitores, [s. l.], 2001, 76 e 77.

[30] FREI ANTÓNIO BRANDÃO, ob. cit., p. 106 v.

sucessores que se alguma coisa viessem de correger ou de dar, ou de minguar em estes juízes o corregessem"[31]. Esta medida privava a nobreza e o clero de um importante poder *local*, porque que transferia o poder sancionatório do senhorio para a monarquia[32] – com tudo o que de *imagética de poder* isso comportava na mentalidade da época – e, em simultâneo, a suscetibilidade de apropriação e aproveitamento pela coroa das penas pecuniárias e de confisco; tratava-se, portanto, de privar o senhorio de uma importante fonte de financiamento. A isto acrescia, como reforço, o completo banimento da justiça privada, isto é, que o ofendido ou alguém por ele, que não fosse a justiça do rei, tomasse a *reparação* nas suas próprias mãos[33].

b) – Uma outra medida – precoce no contexto das monarquias feudais – de centralização e de afirmação do poder régio em confronto com a senhorialização foi a da realização das primeiras inquirições gerais, ocorridas em 1220, ordenadas pelo rei com vista a determinar os direitos territoriais régios, quanto à sua natureza e objeto, prevenindo a usurpação dos mesmo por senhores laicos ou eclesiásticos e, portanto, a sua *privatização*.

Os direitos régios sobre as terras inquiridas foram registados: "[*a*] *inovação de Afonso II consiste em realizar a inquirição de um inquérito sistemático, como se a coroa fosse prejudicada por todos e pretendesse repor uma ordem, por toda a parte subvertida*"[34].

Conexa com essa medida pode considerar-se uma outra, inovadora: a da exigência de confirmação régia dos atos dos monarcas anteriores que conferiam imunidades ou privilégios e que instituíam concelhos. Estes atos retiravam da esfera da coroa certas prerrogativas e, portanto, constituíam uma *força de tensão* com a centralização; a prática da confirmação permitia, assim, detetar se o privilégio invocado tinha fonte legítima ou se se tratava antes de uma usurpação, representado "[...] *um claro propósito de limitar os progressos dos* [abusos da senhorialização] *à custa dos bens da coroa e sobretudo a aplicação prática do princípio segundo o qual o rei é a fonte e o garante dos poderes exercidos em territórios imunes*"[35].

c) – Uma terceira medida política que merece ser destacada, pela sua precocidade no contexto das monarquias feudais ocidentais, é a do registo, oficial, dos diplomas régios. Se é certo que a mesma pode ser vista como um aperfeiçoamento dos serviços burocráticos de chancelaria[36], não menos certo é que o seu sentido substancial se liga à prática da confirmação régia, que, com o tempo, o registo instituído permitiria dispensar.

[31] FREI ANTÓNIO BRANDÃO, ob. cit., p. 106 v.

[32] Cf. MATTOSO, "1096-1325", cit., p. 111.

[33] FREI ANTÓNIO BRANDÃO, ob. cit., p. 106 v.

[34] MATTOSO, "1096-1325", cit., p. 112.

[35] *Idem*.

[36] *Ibidem*.

3. O oficiado palatino

No contexto do conjunto dos membros da cúria régia e das funções da mesma[37], destacar-se-ão progressivamente – desde o governo do Condado Portucalense por D. Henrique – oficiados palatinos permanentes[38]. Ao tempo de Afonso II estavam já perfeitamente estabilizados os cargos de Alferes, de Mordomo e de Chanceler, os três que poderiam considerar-se como a cúpula do oficiado do *governo* régio.

As considerações que, sobre este objeto aqui se fazem, prendem-se com um sentido restrito do *centro* na sua *possibilidade irradiadora* sobre os *satélites/periferias*: "[*o*] *centro preenche-se e define-se* [...], *numa perspetiva* [...] *redutora, mas* [...] *eficaz, pelo conjunto das instituições que exercem a autoridade (ou formas dela) e com isso prefiguram a existência da ordem na sociedade, através do exercício de modelos coercitivos e recompensadores, capazes de filtrar aquilo que é específico ou demasiado autónomo de um grupo*"[39].

A função do Mordomo liga-se ao exercício da alta administração do reino, em posição hierárquica só suplantada pela do próprio rei; a de Alferes, com o mesmo posicionamento hierárquico, liga-se ao exercício do comando militar. Pela natureza dessas funções e dada a sua origem na cúria e a confiança e a lealdade exigíveis pelo rei aos seus titulares[40], sucedeu – compreensivelmente – que os mesmos tenham sido sempre ocupados por linhagens de alta nobreza.

Desta caraterização diverge o cargo de Chanceler, criado por Afonso Henriques[41]; ligado "[...] *ao despacho dos assuntos correntes da governação e à sua tradução por escrito*"[42], a nomeação do seu titular "[...] *não se pauta pela nobreza do escolhido* [...]. *A interferência constante do Chanceler no desembargo dos negócios, bem como a crescente complexidade administrativa, exigem qualidades e aptidões* [...] *do indivíduo que se antepõem à sua condição social. Facilmente se explica, pois, que, de início, chanceleres* [...] *fossem igualmente elementos do clero que, nessa época, detinha praticamente todo o monopólio da cultura escrita*"[43].

A referência particular ao alto oficiado palatino de Afonso II justifica-se porque no seu reinado se assiste à reunião de um conjunto de *colaboradores* do rei, presentes como titulares desses cargos ou como auxiliares dos mesmos – em particular do

[37] Sobre a evolução e as funções deste órgão de *apoio* ao exercício do poder régio, desde Afonso Henriques, cf. VENTURA, Leontina, *A nobreza de corte de Afonso III*, Vol. I, Dissertação de doutoramento, Faculdade de Letras, Coimbra, 1992, pp. 43 e ss.; cf. também MATTOSO, José, *Identificação de um País. Composição*, Círculo de Leitores, [s. l.], 2001, p. 84; CARVALHO HOMEM, Armando Luís de, "A corte e o governo central", in *Nova História de Portugal*, Vol. III (*Portugal em definição de fronteiras. Do Condado Portucalense à crise do século XIV*), Lisboa: Presença, 1996, pp. 530-532.

[38] Sobre o assunto, cf., entre outros, VENTURA, ob. cit., pp. 48 e ss. e 77 e ss.; MATTOSO, *Identificação de um País. Composição*, cit., 88 e ss.; CARVALHO HOMEM, "A corte e o governo central", cit., p. 31.

[39] VARANDAS, ob. cit., pp. 417 e 418.

[40] Cf. VENTURA, *A nobreza de corte de Afonso III*, cit., Vol. I, p. 79.

[41] Cf. VENTURA, ob. cit., 52.

[42] CARVALHO HOMEM, ob. cit., p. 535.

[43] VENTURA, ob. cit., pp. 88 e 89.

Chanceler e legistas – que desenvolveram uma mentalidade de centralização do poder régio apoiada nos ensinamentos de direito romano justinianeu, que fluíam da Escola de Bolonha[44]. Estes homens estavam já imbuídos de uma conceção do poder real sobre um determinado território como exercício de *imperium*, que determina a condução social e que, para o conseguir com eficácia, se pretende supremo ou, visto de um outro ângulo, sem limitações provenientes de outros poderes; o *renascimento* do direito romano clássico permitirá, também, estabelecer a conceção da monarquia/império como exercício de uma magistratura pública, cujos poderes não podem, portanto, ser apropriados ou dispostos pelo monarca/imperador em termos de utilidade privada[45] e que foi tão útil à defesa da posição de Afonso junto do papado no conflito que o opôs às Infantes Tersa e Sancha... afinal, a personificação da alta nobreza senhorial.

A perceção das convicções centralistas desta *entourage* do rei, que abertamente afrontava as pretensões senhorialistas da alta nobreza e do alto clero, deixaram marcas nas diversas condenações e excomunhões papais que foram dirigidas *ad hominem*, em particular no quadro dos conflitos que opuseram o rei ao alto clero, sobressaindo o conflito com o Arcebispo Estêvão Soares da Silva[46].

Nas palavras de José Mattoso, a centralização política de Afonso II mostra-se "[...] *surpreendentemente inovadora, persistente e vigorosa"*[47], podendo admitir-se que a sua implementação se terá apoiado num conjunto de dignitários régios "[...] *imbuídos de conceções jurídicas e capazes de pôr em prática medidas até então desconhecidas das administrações feudais*"[48].

4. O conflito sucessório (o testamento de Sancho I)

O testamento de Sancho I confirmara Afonso, o primogénito, como sucessor régio, mas no mesmo testamento são efetuadas múltiplas disposições patrimoniais, entre as quais "[*d*]*eixou el-rei* [...] [às] *infantas* [Teresa e Sancha] *as vilas de Alenquer, Montemor-o-Velho, Esgueira, Aveiras e outras heranças. Quis el-rei D. Afonso que o reconhecessem por supremo senhor, e que lhe pagassem os direitos Reais, e que os Alcaides dessas terras lhe fizessem homenagem das fortalezas, e fossem postos por ordem sua* [...]. *Pareceu às infantas que o intento del Rey se estendia a mais, e que se tratava de as esbulhar da posse da terra que seu pai lhes deixara* [...]"[49].

O conflito geraria apelações de ambas as partes para o papado e, bem assim, a intervenção militar de Leão a favor das Infantas; foi resolvido substancialmente a favor das pretensões do Rei, pelo Papa Inocêncio III, embora com a aparência de concessões

[44] Nesse sentido, vejam-se as observações de MATTOSO, "1096-1325", cit., pp. 108 e 109.

[45] Sobre o renascimento do direito romano na Baixa Idade Média, cf., entre muitos outros, WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.] [2004] (original: *Privatrechtgeschichte der newzeit unter besonderer berücksichtigung der Deustschen entwicklung*, 2.ª ed., Vandenhoeck & Rupecht, Gotinga, 1967; trad. port. de António Manuel Hespanha), pp. 38 e ss.

[46] Cf. sobre o assunto, MATTOSO, "1096-1325", cit., pp. 108 e 109; 115 e 116.

[47] MATTOSO, "1096-1325", cit., p. 108.

[48] *Idem*.

[49] Cf. FREI ANTÓNIO BRANDÃO, ob. cit., p. 73.

às Infantas: "[...] *mandou o Papa Inocêncio Terceiro que as vilas da contenda se pusessem em terçarias, e delas se acudisse às Infantas com as rendas, e a el-Rei se pagassem os direitos Reais, e se fizessem as homenagens de obediência costumadas*"[50].

A consideração deste conflito é essencial para a perceção de que o mesmo constitui um *segmento* da afirmação da centralidade do poder da coroa, uma importante *peça de xadrez político*... jogada por Afonso II com a dupla intenção, por um lado, de afrontar as forças da senhorialização e, por outro lado, de impor o princípio – imbuído de *espírito jurídico romano-clássico* – de que a monarquia corresponde a uma magistratura pública, não podendo o rei dispor em termos privados dos bens da coroa, atribuindo-os, e aos direitos correspondentes, a terceiros[51].

O elemento que carateriza a essência do conflito é o apontado por Frei António Brandão nestes termos: pretendia o rei que "*o reconhecessem por supremo senhor*", o que tinha várias implicações, designadamente de não usurpação ou *privatização* dos direitos da coroa, quer de carácter pecuniário quer político-militar.

Conclusões

Concluindo se dirá que o reinado de Afonso II de Portugal representa, na história da monarquia portuguesa, o *ponto de charneira* entre duas conceções do poder régio: (i) a anterior, tipicamente senhorial, em que o rei é visto como *o primeiro dos senhores*, partilhando, quando à população e ao território, poderes da mesma natureza e partilhando-os com aqueles a quem deve a sua posição; (ii) a do próprio Afonso II, do poder régio com natureza pública (*imperium*) e, portanto, diverso e superior ao dos senhores (supremo na esfera interna).

Se há antecedentes nos reinados anteriores, a diferença para Afonso II é a extensão das medidas políticas no sentido da centralização e a *articulação sistemática* das mesmas; o reinado de Afonso III, após o breve enfraquecimento do poder central representado por Sancho II, mostra bem que o padrão de centralização inaugurado pelo segundo Afonso tinha vindo para ficar.

[50] *Ibidem*.

[51] Sobre o conflito sucessório, cf. MATTOSO, ob cit., "1096-1325", cit., 106 e ss. e, particularmente, pp. 114 e ss., com interpretação desse conflito inserta na contextualização dos contornos gerais de centralização política do reinado que nos parece inteiramente convincente. Cf. também, e entre outros, NOBRE VELOSO, Maria Teresa, "Um tempo de afirmação política", in *Nova História de Portugal*, Vol. III (*Portugal em definição de fronteiras. Do Condado Portucalense à crise do século XIV*), Lisboa: Editorial Presença, 1996, pp. 94 e ss.