

Revisita Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Director: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 3 | Quadrimestral | setembro - dezembro 2023

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 33 | N.º 3

Director
JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Conselho Redatorial
JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, MANUEL DA COSTA ANDRADE,
JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES,
MARIA JOÃO ANTUNES e ALBERTO SILVA FRANCO

Secretário de Redação
NUNO BRANDÃO

Propriedade e Sede da Redação
Instituto de Direito Penal Económico
e Europeu (IDPEE)

Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra
Palácio dos Melos
3004-545 Coimbra
NIPC 504 089 315
+351 239 155 993
idpee@fd.uc.pt / www.fd.uc.pt/idpee

Periodicidade
Quadrimestral

Data Publicação
2023

Tragem
200 ex.

Depósito Legal: 93 935/95
ISSN: 0871-8563
Reg. ERC: 115 360

Statuto Editorial
www.fd.uc.pt/idpee/publicacoes.html

Colaboradores Permanentes

Nacionais:

Alexandra Vilela, Américo Taipa de Carvalho, Ana Rita Alfaiate, Ana Rosa Pais, André Lamas Leite, António Almeida Costa, António Henriques Gaspar, António Medina de Seça, António Miguel Veiga, Bruno de Oliveira Moura, Conceição Valdágua, Cláudia Cruz Santos, Cristina Líbano Monteiro, Damião Cunha, Eliana Gersão, Fernanda Palma, Fernando Conde Monteiro, Frederico Costa Pinto, Flávia Novera Loureiro, Francisco Aguiar, Francisco Amado Ferreira, Germano Marques da Silva, Helena Moniz, Helena Morão, Henrique Salinas Monteiro, Inês Fernandes Godinho, Inês Ferreira Leite, Inês Horta Pinto, João Conde Correia, João da Silva Miguel, João Narciso, Jorge Carlos Fonseca, José António Barreiros, José de Sousa e Brito, José Mouraz Lopes, José Narciso da Cunha Rodrigues, José Souto de Moura, Manuel Simas Santos, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Maria Leonor Assunção, Maria Margarida Silva Pereira, Maria Paula Ribeiro de Faria, Mário Ferreira Monte, Marlene Neves, Miguel João Costa, Miguel Manero Lemos, Miguel Pedrosa Machado, Miranda Pereira, Nuno Brandão, Paulo Dá Mesquita, Paulo Pinto de Albuquerque, Paulo Saragoça da Matta, Paulo Sousa Mendes, Pedro Caeiro, Pedro Soares de Albergaria, Pedro Vaz Patto, Raul Soares da Veiga, Rodrigo Santiago, Rosa Vieira Neves, Rui Abrunhosa Gonçalves, Rui Pereira, Rui Patrício, Sandra Oliveira e Silva, Sónia Fidalgo, Susana Aires de Sousa, Teresa Alves Martins, Teresa Beleza, Teresa Quintela de Brito, Teresa Serra, Vânia Costa Ramos.

Estrangeiros:

Adan Nieto (Espanha), Alaor Leite (Alemanha), André Klip (Holanda), Artur Gueiros (Brasil), Claudio Bidino (Brasil), Claus Roxin (Alemanha), Diego-Manuel Luzon Peña (Espanha), Emilio Dolcini (Itália), Fabio D'Avila (Brasil), Felipe Negreiros Deodato (Brasil), Fernando A. Fernandes (Brasil), Ferrando Mantovani (Itália), Francesco Palazzo (Itália), Francisco Muñoz Conde (Espanha), Francesco Viganò (Itália), Geraldo Prado (Brasil), Gian Luigi Gatta (Itália), Guilherme Câmara (Brasil), Joachim Renzikowski (Alemanha), João Alves Teixeira Neto (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Juan Antonio Lascuráin Sánchez (Espanha), Juarez Tavares (Brasil), Kai Ambos (Alemanha), Luis Arroyo Zapatero (Espanha), Luis Greco (Alemanha), Luzia Sebastião (Angola), Marcelo Ruivo (Brasil), Mario Chiavario (Itália), Mario Romano (Itália), Manuel Cancio Meliá (Espanha), Miguel Wedy (Brasil), Pablo Galaín Palerm (Uruguai), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (Brasil), Peter J. P. Tak (Holanda), Pierre-Henri Bolle (Suíça), Raul Zafaronni (Argentina), Sérgio Salomão Shecaira (Brasil), Sergio Seminara (Itália), Sílvia Larizza (Itália), Stefan Trechsel (Suíça), Torsten Verrel (Alemanha), Urs Kindhäuser (Alemanha), Valsamis Mitsilegas (Inglaterra), Vincenzo Militello (Itália).

Edição, Impressão e Distribuição

GESTLEGAL

Av. Fernão de Magalhães,
n.º 136 – Piso 2
Edifício Azul – Salas U-T
3000-171 Coimbra

+351 239 053 838
revistas@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

Preços e Assinaturas

Número Avulso 20,00 € (IVA Incluído)

Assinaturas (3 números/ano)

Portugal Continental 48,00 € (IVA Incluído)
Regiões Autónomas 48,00 € (IVA Incluído)
Europa 57,00 €
Outros países 67,00 €

A assinatura inclui os portes de envio da revista.

GESTLEGAL

Sumário

Doutrina

| | |
|---|-----|
| Tecnologia. Passado, presente e futuro. Inquietações de um nonagenário ... Alberto Silva Franco | 221 |
| O direito penal entre o humano e a máquina. Sobre os limites da inteligência artificial..... Fabio Roberto D’Avila | 241 |
| Pena privativa de outras liberdades (ou a violação de direitos fundamentais nas prisões portuguesas) Maria Miguel Oliveira da Silva | 261 |
| Perda de bens sem condenação — Fragilidades da regulação penal e processual Helena Martins Andrade | 289 |
| A presunção de inocência segundo a União Europeia — Considerações sobre o <i>onus probandi</i> e o <i>in dubio pro reo</i> em processo penal, a partir da Diretiva (UE) 2016/343 António Miguel Veiga | 323 |

Jurisprudência Crítica

| | |
|--|-----|
| Legitimidade e interesse em agir recursórios do assistente — Anotação ao acórdão do STJ n.º 2/2020, passando pelo “assento” n.º 8/99 André Lamas Leite | 405 |
|--|-----|

Doutrina

Tecnologia. Passado, presente e futuro. Inquietações de um nonagenário *

Alberto Silva Franco
Juiz Desembargador jubilado

1. Agradecimento

Minhas palavras iniciais são de agradecimento ao Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, sob direção da Professora Anabela Miranda Rodrigues e ao Instituto Eduardo Correia, dirigido pelo Professor Fabio Roberto D’Avila, pelo convite para participar do Colóquio Luso-Brasileiro sobre Direito Penal, Tecnologia e Inteligência Artificial. É motivo de grande honra tomar parte neste congresso e, realmente, causa-me particular emoção estar presente nesse evento conectado com professores de altíssimo saber jurídico.

Devo, de início, enfatizar minha satisfação de estar, hoje, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e de retornar ao contato dos Eméritos Professores desta Casa aos quais homenageio na pessoa do Mestre e Amigo, Professor Jorge de Figueiredo Dias.

Devo, no entanto, fazer uma retificação. Entendi que minha intervenção, neste Colóquio, deveria abranger um campo maior do que o título que inicialmente foi emprestado à palestra porque mais do que

* O presente texto corresponde à intervenção no “Colóquio Luso-Brasileiro. Direito Penal, Tecnologia e IA” organizado pelo Instituto Eduardo Correia e pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e realizado nos dias 26 e 27 de outubro de 2023 na FDUC.

traçar novos questionamentos a respeito da Inteligência Artificial, pretendo tecer considerações sobre a Tecnologia no passado, no presente e no futuro e, mais ainda, na visão de quem já superou a raia dos noventa anos de idade.

2. Introdução

Para justificar tal subtítulo, devo esclarecer que meu tempo de vida já caminha, um tanto apressado, pela década dos noventa e, por isso, para explicar minha presença aqui, quero que minhas palavras se refiram, antes de qualquer outra consideração, à forma, como entendo, que a velhice deva ser encarada.

Norberto Bobbio afirmava, ao atingir os oitenta anos de idade, que “o mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória”. “Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos”. E acrescentava: “somos aquilo de que lembramos”. (...) “Que nos seja permitido viver enquanto as lembranças não nos abandonarem e enquanto, de nossa parte, pudermos nos entregar a elas. A dimensão na qual o velho vive é o passado. O tempo do futuro é para ele breve demais para dedicar seus pensamentos àquilo que está por vir”¹. Em livro posterior, Norberto Bobbio insistiu na mesma temática: “o grande patrimônio do velho está no mundo maravilhoso da memória, fonte inesgotável de reflexões sobre nós mesmos, sobre o universo em que vivemos, sobre as pessoas e os acontecimentos que, ao longo do caminho, atraíram nossa atenção”². E o que dá suporte a este posicionamento? O entendimento de que “a velhice é indissolúvel do seu sentido de fim” e, portanto, o caminho certo “ao encontro marcado com a morte”. E, por isso, “o interesse pelo futuro diminui. O devir já não lhe pertence”³.

¹ BOBBIO, Norberto, *O tempo da memória (De Senectute)*, trad. Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 30.

² BOBBIO, Norberto, *Dicionário de um século (Autobiografia)*, trad. de Daniela Versiani, Rio de Janeiro: Editorial Campus, 1998. p. 236.

³ BOBBIO, Norberto, *cit.*, p. 238.

Tenho o atrevimento e a ousadia de divergir de Norberto Bobbio. Não obstante vivenciar o nonagenário, não consigo, por maior esforço que faça, sentir-me prisioneiro inescapável do passado. Acredito, como ele, que o passado constitui uma dimensão temporal de alta influência sobre qualquer pessoa de idade avançada, mas me recuso, por maior que seja a força do tempo a empurrar-me para fora da vida, a deixar de visualizar o presente e de buscar o futuro, por mais curto que, para mim, possa ser.

Não nego que as lembranças do passado são de importância capital porque fazem parte de mim, da minha própria história; porque me dão identidade na medida em que representam fatos, pessoas, episódios, escolhas, trechos, casos, momentos, — felizes ou tristes, pouco importa — de minha existência. No mundo da memória, as lembranças, por vezes, são duras e desgastantes. Deixo-as, em princípio, guardadas em cápsulas e, não raro, elas não me atendem ao primeiro apelo. Escondem-se em recantos escuros do cérebro, e, muitas vezes, não querem voltar à luz porque sabem que me devolvem situações pessoais que não podem ser mais recompostas ou porque têm consciência de que são dolorosas demais. Os pensamentos, as realizações, os sucessos, os amores e as lembranças benfazejas convivem comigo no dia a dia e se tornam instrumentos de avaliação da realidade presencial. Quero viver o presente porque acho que devo acompanhar, ainda que seja, por vezes, canhestro ou excessivamente crítico, em relação ao que se passa na atualidade, no mundo no qual estou ainda inserido. Mas isso já me dá a chance de pensar no futuro: em algo que se mostre caminhando para uma completude que me pareça aceitável ou que tenha um significado assustador.

Por certo, não direi palavras que “inventaram seu percurso”, nem “palavras que amanhecem”, como recomenda Marina Colasanti ⁴ num belo poema. Não teria seguramente sucesso se tentasse procurá-las. Irei simplesmente expor algumas inquietações que a todos provocam — tanto a jovens quanto a idosos — o que não constitui

⁴ COLASANTI, Marina, *Fino Sangue*, poema Outras Palavras, Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005, p. 12.

privilégio apenas para os que viveram uma carga maior de anos ou já vivenciaram uma quantidade maior de experiências.

3. O progresso tecnológico dos fins do século XX até a segunda década do século XXI

O mundo, no espaço temporal prefixado, comporta questionamentos extremamente complexos e de difícil equacionamento. A globalização, com seu caráter abrangente e sua antítese, a desglobalização com seu perfil isolacionista; os estados laicos e a ideia oposta dos estados teocráticos; o terrorismo não oficial em confronto com o terrorismo estatal; a sensação de medo que perdeu sua dimensão pessoal para transformar-se no medo social, constituem, em verdade, um conjunto de temas que exigem uma exploração aprofundada sob os mais variados enfoques.

Mas muito mais ingente e desafiante do que toda esta já atordoante pauta de questões, é a problemática do progresso tecnológico a denunciar a aproximação, em velocidade vertiginosa, de um mundo de feição estritamente digital.

O planeta Terra, no interregno explicitado, apresenta-se vinculado, por meio de sofisticados aparatos tecnológicos, a uma rede de múltiplas formas. Alguns desses aparatos já procediam do século passado, como a televisão e a internet. Outros fizeram-se presentes, com mais expansão, nos anos iniciais do Século XXI, como as plataformas digitais, tais como o Facebook, o Instagram, o Tencent, o Google, a Amazon, a Apple etc. Os telefones celulares, com seus aplicativos, em particular, o *WhatsApp* encontraram tal nível de popularização que se pode afirmar, sem receio de errar, que tais instrumentos tecnológicos provocaram transformações de largo espectro, não apenas na vida econômica, social e política das pessoas físicas e jurídicas, mas também no modo de relacionamento entre os seres humanos, produzindo uma subjetividade típica do início do Século XXI.

Com extrema ironia, Dráusio Varela destaca que “sob o comando de Lúcifer, o anjo da luz, condenado ao fogo eterno por desafiar desígnios de Deus, desenvolveu uma tela para o celular, de longe a mais diabólica das invenções humanas. A tela conseguiu hipnotizar

multidões de mulheres, crianças e homens mantidos *on line* vinte e quatro horas. Antes podíamos não ter visto a mensagem enviada, por estarmos longe do computador. A tela jogou por terra essa possibilidade. Não satisfeito, o Demônio criou o *WhatsApp*. Cinco minutos depois de enviar um e-mail, o inimigo manda um *WhatsApp* para cobrar a resposta. Desafetos mais ansiosos executam as operações simultaneamente”⁵.

Esta concreta realidade evidencia, de modo a espancar qualquer incerteza, que a informação e a comunicação estreitaram, em definitivo, as dimensões da equação tempo/espço e nunca os seres humanos estiveram tão interligados. Bilhões de terráqueos tornaram-se interconectados e não representará nenhuma ficção científica ou literária a conclusão, em face da velocidade dos meios tecnológicos, de que o universo todo, numa perspectiva temporal breve, estará totalmente conectado.

O que isso significa para o ser humano?

Giovani Sartori enfatizava que o *Homo sapiens* “deve todo o seu saber e todo o avanço de seu entendimento à sua capacidade de abstração”⁶. Isto não quer dizer que não existam palavras de conteúdo concreto, isto é, palavras que sejam aptas a transmitir ao cérebro imagens de coisas que guardam visibilidade como “*casa, cama, mesa, carne, carro, gato, mulher, etc.*”⁷. No entanto, “quase todo nosso vocabulário cognoscitivo e teórico consiste em *palavras abstratas* que não têm nenhum equivalente preciso em coisas visíveis e cujo significado não pode ser retratado, nem traduzido em imagens”(…) “São abstrações não visíveis os conceitos de *justiça, legitimidade, legalidade, liberdade, igualdade, direito (direitos)* ou palavras como *desemprego, inteligência e felicidade*”⁸. Em síntese, todo o conhecimento

⁵ VARELA, Dráusio, “Malfadada Tecnologia”, in: *Folha de São Paulo, Ilustrada*, 28 de outubro de 2018, p. C6.

⁶ SARTORI, Giovanni, *Homo Videns, La sociedade teledirigida*, Madrid: Taurus, 1998, p. 45.

⁷ SARTORI, Giovanni, *cit.*, p. 45.

⁸ SARTORI, Giovanni, *La carrera hacia ninguna parte*, trd. Núria Petit, Buenos Aires: Taurus, 2016, p. 17 e s.

do *Homo sapiens* se baseia em conceitos ou construções mentais que não são, de modo algum, percebidos por nossos sentidos.

No final do século passado, o mesmo Giovanni Sartori já chamava a atenção para o predomínio da imagem a dano da palavra. “A palavra”, dizia, “é um símbolo que se resume no que significa, no que nos faz entender. E entendemos a palavra somente se pudermos, isto é, se conhecemos a língua a que pertence; caso contrário, é letra morta, um sinal, um som qualquer. Por sua vez, a imagem é pura e simples representação visual. A imagem vê-se e isto é suficiente. E para vê-la, basta possuir o sentido da visão, basta não ser cego. A imagem não se vê em chinês, árabe ou inglês, como já foi dito, vê-se e é suficiente”⁹.

Destarte, a televisão e a internet não foram apenas instrumentos a mais de comunicação. Era: “um *medium* que gera um novo *anthropos*, um novo tipo de ser humano”¹⁰. O *Homo sapiens* que tem seu lastro cognitivo, em palavras abstratas, é suplantado pelo *Homo videns* que é infinitamente mais pobre não somente quanto às palavras (ao número das palavras), mas sobretudo em relação à riqueza dos seus significados.

Além disso, pode-se afirmar que a transmissão por imagem — qualquer que seja o instrumento tecnológico — vincula-se a fato concreto, único que pode ser exibido por imagem e isso acarreta para quem vê a imagem um pensamento também concreto, o que afasta o conceito abstrato que é próprio do *Homo sapiens*. Ademais, a imagem provoca efeitos no campo do emocional na medida em que se concentra na transmissão de fatos catastróficos ou de fatos criminosos capazes de produzir fortes impressões no *Homo videns*, o que lhe obsta uma reflexão mais acurada sobre a imagem transmitida. Desta forma, a tecnologia comunicacional invade a mente dos receptores de imagens e se mostra capaz de criar insegurança e vulnerabilidade.

Mas o *Homo videns*, com o veloz desenvolvimento de novas tecnologias, vai cedendo seu lugar ao *Homo connectus*, isto é, ao ser humano total e integralmente refém dos aparatos tecnológicos da

⁹ SARTORI, Giovanni. *Homo Videns, cit.*, p. 35.

¹⁰ SARTORI, Giovanni, *cit.*, p. 36.

modernidade. Não é tanto a imagem que se sobrepõe à palavra, mas sim as ferramentas de informação e de comunicação que interligam as pessoas.

O que isso significa?

Um processo de dependência — ou de quase escravidão? — entre o ser humano e um instrumento tecnológico: a internet como o centro de ligação com outras pessoas e com o mundo e o celular como extensão inseparável da mão a emitir mensagens que correm entre milhões e milhões de aparelhos. As mensagens encurtam-se e as palavras são inexoravelmente cortadas ou substituídas por vocábulos onomatopaicos ou signos ridículos, numa linguagem irreconhecível.

A linguagem, a passos céleres, perde o seu valor e sua capacidade de significação. Desta maneira, os instrumentos tecnológicos interferem no próprio desenvolvimento cerebral na medida em que se adota um novo sistema de informar-se e de pensar. As pessoas “acostumadas a pescar informações nos computadores, sem precisarem fazer esforços prolongados de concentração e se condicionam a contentar-se com esse borboleteio cognitivo” que tais instrumentos tecnológicos “os acostuma, com suas infinitas conexões e saltos para acréscimos e complementos”, ficaram, de certa forma, “vacinadas contra o tipo de atenção, reflexão, paciência e prolongada dedicação àquilo que se lê ¹¹”. Zygmunt Bauman, em palestra que proferiu no Rio de Janeiro, asseverou que “concentrar-se e se dedicar por um longo tempo é uma questão importante. Somos cada vez menos capazes de fazer de forma correta” e acrescentou “é preciso ter determinadas qualidades se você deseja construir conhecimento e não só agregá-lo: paciência, atenção e habilidade para ocupar esse local estável, sólido, no mundo em constante movimento. É preciso trabalhar a capacidade de se manter focado” ¹².

Mas o perfil do *Homo connectus* não se esgota apenas no que já foi dito.

¹¹ VARGAS LLOSA, Mario, *A civilização do espetáculo*, trad. Ivone Benedetti, Rio de Janeiro, 2012, p. 192.

¹² BAUMAN, Zygmunt, *Há uma crise de atenção*, O Globo, Sociedade, 13.09.2015, p. 41.

“As atuais transformações tecnológicas, fundadas nas tecnologias digitais móveis, na aplicação de sensores a todos os objetos do cotidiano, na digitalização de muitos processos e produtos, especialmente, na utilização de técnicas de inteligência artificial, irão também produzir profundas transformações na forma como trabalhamos, produzimos e vivemos ¹³”.

Mais do que elencar os instrumentos tecnológicos que assombram o mundo atual (drones, robôs, redes sociais, veículos autônomos, Chat GPT etc) vale a pena questionar:

4. O que está subjacente à tecnologia? No que a tecnologia, no presente momento, pode desfavorecer o ser humano? Quais as perspectivas futuras da tecnologia?

Cada uma dessas perguntas encerra problemáticas de grande complexidade e que são objeto de rol imenso de respostas discutíveis. Mas não há como omiti-las. É imprescindível que sejam expostas, por mais questionáveis que sejam, porque, nesta altura, o que está em jogo são gravames que põem em xeque os direitos básicos do próprio ser humano no presente e no futuro.

4.1. O que está subjacente à tecnologia

4.1.1. O capitalismo de vigilância

Ninguém desconhece a extraordinária capacidade do sistema capitalista de superar suas crises, por mais profundo que seja o abalo sofrido. Quando foi aberto o caminho para a criação da internet, imaginava-se que o sistema digital fosse capaz de conduzir as pessoas “para uma vida mais eficaz e com forte compromisso com a privacidade” ¹⁴. Logo, foi

¹³ OLIVEIRA, Arlindo, *Inteligência artificial*, Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2019, p. 92.

¹⁴ ZUBOFF, Shoshana, *Precisamos do mundo digital sob leis*, São Paulo: O Estado de São Paulo, Especial, 9/3/1921, p.H5.

desfeito o sonho de um mundo conectado com o bem-estar de todos. Assim, em seu lugar, tudo se degenerou num “espaço de vigilância, disseminação de notícias falsas, propagação de teorias conspiratórias, alienação e desconfiança”¹⁵. Da internet, como força comunicatória aos novos padrões tecnológicos, o passo foi curto.

Surgiu, então, o denominado capitalismo de vigilância, denominação dada por Shoshana Zuboff: “ele sabe tudo *sobre nós*, ao passo que suas operações são programadas para não serem conhecidas *por nós*. Elas acumulam vastos domínios de um conhecimento novo proveniente *de nós*, mas que não é *para nós*. Enquanto o capitalismo de vigilância e seus mercados futuros comportamentais tiverem permissão de prosperar, a propriedade desses novos meios de modificação comportamental irá ofuscar a propriedade dos meios de produção, como manancial de riqueza do poder capitalista do século XXI”¹⁶. “As lutas de poder, no século XX, eram entre o poder da indústria e a força do trabalho, mas o século XXI exhibe o capital de vigilância se opondo a nossas sociedades como um todo, alcançando cada indivíduo em particular. A concorrência pelas receitas de vigilância avança sobre o nosso corpo, nossas casas e nossas cidades, numa batalha por poder e lucro que pode muito bem ser a mais violenta que o mundo viu”¹⁷.

4.1.2. A coleta de dados pessoais

Os diversos aparatos tecnológicos têm a capacidade de entrar no seu cotidiano, extraindo dados até então estritamente privados. As suas palavras, os seus sentimentos, os seus posicionamentos, pessoais ou políticos, as suas imagens, os seus hábitos, os seus alimentos, os seus deslocamentos, a sua saúde, os seus relacionamentos afetivos, as suas orientações sexuais, em resumo, tudo que lhe diga respeito, terá condições de ter registro, quantificação e previsibilidade por

¹⁵ ZUBOFF, Shoshana, *cit.*, p. H5.

¹⁶ ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*, trad. de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2021, p.22.

¹⁷ ZUBOFF, Shoshana, *A Era do Capitalismo de Vigilância, cit.*, p. 225.

algoritmos. “O mercado poderá, em seguida, apoderar-se desses dados e dar-lhes um preço. É o conjunto de sua vida cotidiana que é transformado em mercadoria”¹⁸.

Yuval Noah Harari observou, com total propriedade, que os donos dos dados pessoais são os donos do futuro”¹⁹ e acentuou que a “corrida para obter dados”, “liderada por gigantes como Google, Facebook e Tencent” começou com a adesão ao “modelo de negócios dos *mercadores de atenção*”²⁰. No século XXI, sob domínio dos *mercadores de atenção*, os dados pessoais de cada usuário de aparatos tecnológicos puderam ser captados e manipulados, com ou sem o respectivo consentimento. Os mercados são, hoje, “os motores movidos pelo combustível da atenção. A atenção é atualmente para as empresas o que as fazendas foram para as sociedades rurais, o que as fábricas foram para a Revolução Industrial e que o conhecimento é para a Era da Informação”²¹. E enquanto objeto dessa *atenção*, “o *usuário* é a mão de obra gratuita porque é ele quem digita, fotografa, posta, filma e faz tudo. Os conglomerados digitais não precisam gastar um centavo com digitadores, editores, revisores, fotógrafos, cinegrafistas, locutores, modelos, atrizes, roteiristas, nada. Absolutamente nada. O *usuário* trabalha sem parar em frêmitos de gozo, sem cobrar um tostão. Não bastasse isto, o mesmo *usuário*, além de mão de obra gratuita, é também matéria-prima, pois as histórias narradas são as dele, os gatos e os pratos de comida fotografados são os dele, os delírios postados aos quais a *Superindústria*²² dá o nome pernóstico de *conteúdo* são os dele. Por fim, o *usuário* é também mercadoria. A *Superindústria* o colhe de graça, como se

¹⁸ MOROZOV, Evgeny, “L’intellectuel de net degaine”, *Philosophie Magazine*, n.º 97, mar. 2016, p.29.

¹⁹ HARARI, Yuval Noah, *21 lições para o Século 21*, trad. Paulo Geiger, São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 102.

²⁰ HARARI, Yuval Noah, *cit.*, p. 107.

²¹ CASSINO, João Francisco “Modulação deleuziana, modulação algorítmica”, *in: Sociedade de Controle*, org. por Joyce Souza, Rodolfo Avelino, Sérgio Amadeu da Silveira, São Paulo: Hedra, 2018, p. 18.

²² BUCCI, Eugêni, *A superindústria do imaginário*, Belo Horizonte: Autêntica, 2021, p. 412/413.

fosse mato espalhado pelo chão, e vai comerciá-lo em seguida, no todo ou em partes, no varejo e no atacado, em sacas ou em granel, a preços trilionário“ ²³(...) “O tal *usuário* se diverte, acha que o *entretenimento* que lhe oferecem é um presente, e trabalha até mais não poder” ²⁴.

É assustadora a ideia em voga do denominado *compartilhamento sem fricção* ²⁵ que defende a existência de aplicativos que “rastream tudo o que uma pessoa consome” ²⁶ num site. Caminha-se cada vez mais para um futuro “no qual tudo o que fazemos será registrado e compartilhado” com outros num clima “de medo diante da vigilância onipresente” ²⁷. Não se afirme que o *compartilhamento sem fricção* é um princípio carregado de inocência porque ninguém estaria, em verdade, interessado no que o usuário faz, transmite, ouve ou lê. Não há afirmação mais enganosa. Ninguém pode na atualidade subestimar o que se pode extrair de uma sequência de dados pessoais que parecem sem importância.

4.2. No que a tecnologia, no presente momento, pode desfavorecer o ser humano?

4.2.1. O fim da era da privacidade e da intimidade.

A tecnologia, na atualidade, atingiu, no seu âmago, os conceitos de privacidade e de intimidade ²⁸ que são sistematicamente erodidos. Em lugar da pessoa exercer seu direito de decidir tanto o que quer revelar, como o que quer guardar em sigilo, tal direito individual, de

²³ BUCCI, Eugênio, *cit.*, p. 412 e s.

²⁴ BUCCI, Eugênio, *cit.*, p. 413.

²⁵ MOROZOV, Evgeny, “O Facebook está contra a alegria”, trad. de Paulo Migliacci, *Folha de São Paulo*, 28/11/2011, p. 1.

²⁶ MOROZOV, Evgeny, *cit.*, p. 1.

²⁷ MOROZOV, Evgeny, *cit.*, p. 2.

²⁸ No Brasil, há a tendência de tratar os conceitos de vida privada e de intimidade como indistintos, apesar da Constituição Federal estabelecer no art. 5, X, uma separação conceitual entre eles ao mencionar vida privada e intimidade, como componentes inafastáveis da dignidade da pessoa humana.

conotação constitucional, passa, de pronto, para o domínio de plataformas digitais que decidem, a seu bel prazer, fazer uso, em seu proveito, dos dados pessoais coletados. Os apregoados gigantes do mundo digital, tais como Google, Facebook, Microsoft, Apple, Amazon, Tencent, etc. com seus sofisticados aparatos digitais, desestruturaram os conceitos de privacidade e de intimidade, não só nos termos definidos por John Locke — “cada qual guarda a propriedade sua própria pessoa e sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela”²⁹ — mas também “nos termos constitucionais dos Estados Democráticos atuais (art. 1.º, III e 5.º X, da Constituição Federal)”³⁰. O conceito de privacidade liquefez-se e o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos perdeu sua razão de ser. Há intromissões sub-reptícias na vida privada das pessoas e as redes sociais, “os mecanismos de busca, os aplicativos de celulares — tudo aquilo que tanto facilita a vida moderna — se transformaram em uma alegre concessão que fazemos, a cada dia, à invasão total e inevitável de informações a nosso respeito”³¹. Tal postura revela que se põe à parte a transformação das matérias-primas da natureza em mercadorias para reivindicar-se “o material da natureza humana para a feitura de uma mercadoria nova. Agora é a natureza humana raspada, arrancada e tomada para o projeto de mercado do novo século”³². “Exigir a privacidade dos capitalistas de vigilância ou pressionar pelo fim da vigilância comercial na internet” é “como pedir a uma girafa que encurte o pescoço”³³.

É mister que a extração e exploração dos dados pessoais pelos aparatos tecnológicos mais sofisticados e os “fatos nus e crus do capitalismo de vigilância”³⁴ despertem a indignação de todos na

²⁹ Citação de PASTOR, Luiza, *O fim da era da privacidade*, Folha de São Paulo, Ilustríssima, p. 7, 30.06.2019.

³⁰ Art. 1.º, III: dignidade da pessoa humana; Art. 5.º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³¹ PASTOR, Luiza, *cit.*

³² ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*, *cit.*, p. 115.

³³ ZUBOFF, Shoshana, *A Era do Capitalismo de Vigilância*, *cit.*, p. 224.

³⁴ ZUBOFF, Shoshana, *A Era do Capitalismo de Vigilância*, *cit.*, p. 586.

medida em que desfiguram os conceitos de privacidade e de intimidade, os quais fazem parte do complexo de enfoques que subsidiaram o conceito-chave de dignidade da pessoa humana. Não é possível esperar mais. Ao usar métodos tecnológicos ocultos, o capitalismo de vigilância em voga e num crescimento em progressão geométrica, furta “nossa experiência pessoal e esse é um processo ilegal”³⁵ na medida em que foge ao nosso controle. É direito de cada um decidir quais os dados pessoais que devem ou não ser compartilhados ou que devem ou não ser sigilosos. “Fazer essa escolha sempre foi um direito individual. Em um mundo pré-digital, esse direito nunca foi ameaçado. Se nos tornarmos de volta esse direito às empresas, então, poderemos atrelar a coleta de dados ao interesse público. Hoje, estas quantidades massivas de dados ficam guardadas com empresas e são usadas para gerar lucro para elas. Essa quantidade inimaginavelmente vasta é produzida por nós, mas não nos serve.”³⁶

4.2.2. As novas profissões e empregos, criados pela expansão tecnológica suprirão as profissões e empregos tendentes a desaparecer?

Eis uma questão que demanda algumas considerações. A sociedade resultante da revolução tecnológica não se mostra compatível com diversas profissões e empregos e por isso, os destrói, de forma extremamente rápida. Mas novas profissões e empregos são criados para atender às novas necessidades.

Mas serão eles suficientes?

Há sérias dúvidas a respeito.

Será possível reeducar o profissional ou o empregado a curto prazo? Será fácil transmitir-lhes os novos conhecimentos exigidos pelos artefatos tecnológicos? E, depois, o número de profissionais e empregados eliminados não será “provavelmente maior do que o número de empregos que serão criados, efeito que poderá estar relacionado com

³⁵ ZUBOFF, Shoshana, “Precisamos do mundo digital sob leis”, *cit.*, p. H5.

³⁶ ZUBOFF, Shoshana, “Precisamos do mundo digital sob leis”, *cit.*, p. H5.

a dificuldade referida de encontrar pessoas com as competências adequadas”³⁷?

Para onde conduz este quadro social?

Determinadas pessoas tornar-se-ão, então, indispensáveis para o mundo digital o que denuncia uma evidente desigualdade na medida em que a humanidade, em princípio, poderá ser dividida “numa pequena classe de super-humanos e uma massiva subclasse de *Homo sapiens* inúteis”. (...). “Para piorar ainda mais uma situação que já é nefasta” (...) “as massas perdem importância econômica e poder político”. (...) “E “o futuro das massas dependerá então da boa vontade de uma pequena elite. Talvez haja boa vontade durante poucas décadas. Mas em tempo de crise — como uma catástrofe climática — seria muito tentador e fácil descartar as pessoas supérfluas”³⁸.

4.3. Quais as perspectivas futuras da tecnologia?

Duas perspectivas básicas mostram-se pertinentes quando se vislumbra o futuro da tecnologia. É óbvio que há alta dose de audácia nessa postura. Mas não há fugir a uma flagrante alternativa: ou o ser humano, mercê da inteligência artificial generativa, passará a ser um “ninguém” (...) porque “o habitante do globo terrestre digitalizado não é ninguém”³⁹ ou os aparatos tecnológicos obedecem a regras limitadoras

4.3.1. O futuro do ser humano: dois perfis contrapostos

Se não houver nenhum controle sobre a inteligência artificial generativa; se as grandes plataformas digitais mantiverem a resistência de sempre a todo e qualquer tipo de regramento; se os dados pessoais continuarem a ser extorquidos e comercializados, sem a percepção de quem os fornece; se for levada adiante a exploração econômica

³⁷ OLIVEIRA, Arlindo, *cit.*, p. 94.

³⁸ HARARI, Yuval Noah, *cit.*, p.105.

³⁹ HAN, Byung-Chul. *Infocracia*, Petrópolis: Editora Vozes, 2022, p. 22.

da própria natureza humana; se não se interromper a luta concorrencial própria do capitalismo de vigilância; se não se puder evitar a ocorrência de efeitos danosos à privacidade e à intimidade dos seres humanos; se se prosseguir no total desprezo aos direitos fundamentais próprios de toda e qualquer pessoa, por certo, correr-se-á o risco acentuado de que tenhamos o domínio da máquina sobre a pessoa humana. Isto faz lembrar o conto premonitório de E.M. Forster, — “*A máquina parou*” — escrito em 1909, e no qual se tem a sensação antecipada da internet, do celular, da vídeo conferência, da fuga ao contato pessoal, do isolamento imposto, da poluição terrestre, etc. É de grande expressão o trecho desse conto no qual Forster observa: “Criamos a Máquina para que fizesse as nossas vontades, mas agora já não podemos fazer com que atenda nossos desejos. Ela nos roubou o sentido do espaço e o sentido do tato, borrou todo tipo de relação humana(...), paralisou nossos corpos e nossas vontades e agora nos obriga a idolatrá-la”. “A Máquina segue adiante, mas não como o mesmo objetivo nosso. Existimos apenas como os corpúsculos de sangue que correm por suas veias e se ela pudesse viver sem nós, ela nos deixaria morrer”⁴⁰.

Em flagrante antagonismo com a figura cada vez mais presente do homem/máquina, vale a pena reavivar o pensamento de Hannah Arendt no sentido da capacidade criativa do ser humano e de que ele sempre esteve décadas à frente da tecnologia. “A ciência apenas realizou e afirmou aquilo que os homens haviam antecipado em sonhos — sonhos que não eram loucos nem ociosos”. (...) O homem futuro a ser produzido “parece motivado por uma rebelião contra a existência humana tal como nos foi dada — um dom gratuito vindo do nada (secularmente falando) que ele deseja trocar, por algo produzido por ele mesmo. Não há razão para duvidar que sejamos capazes de realizar essa troca, tal como não há motivo” para duvidar da nossa atual capacidade de destruir toda a vida orgânica da Terra”. Embora ainda não saibamos se esta troca se tornará definitiva, é de toda evidência que “se o nosso cérebro, condição material e física do pensamento, não puder acompanhar o que fazemos” (...) “necessitaríamos

⁴⁰ FORSTER, E.M. *A máquina parou*, São Paulo: Editora Iluminuras, 2018, p.43.

realmente de máquinas que pensassem e falassem por nós” e das quais ficaríamos dependentes como “escravos indefesos”⁴¹.

Se “a digitalização do mundo da vida avança implacável” e se “submete a uma mudança radical nossa percepção, nossa relação com o mundo, nossa convivência”. Se “ficamos atordoados pela embriaguez da comunicação e da informação”. Se “o tsunami da informação desencadeia forças destrutivas” e “abrange também, nesse meio tempo, âmbitos políticos e leva a fraturas e disrupções massivas no processo democrático”⁴², é hora do ser humano mostrar sua capacidade de resiliência e demonstrar a necessidade da presença, da voz e da audiência do outro com que possa criativa e democraticamente dialogar.

4.3.2. Necessidade de regramento

As grandes plataformas digitais insistem “na liberdade para adotar qualquer prática nova enquanto afirmam agressivamente a necessidade de sua *liberdade de leis e regulamentos*”⁴³. Por isso, rejeitam a interferência reguladora, seja ela legislativa, judicial, societária ou de qualquer outra espécie em seus métodos de operação. E isto mesmo quando o objetivo “não é dominar a *natureza*, e sim a *natureza humana*. O foco mudou de máquinas que superam os limites do nosso corpo para máquinas que modificam o comportamento de indivíduos, grupos e populações em prol de objetivos mercadológicos”⁴⁴.

Numa situação desta ordem na qual a qualidade do ser humano está exposta a uma séria desqualificação, o Direito não poderá ficar inerte, aguardando o momento azado de sua intervenção. A característica fundamental do Direito é a de delimitar, de balizar, de descrever e de regular situações nas quais a pessoa humana corra riscos gravíssimos. Como observa Eric Hilgendorf, se não desejamos nos

⁴¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, trad. de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Editora, Forense, 1958, p. 9 e ss.

⁴² HAN, Byung-Chul, *cit.*, p.25.

⁴³ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*, *cit.*, p. 558.

⁴⁴ ZUBOFF, Shoshana, *A era do capitalismo de vigilância*, *cit.*, p. 578.

surpreender completamente com o progresso tecnológico, é bom nos ocuparmos hoje dos desafios éticos e jurídicos de amanhã. (...) Mesmo se as previsões dos tecnólogos não se realizem, ainda faz sentido lidar com as visões desenvolvidas por eles, porque elas tem um grande efeito na construção de opiniões. Os cenários do futuro mesmo aqueles que, com uma probabilidade nos limites da certeza, nunca se tornarão realidade, desempenham um papel importante nos debates sociais sobre novas possibilidades tecnológicas (...) “Ademais, é possível ver e examinar, sob uma nova luz, conceitos jurídicos e conceitos sócio-filosóficos ultrapassados”⁴⁵.

Bem por isso, não se compreende que o Direito se entregue à acomodação, que a insegurança aumente numa proporção geométrica e que as liberdades sejam irremediavelmente sepultadas. Urge, e com a maior rapidez possível, que se abram os debates, no âmbito jurídico, sobre o mundo tecnológico e, em particular, sobre a inteligência artificial, tornando-se tal agenda temática obrigatória.

A indiferença do Direito poderá ser a causa de ofensas extremamente graves à própria dignidade humana do indivíduo. E, nesse contexto, “os direitos constitutivos da dignidade humana se diferenciam dos direitos humanos usuais na medida em que, em nenhuma hipótese ou circunstância, são passíveis de restrições jurídicas. Limitações à dignidade humana são, portanto, sempre antijurídicas”⁴⁶.

Causa imensa preocupação, portanto, que as novas tecnologias “estejam sendo amplamente disponibilizadas sem termos primeiro uma discussão aprofundada sobre seus impactos e a definição de uma regulamentação”⁴⁷. Mais do que o deslumbramento provocado pela inteligência artificial generativa, é mister que se proponham normas jurídicas capazes de torná-la transparente, permitindo um controle adequado de seus objetivos, de forma a impedir qualquer desvalorização do ser humano.

⁴⁵ HILGENDORF, Eric, *Veículos autônomos e direito penal*, coordenadores Estelita, Heloisa e Leite, Alaor, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019, p. 84.

⁴⁶ HILGENDORF, Eric, *cit.*, p. 85.

⁴⁷ MAES, Pattie. *Inteligência artificial que escreve sozinha é como papagaio, e isso traz riscos*, Entrevista dada a Leonardo Stamillo, Folha de São Paulo, 4.3.23, p. A-23.

Há um sinal à vista nessa direção.

A União Europeia tomou a iniciativa de reger as *Big Techs*, através da Lei de Serviços Digitais e, posteriormente, o Parlamento Europeu, aprovou, em 14 de junho do corrente ano, a Lei de Inteligência Artificial. Destarte, no continente europeu, passou a vigor diversas condutas normatizadas, exigíveis das plataformas digitais, com consequentes sanções, no caso de desrespeito. Mas não é suficiente. As leis nacionais, ou mesmo, leis de aplicação num determinado continente não tem o condão de impor normas a plataformas digitais que têm uma atividade praticamente universal na medida em que suplanta, sem o menor entrave, fronteiras territoriais e se interconecta com quase toda população mundial. Cada vez mais fica explícito que é inafastável uma visão internacional da questão. Fora disso, o impasse continuará vigente: OU se estabelecem limites às ações das empresas digitais OU estas limitarão numa escala ascendente os seres humanos.

Há, por isso, pressa numa tomada de posição. Não há como prorrogar por mais tempo o distanciamento entre o Direito e a Tecnologia. É o momento adequado de repelir o *statu quo* e dizer *não* à maquinaria tecnológica. E isto *agora*, porque logo será *tarde* demais.

5. A título de fecho

Por derradeiro, tentarei regressar às minhas palavras iniciais. Em contraste com o pensamento de Norberto Bobbio, afirmei que me recusava a abandonar o presente e ainda alimentava a perspectiva do futuro, por mais estreito que fosse. Fiz um esforço nessa direção — embora possa não ter tido sucesso — para deixar à evidência que me sinto vivendo o presente e que faço um esforço maior com o objetivo, enquanto houver tempo, de viver momentos futuros nos quais as pessoas, sobretudo os jovens, possam ter a sensação de que são capazes de mudar o mundo.

Recordo-me sempre de uma frase de Machado de Assis quando se referia ao revezamento das gerações: “Vão os hóspedes saindo do banquete à proporção que outros chegam e ocupam o seu lugar; é a perpétua substituição dos convivas”. Peço desculpas a Machado de

Assis porque sou favorável ao revezamento tardio e porque sou uma pessoa sem grandes nostalgias, mas carregada de esperanças: só saio do banquete da vida, onde tudo se discute e se planeja, não quando o novo conviva chegar ao salão, mas somente no momento em que, com insistência, bater-me firmemente às costas e me lembrar que já está na hora de ir embora.

O direito penal entre o humano e a máquina. Sobre os limites da inteligência artificial *

Fabio Roberto D’Avila

*Professor Titular da Escola de Direito
da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul (PUCRS; Brasil)*

1. Inteligência artificial. Notas introdutórias

Nos últimos anos, a inteligência artificial (IA) tem se feito presente, tal qual um mantra, em tudo o que se pretende novo, contemporâneo, disruptivo. Mais do que um simples modismo, marcado pela particular efemeridade de tudo o que habita a espuma do tempo, a inteligência artificial espalha-se em uma velocidade vertiginosa, alcançando as mais variadas dimensões da vida.

Nada, absolutamente nada, parece escapar. E ainda que escape, pouco importaria. Pois o que mais preocupa não é, e não deve ser, aquilo que hoje é a inteligência artificial, mas aquilo que no futuro ela poderá vir a ser, aquilo que ela tem de essencial e de potência. Ou, mais precisamente, o fato de que as questões que hoje coloca a inteligência artificial estão para além do estágio atual da técnica. São, em verdade, índice de um movimento que lhe subjaz e transcende e, por isso, muito mais amplo e compreensivo.

No âmbito da vida, no âmbito da medicina, o avanço propiciado pela IA causa impressão. Cirurgias de alta complexidade são acompanhadas

* O presente texto corresponde à intervenção no “Colóquio Luso-Brasileiro. Direito Penal, Tecnologia e IA” organizado pelo Instituto Eduardo Correia e pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e realizado nos dias 26 e 27 de outubro de 2023 na FDUC.

e, por vezes, viabilizadas por recursos dotados de inteligência artificial. Exames e diagnósticos ¹, antes de difíceis ou de elevado custo, se tornam cada vez mais rápidos, práticos e simplificados. Máquinas passam a operar com níveis elevados de autonomia, a ponto de já propor exames sem qualquer supervisão humana, a exemplo das denominadas CarePod ². Cabines que funcionam como uma espécie de clínica médica compacta, na qual é possível fazer uma série de exames sem a necessidade de controle humano ³.

Enquanto isso, no seu exato oposto, no âmbito da guerra, ensaiava-se o uso de armas não tripuladas, dotadas de autonomia decisória ⁴. Drones e robôs começam a substituir soldados humanos em missões não apenas de reconhecimento, mas também de destruição de áreas estratégicas e, inclusive, de eliminação de alvos humanos. Não

¹ Ver, a título de ilustração, ALEXANDER V. ERIKSEN; SÖREN MÖLLER; JESPER RYG, “Use of GPT-4 to diagnose complex clinical cases”, *NEJM AI* 2023; 1 (1), DOI: 10.1056/AIp2300031; DAIWEI ZHANG; AMELIA SCHROEDER; HAOSHEN YAN; JIAN HU; MICHELE KEE Y. Y.; KATALIN SUSZTAK; GEORGE XU X.; MICHAEL D. FELDMAN; EDWARD B. LEE; EMMA E. FURTH; LINGHUA WANG; MINGYAO LI, “Inferring super-resolution tissue architecture by integration spatial transcriptomics with histology”, *Nature Biotechnology*, jan. 2024 (online), DOI: 10.1038/s41587-023-02019-9; VERA LEHMANN; THOMAS ZUEGER; MARTIN MARITISCH; MICHAEL NOTTER; SIMON SCHALLMOSER; CATERINA BÉRUBÉ; CAROLINE ALBRECHT; MATHIAS KRAUS; STEFEL FEUERRIEGEL; ELGAR FLEISCH; TOBIAS KOWATSCH; SOPHIE LAGGER; MARKUS LAIMER; FELIX WORTMANN; CHRISTOPH STETTLER. “Machine learning to infer a health state using biomedical signals. Detection of hypoglycemia in people with diabetes while driving real cars”, *NEJM AI*, Jan. 2024, DOI: 10.1056/Aloa2300013.

² Os CarPods foram idealizados pela empresa Forward Health, 2024 (<https://goforward.com/carepod>).

³ Essa crescente aplicação da IA bem justifica a preocupação da Organização Mundial da Saúde com os importantes aspectos éticos que lhe dizem respeito. Para tanto, ver as recentes orientações publicadas pela OMS, com atenção para os grandes modelos multimodais (LLMs): WHO, *Ethics and governance of artificial intelligence for health. Guidance on large multi-modal models*, Geneva, World Health Organization; 2024. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO (<https://www.who.int/publications/i/item/9789240084759>).

⁴ The Convention on Certain Conventional Weapons, Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS), Background on laws in the ccw, New York: CCW, 2023 (disponível *on-line*).

raramente, sob o curioso argumento de poupar baixas humanas ⁵. Baixas, porém, que só importam quando ostentam a mesma bandeira.

O negócio da guerra faz-se hoje na síntese de uma corrida pelo domínio do que há de mais avançado em termos de tecnologia e a despeito de qualquer questão humanitária. Daí não surpreender o recente apelo conjunto do Secretário-Geral das Nações Unidas, António Guterres, e do Presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Mirjana Spoljaric, em prol da urgente regulação internacional da matéria, estabelecendo interditos e restrições ao uso de armas autônomas: “devemos agir agora para preservar o controle humano sobre o uso da força. O controle humano deve ser mantido nas decisões de vida e morte. O ataque autônomo a seres humanos por máquinas é um limite moral que não devemos cruzar” ⁶.

No Direito — naquilo, pois, que aqui nos convoca —, a senda é a mesma. O que se tem visto e vivenciado é uma espécie de frenética busca pelo novo. A cada dia chegam novidades sobre as proezas da IA. Na prática advocatícia, cresce a presença de máquinas, seja a subsidiar e elaborar peças, seja a orientar a atuação de advogados perante tribunais. Ao passo que, no judiciário, segue vivo o debate sobre robôs na posição de juízes e os seus primeiros ensaios práticos. As notícias, aliás, estão sempre a chegar.

No final do ano passado, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Min. Luis Roberto Barroso, dá a conhecer uma reunião com as — por ele denominadas — Big Techs (Amazon, Microsoft e Google), na qual, dentre outras coisas, teria encomendado um “programa de inteligência artificial que seja

⁵ GARY E. MARCHANT; BRADEN ALLENBY; RONALD ARKIN; EDWARD T. BARRETT; JASON BORENSTEIN; LYN M. GAUDET; ORDE KITTRIE; PATRICK LIN; GEORGE R. LUCAS; RICHARD O’MEARA; KARED SILBERMAN, “International governance of autonomous military robots”, *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. XII, p. 275, p. 210-315, Junho de 2011 (disponível *on-line*).

⁶ Ver Comitê Internacional da Cruz Vermelha, *Apelo conjunto onu cicv proibir restringir armas autônomas*, Genebra: ICRC, 2023 (disponível *on-line*); e MARY. WAREHAM. *Protect Humanity from Killer Robots*, New York: HRW, 2023 (disponível *on-line*).

capaz de receber o processo, resumir fato relevante, a decisão de primeiro grau, a decisão de segundo grau e as razões de recurso”, e um outro, na forma de um ChatGPT estritamente jurídico, alimentado com a jurisprudência nacional, “capaz de fazer um esboço de decisão”, sob a “supervisão direta do juiz competente e responsável”; o que, no seu entender, muito ajudariam o judiciário brasileiro ⁷.

Mais recentemente, em janeiro deste ano, o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina anuncia o lançamento de um robô batizado de “Juiz Auxiliar”, “dotado de inteligência artificial” e capaz de “propor minutas de despachos, decisões e sentenças”. Segundo informado, a experiência com o juiz-robô já obtida na Vara Estadual Bancária teria resultado em um “aumento de 23,45% na produção média de despachos, e de 49,9% na produção de sentenças”, sendo hoje, na avaliação do juiz coordenador da Unidade de Direito Bancário, uma ferramenta “segura e confiável, com índice de acerto de mais de 99% das minutas propostas” ⁸.

Diferente não é no espaço acadêmico-científico. No ensino jurídico e na investigação científica, cresce a olhos vistos a prodigiosa oferta de programas inteligentes para a elaboração de tarefas essenciais. A tecnologia passa a ocupar um lugar central no processo de estudo e investigação, contando, inclusive, com o incentivo de uso de *LLMs* (*Large Language Models*) por parte de algumas revistas científicas. Esse é o caso da *NEJM AI* que apoia e incentiva, expressamente, o uso de *LLMs*, embora com uma ressalva. Dado o estado de imperfeição da tecnologia, considera ela o “envolvimento humano ainda essencial”. Destaca-se: ainda. *In verbis*: “estamos, até agora, longe de um mundo em que um LLM pode gerar uma peça original

⁷ Ver trecho da 15.^a Sessão Ordinária de 2023, *Presidente do CNJ, ministro Barroso diz que pediu a big techs criação de “ChatGPT” para uso jurídico*, [S. l.], Migalhas, 2023, 1 vídeo (2 min 09 s), Publicado pelo canal migalhas, Disponível em: <https://youtu.be/bofq59IjrQg?si=PU1kV2lc2id0Wx93>. Também: Conselho Nacional de Justiça (Brasil), *À frente do CNJ, ministro Barroso buscará eficiência da Justiça e promoção dos direitos humanos*, Agência CNJ de Notícias, Brasília, 17 out. 2023 (disponível *on-line*).

⁸ Ver SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, *Poder Judiciário de SC lança robô dotado de inteligência artificial e capaz de propor minutas*, Florianópolis, TJRS, 2024 (disponível *on-line*).

e correta de pesquisa científica — o envolvimento humano ainda é essencial”⁹.

No mesmo passo, reconhecidas universidades começam a incorporar robôs no sistema de ensino e já se tem notícia de máquinas a assumir tarefas de professores assistentes. Esse, aliás, é caso de Harvard que conta hoje com um robô no curso de programação, o “bot CS50”, a esclarecer dúvidas dos alunos, a dar retorno dos trabalhos entregues, a apontar erros e a fazer sugestões¹⁰.

Tudo isso — e tanto mais que não pode aqui ter lugar — sob o olhar deslumbrado dos entusiastas da tecnologia, ansiosos pelo maravilhoso mundo novo. Enquanto, do outro lado, em radical oposição, tem-se o olhar temeroso e apocalíptico daqueles que atribuem à técnica a culpa pela erosão do mundo, a arriscar a nossa própria continuidade no planeta.

Os extremos, contudo, embora exerçam um papel importante na leitura do processo de transformação social, não são — e nem devem ser — parâmetro de recepção do novo. Longe dos transbordos, longe dos arroubos de qualquer radicalismo, tem-se quem, ciente do seu papel, busque o caminho do meio, o caminho da assunção de responsabilidades.

A mudança — bem sabemos — é da essência das coisas e da vida. Incontornável e irrefreável. Compete-nos, isto sim, a responsabilidade

⁹ Por seu relevo, importa reiterar a passagem em seu contexto: “nosso principal objetivo na NEJM AI é aumentar a qualidade das publicações científicas, o que inclui vários aspectos, como novidade, rigor e acessibilidade a outras pessoas. Se ferramentas poderosas, como LLMs, nos ajudarem a alcançar esses objetivos, devemos dar boas-vindas ao seu uso. Além disso, estamos, até agora, longe de um mundo em que um LLM pode gerar uma peça original e correta de pesquisa científica — o envolvimento humano ainda é essencial” (DAPHNE KOLLER; ANDREW BEAM; ARJUN MANRAI; EUAN ASHLEY; XIAOXUAN LIU; JUDY GICHOYA; CHRIS HOLMES; JAMES ZOU; NOA DAGAN; TIEN Y. WONG; DAVID BLUMENTHAL; ISAAC KOHANE, “Why we support and encourage the use of large language models in NEJM AI submissions. Editorial”. *NEJM AI*, 2023, 1 (1), DOI 10.1056/Ale2300128.

¹⁰ Ver LAURA PANCINI, “Harvard contrata inteligência artificial como professor em curso de programação”, *in: Exame*, [s. l.], 29 jun. 2023 (disponível *on-line*). Sob a sua aplicação também em: Yale. BEN RAAB, “CS50 introduces AI teaching assistant”. *Blog Yale Daily News*, Yale, 7 sept. 2023 (disponível *on-line*).

de lidar com ela. A cada povo, os desafios do seu tempo. A nós, o do nosso tempo. Sem vitimismo ou histeria, é de se esperar da nossa cultura, da cultura que construímos, grandeza e estatura suficientes para enfrentar os dilemas que advém da própria criação humana.

E se isso é assim, é preciso questionar, naquilo que aqui nos cabe, no específico campo de interesse do direito penal, qual o lugar e quais os limites a serem assinalados a esse voraz avanço da técnica. Até que ponto devemos apoiar ou, se for o caso, assistir, plácida e resignadamente, à aplicação da IA ao direito penal? Não só à prática jurídica (na forma de um juiz ou advogado máquina), mas, agora também, ao âmbito universitário, ao âmbito acadêmico-científico.

Robôs a ensinar direito penal? Máquinas a desenvolver pesquisa? Programas incumbidos de propor novos aportes dogmáticos? A teoria do crime e novos sistemas penais idealizados a partir de algoritmos? Enfim, um direito penal não só praticado e julgado por máquinas, mas também produzido por elas? *Qual é, afinal, o limite inegociável desse avanço?*

2. Sobre juízes-robôs

Para uma melhor compreensão do contexto no qual se insere a nossa pergunta, vale um voltar de olhos, ainda que breve, à questão dos juízes-robôs.

A favor do juiz-máquina, tem sido apontadas inúmeras vantagens, a começar por uma maior previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais ¹¹. A máquina não estaria sujeita às oscilações próprias da condição humana, por vezes decorrentes do humor ou da fadiga ¹².

¹¹ Ver ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Inteligência artificial no direito penal. A justiça preditiva entre a americanização e a europeização”, *in*: Anabela Miranda Rodrigues (org.), *A inteligência artificial no direito penal*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 24 e ss.

¹² MATHEUS ALMEIDA CAETANO; THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA, “Sobre a legitimidade de um juiz-robô: um flautista de Hamelin para a justiça”? *in*: Fabio Roberto D’Avila; Maria Eduarda Azambuja Amaral (org.), *Direito e Tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, p. 232; ÍTALO JOSÉ DA SILVA OLIVEIRA. *Direito, lógica*

Estaria, também, em melhores condições de garantir a imparcialidade no ato de julgar ¹³, acompanhado de um “elevado índice de acertos” ¹⁴, o que, inclusive, teria justificado a sua introdução em áreas muito exigentes em termos de precisão, como a medicina e a aviação ¹⁵. Tem se destacado, também, a sua enorme capacidade de armazenamento e manejo de dados, associada a uma quase instantaneidade na resposta, a fazer da máquina algo incomparável em termos de produtividade. Em outras palavras, partindo da correção de tais premissas (o que aqui não está em jogo), a favor do juiz-robô pesaria o fato de serem eles mais previsíveis, estáveis, imparciais, acurados e produtivos ¹⁶. Um conjunto de predicados, é preciso reconhecer, verdadeiramente impressionante.

As críticas, por seu turno, são também variadas. Fala-se da falta de transparência, da opacidade das decisões produzidas por algoritmos ¹⁷. Critica-se o risco de algoritmos serem contaminados por

e inteligência artificial: por quê, como e em que medida automatizar a solução judicial de conflitos no Brasil, Tese (Doutorado em Direito), Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2019, p. 35.

¹³ Sob a perspectiva da inteligência artificial na justiça preditiva, afirma Rodrigues: “pode dizer-se, na verdade, que os algoritmos, na sua essência relações matemáticas normativas, estão, nos nossos dias, a ganhar terreno sobre os subjetivismos discriminatórios na aplicação da lei” (ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *cit.*, p. 24 ss.). Destacando uma maior objetividade, neutralidade e coerência na aplicação da lei penal, CHRISTOPH BURCHARD, “Artificial intelligence as the end of criminal law? On the algorithmic transformation of society”, *in*: Maria João Antunes; Susana Aires de Sousa (org.), *Artificial intelligence in the economic sector. Prevention and responsibility*, Coimbra: Instituto Jurídico da FDUC, 2022, p. 181 e ss.

¹⁴ MATHEUS ALMEIDA CAETANO; THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA, *cit.*, p. 232.

¹⁵ *Ibidem*, p. 232.

¹⁶ Para Burchard, “o verdadeiro desafio para a teoria do direito penal é que a IA prima facie adote — e otimize — as promessas centrais do direito penal” ([t]he real challenge for criminal law theory is that AI prima facie adopts — and optimizes — the central promises of criminal law) (CHRISTOPH BURCHARD, *cit.*, p. 191)

¹⁷ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A questão da pena e a decisão do juiz. Entre a dogmática e o algoritmo”, *in*: Anabela Miranda Rodrigues (org.), *A inteligência artificial no direito penal*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 230 ss.; RUI CARIA, “O caso State vs. Loomis. A pessoa e a máquina na decisão judicial”, *in*: Anabela Miranda Rodrigues (org.), *A inteligência artificial no direito penal*, Coimbra: Almedina, 2020,

vieses cognitivos, por vez discriminatórios¹⁸. Objeções são levantadas no que toca à vulnerabilidade dos sistemas informáticos. E, por fim, para ficar no que aqui interessa, há também toda uma gama de críticas de acento ético-jurídico¹⁹. Críticas que vão desde questões de fundo, como a ausência de responsabilidade e de legitimidade democrática, até questões mais pragmáticas, como os prejuízos que já se vislumbram ao sistema recursal.

Esse conjunto de elementos a favor e contra, contudo, revelam uma certa tendência. Na crítica, parte importante das objeções gira em torno não propriamente da qualidade do ato de julgar, mas, sim, de uma certa insuficiência ou até mesmo impropriedade atinente ao estado atual da técnica. O que, é preciso convir, faz delas objeções datadas, precárias e ultrapassáveis. Em contrapartida, no que toca às vantagens da máquina, as coisas se mostram um pouco diferentes. Em grande medida, elas são propostas a partir da imperfeição humana, advogando uma espécie de superioridade material da máquina. É dizer: a máquina é melhor, só precisa ser aperfeiçoada.

Pois bem. Uma tal posição não advém do acaso. Pelo contrário, à primeira vista, não parece faltar elementos a subsidiar esse preciso modo de ver as coisas.

Ao lado da já insuportável sobrecarga do sistema penal, por si só um grande problema, pesquisas científicas revelam distorções insólitas em julgamentos por seres humanos. Em um estudo com juízes israelenses, concluiu-se que magistrados, com fome ou cansados, eram mais propensos a denegar pedidos de liberdade condicional²⁰. Em outro, realizado na Alemanha, pesquisadores observaram a influência de elementos aleatórios na aplicação da pena (no caso, o número obtido em dados viciados), o que veio a ser denominado de efeito de ancoragem²¹.

passim; LUIS GRECO, *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: A impossibilidade jurídica do juiz-robô*, São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33 e s.

¹⁸ LUIS GRECO, *Poder de julgar...*, *cit.*, p. 29.

¹⁹ Por todos, LUIS GRECO, *Poder de julgar...*, *cit.*, p. 39 ss.

²⁰ DANIEL KAHNEMAN, *Pensar, depressa e devagar*, Tradução de Pedro Vidal, Reimpressão, Maia: Círculo de Leitores/Temas e Debates, 2015, p. 61.

²¹ *Ibidem*, p. 170. Ver também MATHEUS ALMEIDA CAETANO; THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA, “Sobre a legitimidade de um juiz-robô...” *cit.*, p. 231 s.

Até mesmo o clima (dias muito quentes) ou resultados desportivos (ter o time do magistrado ganhado o perdido), revelaram-se de grande influência tanto para o mérito quanto para a severidade da decisão criminal²². Por fim, entre nós, no Brasil, a fazer coro às demais, dados do CNJ revelam uma exagerada contingência e instabilidade nos critérios de determinação da pena, a fazer da sorte elemento decisivo no deslinde judicial²³. Fatores verdadeiramente surpreendentes, hoje analisados sob os conceitos viés e ruído, na linha proposta por Kahneman, Sibony e Sunstein²⁴.

Mas não só. No âmbito da neurociência social cognitiva, investigações em torno da empatia têm colacionado evidências de que as respostas neurais são influenciadas por importantes fatores individuais e sociais. Fatores que compreendem, embora não só, a percepção do justo — percepção relacionada à valoração individual/subjetiva do comportamento social —²⁵, a relação de pertença a um determinado grupo²⁶, a hierarquia social²⁷, a condição financeira²⁸ e, até mesmo, o preconceito²⁹. Isso significa dizer, em outras

²² DANIEL KAHNEMAN; OLIVIER SIBONY; CASS R. SUNSTEIN, *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, 5.^a reimpressão, Rio de Janeiro, Objetiva, 2021, p. 22 s. Sobre o clima, observam que “[u]ma revisão de 207 mil decisões judiciais de imigração ao longo de quatro anos mostrou um efeito significativo das variações diárias de temperatura: quando faz muito calor, as chances de obter asilo são menores”. Concluindo, com muito bom humor: “[s]e a pessoa sofre perseguição política em seu país e pede asilo a outro, é bom torcer para a audiência cair em um dia fresco e agradável” (*ibidem*, p. 23).

²³ Ver Conselho Nacional de Justiça (Brasil), *relatório gt dosimetria da pena*, Brasília: CNJ, 2022 (disponível *on-line*).

²⁴ DANIEL KAHNEMAN; OLIVIER SIBONY; CASS R. SUNSTEIN, *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, *cit.*, *passim*.

²⁵ TANIA SINGER; BEN SEYMOUR; JOHN P. O'DOHERTY; KLAAS E. STEPHAN; RAYMOND J. DOLAN; CHRIS FRITH. “Empathic neural responses are modulated by the perceived fairness of others”, *Nature*, [s.l.], v. 439, p. 466-469, Jan. 2006.

²⁶ GRIT HEIN; GIORGIA SILANI; KERSTIN PREUSCHOFF; C. DANIEL BATSON; TANIA SINGER. “Neural Responses to Ingroup and Outgroup Members’ Suffering Predict Individual Differences in Costly Helping”, *Neuron*, [s.l.], v. 68, p. 149-160, Oct. 2010; e XIAOJUNG XU; XIANGYU ZUO; XIAOYING WANG, SHIHUI HAN, “Do you feel my pain? Racial group membership modulates empathic neural responses”, *The Journal of Neuroscience*, [s.l.], v. 29, p. 8525-8529, July 2009.

palavras, que a condenação de um indivíduo ou a exata medida de sua pena pode ser fortemente influenciada, senão mesmo determinada, pela sua cor, origem ou condição social. E isso tudo a operar em um nível invisível, em uma dimensão que escapa à racionalidade e, por vezes, à própria ciência do julgador.

Mas seria isso mesmo? Seriam esses indicativos de uma, senão presente, ao menos futura supremacia material da máquina? Estaríamos em melhores mãos ao franquear as portas do saber penal à tecnologia? Restaria a nós, em resignada confissão, reconhecer que o juízo criminal de uma máquina estaria mais próximo de um juízo justo, mais próximo do ideal de Justiça? Ou ainda, que a única objeção possível ao avanço do juiz robô reside em argumentos ético-jurídicos, nos termos da dicotomia proposta por Greco entre “realizabilidade” (“perspectiva fático-descritiva”) e “permissibilidade” (“perspectiva normativo-prescritiva”)?³⁰ É dizer: a máquina é, de fato, melhor, mas, ainda assim, por razões ético-jurídicas, não devemos aceitá-la?

Creio, sinceramente, que não.

Objecções ético-jurídicas importam e são fundamentais, mas não dão conta do problema como um todo. Se levantam, com força,

²⁷ CHUNLIANG FENG; ZHIHAO LI; XUE FENG; LILI WANG; TENGXIANG TIAN; YUE-JIA LUO, “Social hierarchy modulates neural responses of empathy for pain”, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, [s.l.], v. 11, n. 3, p. 485-495, Mar. 2016.

²⁸ XIUYAN GUO; LI ZHENG; WEI ZHANG; LEI ZHU; JIANQI LI; QIANFENG WANG; ZOLTAN DIENES; ZHILIANG YANG, “Empathic neural responses to others’ pain depend on monetary reward”, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, [s.l.], v. 7, Issue 5, p. 535-541, June 2012

²⁹ JENA DECETY; STEPHANIE ECHOLS; JOSHUA XORRELL. “The blame game: the effect of responsibility and social stigma on empathy for pain”, *Journal of Cognitive Neuroscience*, [s.l.], v. 22, Issue 5, p. 985-997, May 2010.

³⁰ LUIS GRECO, *Poder de julgar...*, cit., p. 12 e *passim*, concluindo que: “inexistem barreiras intransponíveis à realizabilidade do juiz-robô. Não há razões que demonstrem que não seja ou venha a ser possível, de uma perspectiva fática, utilizá-lo para a finalidade de obter boas decisões judiciais. Todas as objeções até agora levantadas ou se revelam tecnicamente superáveis, ou podem ser dirigidas com ainda maior ênfase a seres humanos. A introdução do juiz-robô é faticamente realizável” (*ibidem*, p. 37). Sobre a questão, ver também ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Inteligência artificial no direito penal”, cit., p. 49 ss.

contra o juiz-robô, em razão das tantas particularidades que envolvem o ato de julgar, mas não demonstram o mesmo vigor no espaço acadêmico-científico, no espaço reservado ao ensino jurídico e à construção e renovação das ciências criminais. Sem falar que uma profissão de fé restrita a aspectos ético-jurídicos pode estar a subestimar a impressionante potência do deslumbramento pelo mundo tecnológico. De mais a mais, e isso o que verdadeiramente interessa, turvam e deslocam o problema, deixando escapar o essencial.

3. O intransponível. Os limites da inteligência artificial

Um conhecido discurso de Heidegger, pronunciado nos anos 50, em sua cidade natal, Messkirch, impressiona por sua atualidade. Na altura, queixava-se ele da pobreza-de-pensamento, da ausência-de-pensamento. “O Homem actual”, dizia Heidegger, “está em fuga do pensamento”³¹; e nessa fuga radica a ausência-de-pensamento: “a ausência de pensamento” afirma ele “é um hóspede sinistro que, no mundo actual, entra e sai em toda a parte”³².

Ora, não se pode negar, e não se quer negar, que o avanço tecnológico é, também ele, produto da criatividade humana e, portanto, do pensamento humano. E, se isso é assim, seria de supor que, dado o avançado estágio da técnica, nunca estivemos tão bem. Logo, Heidegger teria se equivocado.

Mas não é disso que se trata. Mas de um contexto de forte hegemonia de uma única e exclusiva forma de pensar, daquilo que denominou Heidegger de “pensamento que calcula” (*das rechnende Denken*)³³.

O pensamento que calcula está na base de tudo o que é concebido e planejado a partir de fins³⁴. Tem sido, há muito, o motor da vida cotidiana, uma força imparável no desenvolvimento da ciência e da

³¹ MARTIN HEIDEGGER, *Serenidade*, Lisboa: Ed. Piaget, 2000, p.12.

³² MARTIN HEIDEGGER, *Serenidade*, p. 11.

³³ *Ibidem*, p. 13.

³⁴ MARTIN HEIDEGGER, *Serenidade*, p. 13.

tecnologia. Horizonte em que a inteligência artificial desponta exuberante, expressão do superlativo dessa precisa forma de inteligir.

Ocorre, e aqui radica a advertência de Heidegger, não é essa a única forma de conceber o pensamento. E muito menos aquela que melhor revela o que há de mais próprio, de mais autêntico em todos nós. “O pensamento que calcula”, em suas palavras, “não é um pensamento que medita, não é um pensamento que reflecte sobre o sentido que reina em tudo o que existe”³⁵. Ao passo que nós, em nossa essência, em nossa condição mais profunda, somos, sim, “um ser que pensa”, é dizer, “um ser que medita”³⁶, um ser que reflete; um ser na incessante e contínua busca do sentido que transcende a mera utilidade das coisas.

Em sua obra “Em Busca de Sentido”, obra que é marcada pela força da experiência extrema de um campo de concentração e de uma narrativa em primeira pessoa, o pai da logoterapia, Viktor Frankl, compartilha a seguinte lembrança de sua passagem por Auschwitz: “certa vez, no transporte de prisioneiros de Auschwitz para o campo de concentração na Baviera, estávamos de novo olhando por entre as grades da abertura de um vagão. Quem tivesse visto nossos semblantes arrebatados, a contemplar as montanhas de Salzburgo, cujos picos resplandeciam as cores rubras do sol poente, jamais acreditaria tratar-se de rostos de pessoas que nada mais esperavam da vida”³⁷.

Em outra passagem, traz ele a comovente lembrança da esposa, enquanto trabalhavam com picaretas, a tentar abrir valas no chão congelado pelo inverno: “[m]eu espírito ainda se apegava à imagem da pessoa amada. Continuo falando com ela, e ela continua falando comigo. De repente me dou conta: nem sei se minha esposa ainda vive! Naquele momento, fico sabendo que o amor pouco tem a ver com a existência física de uma pessoa. Ele está ligado a tal ponto à essência espiritual da pessoa amada, a seu ‘ser assim’ (nas palavras dos filósofos), que a sua ‘presença’ e seu ‘estar-aqui-comigo’ podem ser reais sem sua existência física em si e independentemente de seu estar com vida”³⁸.

³⁵ *Ibidem*, p. 13.

³⁶ *Ibidem*, p. 14.

³⁷ VIKTOR E. FRANKL, *Em busca de sentido*, 32.^a ed., São Leopoldo: Editora Sinodal: Editora Vozes, 2012, p. 57.

³⁸ VIKTOR E. FRANKL, *Em busca de sentido*, p. 56.

A pergunta é: estaria a máquina apta a compreender o que se tem aqui? Teria a máquina condições de compreender o sentido do belo, da arte, do afeto ou do humor em um campo de concentração? Ou o sentido de Justiça? De humanidade? Seria o sentido disso alcançável por um pensamento não reflexivo? Seria isso reduzível e parametrizável a partir de algoritmos?

Ora, diferente não parece ser o que vamos encontrar no campo neurocientífico. É preciso ter em conta que os mesmos estudos de neurociência que apontam para existência de falhas na resposta empática, passíveis de desencadear vieses no ato de julgar, são também eles responsáveis por descortinar dimensões existenciais até então desconhecidas da ciência. Atestam, com a força própria dos estudos empíricos, a existência de vínculos neurais a ligar indivíduos ³⁹. Ou ainda, em outras palavras, lançam luz sobre uma existência compartilhada, e não mais individual e nem sequer necessariamente consciente. Uma existência construída no outro, pelo outro e a partir do outro, e que, por isso, reivindica, um novo olhar sobre o justo, que todos nós aspiramos, e sobre o bem, que todos nós buscamos ⁴⁰.

E mais uma vez, coloca-se a pergunta: o tamanho do que aqui se tem, a tocar a forma como compreendemos a existência e a coexistência comunitária, a tocar o próprio *Meschenbild*, seria alcançável por sistemas de inteligência artificial? Seria isso alcançável, ainda que em hipótese, pelo aprimoramento da técnica?

A resposta negativa me parece incontornável.

Não se trata de subestimar a máquina. Argumentos em prol de uma tecnologia intuitiva — como no programa AlphaGo — ou mesmo criativa, supostamente alcançável por meio do aprendizado, sequer toca o que aqui reivindicamos. Uma máquina que aprende e compõe como se Bach fosse, segue não sendo Bach, e jamais compreenderá o que foi e o que é Bach.

³⁹ TANIA SINGER; OLGA M. KLIMECKI, “Empathy and Compassion. Current Biology”, *Special Issue*, [s.l.], v. 24, n. 18, p. 875-878, Sept. 2014. p. 876.

⁴⁰ FABIO ROBERTO D’ÁVILA, “Você habita em mim. Empatia, direito penal e neurociências. Novos olhares e novos caminhos”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 194, ano 31. p. 77-95, jan./fev. 2023, *passim*.

Do mesmo modo, não se trata também de uma limitação posta pelo atual estágio de desenvolvimento da técnica, mas de uma impossibilidade *a priori*, inerente à própria máquina; da impossibilidade que radica nos estreitos limites de uma razão que não reflete, nos estreitos limites do pensamento algorítmico que dá vida à máquina.

De forma direta e objetiva: o humano escapa à máquina. Aquilo de que se ocupam os algoritmos é apenas um arremedo do que somos, nada mais, nada menos do que um mero arremedo de pessoa.

Não por outra razão, Pico della Mirandola, em sua atemporal obra sobre a Dignidade do Homem (séc. XV), reivindicava ao humano uma estatura única. Lembrava, em sua digressão à literatura árabe, a lição de Abdala que, perguntado sobre o que haveria de mais notável neste mundo, “respondeu que não havia nada que causasse mais admiração do que o homem”⁴¹. Ou ainda, no ditado caldeu: “o homem é um animal de natureza vária, multiforme e mutável”⁴². Uma dignidade que, defendia Pico, radica na nossa capacidade de conformar a nós próprios e pela aptidão única de assumir-nos como os únicos tradutores do mundo que nos cerca e da existência que nos anima.

O humano, diga-se mais uma vez, escapa à máquina.

4. O direito penal

As ciências criminais e a justiça criminal, conquanto imperfeitos, buscam se ocupar do humano em sua inteireza, e não de um mero fragmento, de um mero arremedo daquilo que somos. Dada a sua peculiar natureza em termos de regulação jurídica, é esse o seu dever, o seu compromisso primeiro: se debruçar sobre o que somos por inteiro. Compromisso que não pressupõe — e nem poderia pressupor — a compreensão plena e acabada da complexidade que anima a condição humana. Mas pressupõe, isto sim, o compromisso incansável de acessá-la na maior medida possível. E que, para tanto, é

⁴¹ PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, Tradução de Elaine Cristine Sartorelli, Belo Horizonte: Âyiné, 2021, p. 29.

⁴² *Ibidem*, p. 41.

preciso reconhecer que a única e verdadeira chave para a compreensão do outro reside na nossa própria condição humana. Na complexa experiência de um existir efêmero e compartilhado, que nos convoca ao lugar do outro, que nos convoca a vivenciar a experiência do outro pelo lugar e pelo olhar do outro. Uma ideia simples, conhecida, já há muitos anos, de tantos povos e culturas e que tão bem ilustra uma antiga Oração do Povo Sioux, na qual se pede ao Grande Espírito a lucidez necessária para julgar: antes que eu julgue o meu irmão, me permita vestir as suas sandálias e caminhar o seu caminho por duas longas semanas.

Não surpreende, por isso, que mesmo a dogmática penal, conquanto empenhada no desenvolvimento de critérios objetivos de imputação e comprometida com parâmetros de segurança e previsibilidade, abra importante espaço ao resgate da complexidade humana, e se faça receptiva ao particular, ao novo, ao incomum, ao extraordinário e ao surpreendente. Elementos que fazem da vida humana e dos seus dilemas manifestações únicas e irrepetíveis. Não estaria, pois, nesse preciso lugar, a culpa criminal, a invencibilidade do erro de proibição ou o problema do excesso em legítima defesa? Não estariam aqui os fundamentos da inexigibilidade de conduta diversa ou, até, da dimensão subjetiva do tipo?

Ora, a explicação em torno da aparição de um facto punível, já bem lecionava Eduardo Correia, convoca, irremediavelmente, múltiplos fatores endógenos e exógenos. Fatores que envolvem e arrastam o agente em sua decisão pela prática do fato. Ao mesmo tempo que servem de índice para a correta compreensão do seu desvalor, a influir sobre o “se”, o “como” e o “quando” do seu aparecimento ⁴³.

De outra parte — é preciso que se diga —, não estamos a ignorar, e nem poderíamos, o histórico e contínuo empenho de tantos em reduzir a complexidade humana por meio de parâmetros objetivos. Disso, aliás, é exemplo suficiente a curiosa figura do homem médio, a assombrar, volta e meia o ilícito, volta e meia a culpa. Argumento, todavia, que, ao fim e ao cabo, não nega, mas corrobora o que aqui

⁴³ EDUARDO CORREIA, *Direito criminal*, Com a colaboração de Figueiredo Dias, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999, p. 444.

se sustenta. Sob o manto da retórica, as reivindicadas figuras-padrão apenas escondem o humano por trás de tudo. Sem esquecer, por certo, que advogar o oposto seria o mesmo que reconhecer, por via transversa — na companhia de Faria Costa — o sacrifício do justo em honra da afirmação e conservação de valores outros, cristalizados na ideia de segurança formal ⁴⁴.

De mais a mais, já não parece despropositado dizer o óbvio. Somos, todos nós, seres datados, frutos de um tempo e de uma dada cultura. Cultura que nos é constitutiva, que nos distingue das demais formas vida, e que, longe de se satisfazer com os limites da pura lógica ou da razão calculadora, reivindica dimensões outras. Um fascínio pelo invisível aos olhos, a se expressar na espontaneidade da vida, em ritos cotidianos, na busca pela sacralização da existência.

Um viver pautado por vínculos que não podem ser traduzidos em números ou, sequer, por vezes, expressos em palavras. Mas que animam e impelem a existência humana a uma constante e, por vezes, labiríntica busca por sentido. Não por outra razão, o desesperado Fausto de Goethe, após tanto empenho e estudo, do direito à medicina, da filosofia à teologia, se vê pobre, vazio, incompleto. E isso ao ponto de depositar sua última esperança no intangível do mundo mágico ⁴⁵. E se isso é assim para dimensões humanas mais profundas, não seria diferente no Direito ⁴⁶.

O que somos desafia e, em grande medida, escapa a nós mesmos. E não há nada de contraditório nisso. A imperfeição é tão intrínseca à condição humana quanto o é a experiência imperfeita da vida e da morte. Somos os seus únicos e exclusivos tradutores. Os únicos capazes de alcançar e expressar, nos limites da nossa imperfeição, o

⁴⁴ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 462.

⁴⁵ “Um cão assim não viveria” — queixa-se Fausto — “por isso entrego-me à magia, a ver se o espiritual império pode entreabrir-me algum mistério, que eu já não deva, oco e sonoro, ensinar a outrem o que ignoro; para que aprenda o que a este mundo liga em seu âmago profundo” (JOHANN WOLFGANG, GOETHE, *Fausto. Uma tragédia. Primeira Parte*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 63).

⁴⁶ Bem reconhece ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Inteligência artificial no direito penal”, *cit.*, p. 44, que “a manutenção e mesmo a preservação de um indeterminismo não calculável é necessário à construção de um *sentido jurídico*”.

sentido da nossa experiência comunitária. Este, e não outro, é o limite intransponível da máquina, o limite intransponível da inteligência artificial.

Isso não significa dizer, é evidente, que não compete à tecnologia qualquer papel no âmbito da justiça e do direito penal. Os benefícios que podem ser alcançados com o auxílio da técnica são incontáveis. E quanto a isso não temos nada a objetar. Até porque seria uma oposição romântica e vazia. Não há nada nem ninguém capaz de frear o avanço da técnica ⁴⁷. Compete-nos, isto sim, estabelecer os seus limites, estabelecer o espaço do seu sadio avanço, reservando sob a nossa plena e absoluta responsabilidade aquilo que não nos é lícito renunciar e que a máquina, por ser o que é, nunca estará apta a alcançar.

Dilema que não se resolve — é preciso que se diga — com a simples reivindicação de um humano na posição de supervisor do produto da máquina, na idílica ideia de que a mera aquiescência ou potencial recusa por um ser de carne e osso seria suficiente para humanizar o ato e, assim, por decorrência, atender também às exigências ético-jurídicas de responsabilidade. Uma tal forma de ver ignora riscos importantes associados à expectativa de supervisão, em particular quando o produto da máquina já vem pronto e acabado, a exemplo de uma minuta de decisão em âmbito judicial; como à abertura vimos. Nesse preciso ponto, é a advertência de Rodrigues quanto aos riscos do fenômeno denominado de viés automático (*automation bias*) para a autonomia judicial, “tendo em conta a tendência humana para confiar nos resultados de um procedimento computacional” ⁴⁸. Riscos que estão associados à “interação psicológica e social entre a máquina e o humano” no que toca ao “poder de influência da primeira sobre o segundo”. Não se pode negar que, “uma vez oferecida por um instrumento high tech um resultado, é extremamente oneroso para o humano que tem de decidir refutar aquele resultado e tomá-lo apenas como uma ‘recomendação’” ⁴⁹.

⁴⁷ MUSTAFA SULEYMAN; MICHAEL BHASKAR. *A próxima onda. Inteligência artificial, poder e o maior dilema do século XXI*, Tradução de Alessandra Bonruquer, Rio de Janeiro: Record, 2023, p. 19 ss.

⁴⁸ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Inteligência artificial no direito penal”, *cit.*, p. 45.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 45.

Não significa dizer, igualmente, que objeções de cunho ético-jurídico não guardam fundamental importância. Muito pelo contrário. O direito e a ética são aliados indispensáveis na sólida construção de limites verdadeiramente intransponíveis à técnica. Até porque, dada a potência e a voracidade da tecnologia em processos revolucionários do cotidiano, toda e qualquer concessão tenderá à permanência. É preciso, como nunca, estabelecer interditos definitivos e inequívocos à máquina.

Pois bem. Chegado até aqui, a minha derradeira confissão. Não me assustam as proezas que a potência da tecnologia, no futuro próximo, poderá alcançar. Assusta-me, isso sim, por tudo que temos observado no debate jurídico e fora dele, mais uma vez na companhia de Heidegger, o inquietante sentimento de que nós não estamos preparados para lidar com elas ⁵⁰.

O verdadeiro perigo não reside na tecnologia ou na inteligência artificial, mas na fuga, consciente ou não, da inteligência que nos é única e própria. Na fuga à nossa capacidade de refletir; a lembrar os tortuosos caminhos do príncipe Tamino de Mozart, que, ao fugir da serpente, acaba por cair nos domínios da Rainha da Noite. De uma noite, porém, que poderá se fazer longa, demasiadamente longa, alimentada não pela opacidade da máquina, mas das representações humanas, pela opacidade da nossa própria mundividência. Pois aqui, exatamente aqui, em um misto de apatia e ignorância, é que podemos acabar por cruzar a derradeira linha e, assim, acabar por renunciar ao irrenunciável.

5. A título de conclusão

Em que pese o avanço da tecnologia e as suas múltiplas aplicações no campo das ciências criminais, é preciso reconhecer a existência de

⁵⁰ “Aquilo que é verdadeiramente inquietante não é o facto de o mundo se tornar cada vez mais técnico. Muito mais inquietante é o facto de o Homem não estar preparado para esta transformação do mundo, é o facto de nós ainda não conseguirmos, através do pensamento que medita, lidar adequadamente com aquilo que, nesta era, está realmente a emergir” (MARTIN HEIDEGGER, *Serenidade*, p. 21).

limites que lhe são intransponíveis. Limites que não estão associados ao estado atual de desenvolvimento da técnica, mas sim à forma de pensar que lhe é inerente, àquilo que, há tempo, bem denominou Heidegger de pensamento que calcula. A complexidade da condição humana reivindica um pensamento também reflexivo, que se volta ao sentido que transcende a mera utilidade das coisas. O humano, inevitavelmente, escapa à máquina.

O direito penal, por sua parte, deve se ocupar do humano em sua inteireza, deve se debruçar sobre o que somos por inteiro. Esse é o seu compromisso maior. Compromisso que não pressupõe a apreensão plena e acabada da condição humana — à evidência, inalcançável —, mas o empenho incansável de acessá-la na maior medida possível. Tarefa para a qual a única e verdadeira chave reside na nossa própria humanidade e, com ela, na capacidade de nos colocar no lugar do outro, de buscar vivenciar a experiência do outro pelo lugar e pelo olhar do outro.

Pena privativa de outras liberdades (ou a violação de direitos fundamentais nas prisões portuguesas)

Maria Miguel Oliveira da Silva *

*Assistente Convidada da
NOVA School of Law
Doutoranda em Direito na
NOVA School of Law*

I. Notas introdutórias

Quando ENRICO FERRI afirmou, na sua primeira campanha contra a pena privativa da liberdade, que o sistema celular é “uma das aberrações do século XIX”¹, certamente não contava que, em pleno século XXI, ainda aquele estivesse na ordem do dia.

Como bem afirma SANDRA OLIVEIRA E SILVA, o encarceramento, enquanto pena, agradou certamente aos pensadores do Iluminismo, já que permitia, em teoria, a atribuição de uma sanção criminal igualitária a todos os condenados².

De facto, como ultrapassagem notável da barbárie a que se assistiu durante a Antiguidade Clássica e a Idade Média, a prisão revelou-se uma conquista verdadeiramente misericordiosa: para trás ficavam séculos de punições com recurso à crucificação, ao lançamento às feras, às degolações e às sufocações³. E, bem vistas as coisas, também condignamente se superavam, enfim, as sanções aplicadas

* E-mail: mariamiguel.silva@novalaw.unl.pt. ORCID: 0000-0002-3813-2442.

¹ ENRICO FERRI, *Sociologia Criminale*, 4.^a edição, Turim, Fratelli Bocca, 1900, p. 59.

² SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Prefácio”, in: *Pena Privativa da Liberdade: A Oportunidade de Uma Sanção Criminal Qualitativamente Homogénea*, Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2020, p. 16.

³ LADISLAU THÓT, *A Evolução Histórica do Direito Penal*, Lisboa: Tipografia Penitenciária, 1932, p. 43.

ainda mais anteriormente pelas civilizações chinesa, egípcia e assíria, se se pensar em castigos como a castração, a amputação de pés e narizes, a marca a ferro quente, a decapitação, o espancamento, o empalamento ou a cegueira por extração dos olhos ⁴. De forma impressionante escreveu THOMAS MORE: mais difícil do que encontrar uma solução melhor do que a pena de morte, só mesmo tentar encontrar uma pior ⁵.

Não se contesta, pois, a evidente supremacia humanista de que a prisão se dotou enquanto pena, pelo menos face às sanções suas antecessoras. Ultrapassada a função residual do cárcere enquanto mero depósito de suspeitos, até ao período republicano da Roma Antiga ⁶, o encarceramento dispôs-se a consagrar uma evolução ideológica de concretização da pena. Ainda que configurassem, na época, “verdadeiras masmorras do desespero e da fome” ⁷, também pela primeira vez, sobretudo pela mão do Imperador Constantino, se procurou acautelar o sofrimento dos condenados à prisão ⁸.

No entanto, a pena de prisão nunca cumpriu os seus desígnios de sanção inócua e impoluta. Nem na Idade Média — com a implementação, nas prisões eclesiásticas, do isolamento celular, o *murus strictus*, que acorrentava os condenados às paredes das celas subterrâneas e obscuras ⁹ —, nem na Idade Moderna — com a sua

⁴ PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A Pena Privativa da Liberdade: Evolução Histórica e Doutrinal*, Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 17-51; RUSS VERSTEEG, *Law in Ancient Egypt*, Durham: Carolina Academic Press, 2002, pp. 154-156; LADISLAU THÓT, *A Evolução cit.*, p. 5.

⁵ THOMAS MORE, *Utopia*, 2.ª edição, Lisboa: Coisas de Ler Edições, 2010, p. 27.

⁶ Ressalvada a exceção da *détention dite coercitive*, em que a prisão era efetivamente aplicada enquanto sanção, como forma de coagir os condenados ao pagamento das ditas penas pecuniárias. Cfr. EDUARDO CORREIA, “La Prison, Les Mesures Non-institutionnelles et Le Projet du Code Penal Portugais de 1963”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, tomo LIII, 1970, p. 230.

⁷ PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A Pena Privativa, cit.*, p. 67.

⁸ THEODOR MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, tomo I, Pamplona: Analecta Editorial, 1999, p. 310.

⁹ TOMMASO BURACCHI, “Origini ed Evoluzione del Carcere Moderno”, *L'Altro Diritto, Centro di Documentazione su Carcere, Devianza e Marginalità*, 2004, capítulo 2.2.

obcecada intenção de compelir os reclusos ao trabalho ¹⁰ — nem na Idade Contemporânea — com a sua plêiade de experimentalismos penitenciários ¹¹.

Neste sentido, ainda que se conceda ao cárcere o respetivo caráter progressista à época, a sua concretização não logrou efetivar o humanismo que prometia. Muitos horrores se completaram nas prisões desde a implementação do cárcere moderno e, hoje, em território nacional, a amputação de direitos fundamentais dos reclusos ainda não conheceu o fim.

II. O humanismo penitenciário que eclodiu no século XVIII e XIX

É possível identificar o movimento do Iluminismo como fator inspirador do questionamento da prisão enquanto instituto sancionatório, desde logo como decorrência da própria reprovação da tortura e das punições cruéis e como corolário da inviolabilidade do indivíduo ¹². Para a justiça penal, uma nova era ¹³.

¹⁰ Sobre as Bridewells, podem ver-se, por exemplo, AUSTIN VAN DER SLICE, “Elizabethan Houses of Correction”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 27, n.º 1, 1936, pp. 45-67; LIONEL FOX, *The English Prison and Borstal Systems*, Londres: Routledge and Kegan Paul Limited, 1952; LEONARD ROBERTS, “Bridewell: The World’s First Attempt at Prisoner Rehabilitation Through Education”, *Journal of Correctional Education*, vol. 35, n.º 3, setembro de 1984, pp. 83-85. Nas palavras de MIGUEL LOPES ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 174, “fenómenos precursores de um novo ideal de reclusão que incorpora o trabalho como elemento essencial para a reforma moral”.

¹¹ Conforme nota GEORGE IVES, *A History of Penal Methods: Criminals, Witches, Lunatics*, Montclair: Patterson Smith, 1970, p. 171, “foi este tão bem-intencionado, e certamente necessário, protesto contra a velha ordem das coisas que originou uma série de experiências em animais vivos — os prisioneiros — e que, eliminando grande parte dos escândalos e crueldades então existentes, inaugurou uma máquina de aplicação de sofrimento em comparação com o qual as velhas barbáries eram relativamente pequenas e misericordiosas” (tradução nossa).

¹² LYNN HUNT, *A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História*, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pp. 76-82.

¹³ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*, Lisboa: Edições 70, 2013, p. 14.

Não se podem contornar os nomes de HOWARD, BENTHAM e BECCARIA no momento de abordar o surgimento do humanismo penitenciário. Para JOHN HOWARD, as condições de vida dos reclusos em Inglaterra e pela Europa fora eram totalmente inaceitáveis. Depois de o próprio ter vivenciado, na sua pele, em meados do século XVIII, o encarceramento na prisão francesa de Brest ¹⁴, publicou a sua bem conhecida obra “The State of the Prisons in England and Wales”, descrevendo em evidente pormenor a insalubridade e promiscuidade ali existentes ¹⁵. HOWARD propunha o isolamento celular dos reclusos (pelo menos no período noturno), a disponibilização de boas condições de alimentação, higiene, educação religiosa e trabalho, bem como sugeria a existência de inspeções periódicas. Os estabelecimentos prisionais por si idealizados não chegaram a ser construídos em Inglaterra, apesar de a sua ideologia ter sido francamente bem recebida nos Estados Unidos da América, de onde resultou a construção da Prisão de Newgate.

Na esteira de HOWARD, entretanto considerado o “apóstolo da humanização das prisões” ¹⁶, JEREMY BENTHAM vem dar eco ao trabalho desenvolvido por aquele até à data. Ideologicamente utilitarista, rejeitava convictamente a pena de morte e concordava por princípio com a aplicação da pena privativa da liberdade aos delinquentes, ainda que a aplicação da sanção não devesse ignorar certas diretivas que, para ele, eram fundamentais: a separação dos reclusos consoante o género, a disponibilização de alimentação, vestuário e higiene adequados, bem como o cumprimento de um rigoroso regime disciplinar ¹⁷. Na sua obra “Panopticon”, desenvolve a ideia de um edifício ideal capaz de promover a vigilância constante das celas por um

¹⁴ EMMA MENDOZA BREMAUNTZ, *Derecho Penitenciario*, Cidade do México: McGraw-Hill, 1998, p. 75.

¹⁵ JOHN HOWARD, *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

¹⁶ EMMA MENDOZA BREMAUNTZ, *Derecho*, *cit.*, p. 74.

¹⁷ A sua intenção era, essencialmente, garantir a reforma e a correção dos reclusos. Cfr. LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, p. 93.

observador (o guarda prisional), visando refrear-lhes os impulsos ¹⁸. Uma vez mais, o seu trabalho prima pela virtualidade de reverter a máxima da masmorra que prende e retém a luz, ainda que a sua conceção de reforma do sistema penitenciário com recurso a “uma simples ideia arquitetónica” ¹⁹ não se tenha revelado suficiente enquanto resolução da questão carcerária.

Por seu turno, CESARE BECCARIA ergue-se no século XVIII com a inauguração do conceito da “doçura penal”, um postulado absolutamente disruptivo à época que defendia a tendencial abolição da pena de morte, da tortura e das penas tormentosas, sugerindo um sistema de sanções penais públicas, prontas, necessárias, tipificadas, proporcionais aos delitos e as mais curtas possíveis ²⁰. Admitindo a prisão como uma verdadeira pena, ambicionava uma reforma do direito penal vigente à época ²¹, tendo, enquanto magistrado político camarário da Lombardia austríaca, encetado um longo caminho pela melhoria das condições de vida dos reclusos, procurando garantir a disponibilização de lençóis aos doentes e o fornecimento de uma dieta adequada, bem como alargando os grilhões de forma a facilitar o trabalho e o passeio.

Muitas vezes se levantaram desde então pela consideração dos reclusos de uma forma humana, não sem antes ser explorada, mais uma vez, uma série de experientialismos penitenciários. O sistema dito filadelfiano, subjugando o recluso à solidão compulsória, noite e dia, visava a redenção através da oração e da meditação, acabando por conduzi-los à loucura ²². Conforme assevera FRANCISCO LASTRES, “querendo evitar a crueldade do sistema pensilvânico, criou-se

¹⁸ JEREMY BENTHAM, “Panopticon”, in: *The Works of Jeremy Bentham*, tomo IV, 1843, pp. 60-64.

¹⁹ JEREMY BENTHAM, *The Panopticon Writings*, Londres: Verso, 1995, pp. 29-95.

²⁰ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 92-99, 118-126 e 163.

²¹ LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Manual*, cit., p. 91.

²² DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Cárcel y Fábrica: Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, 1.ª edição, Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1980, pp. 198-204; EDUARDO CORREIA, “La Prison”, cit., p. 243; LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia: Universidade de Valencia, 1976, p. 82.

um outro que é todavia mais terrífico”²³. O sistema dito auburniano, apesar de mais consciente do substrato demolidor do isolamento (uma vez que permitia o trabalho em comum durante o dia), convocou a atrocidade na imposição do silêncio absoluto, de tal forma que, mesmo durante a realização de trabalhos, reclusos, lado a lado, eram castigados corporalmente acaso sucumbissem à tentação da mínima interação humana²⁴.

Ambos os formatos penitenciários encontraram aplicação em vários pontos do globo²⁵. Todavia, conforme havia sido norma até então, por cada novo sistema que era implementado, de imediato se exigia a sua reforma, ora denunciando-se as suas limitações, ora anunciando-se renovados vanguardismos, todos apregoando uma nova variante humanista e todos encobrindo a absoluta incapacidade de descobrir que destino dar aos delinquentes²⁶. Nesta conjuntura, não tardaram a despontar diferentes derivações do regime penitenciário progressivo, prescrevendo várias etapas no processo de encarceramento, sendo de destacar o sistema de Maconochie, o sistema inglês, o sistema de Crofton, o sistema de Montesinos²⁷.

1. Um prelúdio ao desencarceramento

A ser verdade que a reforma do direito penal é tão antiga quanto

²³ FRANCISCO LASTRES, *Estudios sobre Sistemas Penitenciarios*, Madrid: Librería de A. Duran, 1875, p. 123.

²⁴ LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Manual*, cit., p. 130; DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Cárcel*, cit., p. 205; FRANCISCO LASTRES, *Estudios*, cit., p. 123.

²⁵ O sistema dito filadelfiano foi aplicado, por exemplo, nos Estados Unidos da América (designadamente na Walnut Street e na Eastern Penitentiary) e em França, Bélgica, Espanha, Alemanha e Portugal. Já o sistema dito auburniano foi aplicado, em primeiro lugar, na penitenciária de Auburn e, mais tarde, acolhido na Suíça, Sardenha e Baviera por um período reduzido de tempo.

²⁶ Sobre tudo após as colónias passarem a recusar-se a receber criminosos, solução abraçada durante largos anos pelas metrópoles, mesclando a existência do problema. Veja-se, por exemplo, o caso da Austrália e da Inglaterra. Cfr. FRANCISCO LASTRES, *Estudios*, cit., pp. 126-127.

²⁷ Para uma excelente compilação teórica dos vários sistemas penitenciários, pode ver-se PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A Pena Privativa*, cit., pp. 118-138.

o próprio direito penal ²⁸, o certo é que a pena de prisão tomou várias e longas décadas até ser questionada nos seus fundamentos e proveitos, não deixando de ser curioso que o estudo daquela, enquanto corolário do direito penal moderno, tenha ocupado um lugar sistematicamente marginal na dogmática jurídica.

Estafadas as sucessivas promessas de um sistema penitenciário melhorado, patrocinadas por vários nomes sonantes ao longo do século XVIII e XIX, em boa hora ENRICO FERRI e FRANZ VON LISZT, cada um segundo a sua própria perspectiva, se manifestaram contra a pena de prisão. Assim, quando MICHEL FOUCAULT se pronunciou, em 1975, denunciando que o cárcere mistura “incessantemente a arte de retificar com o direito de punir” ²⁹, já alguns passos determinantes tinham sido dados em direção a um certo humanismo carcerário e, seguramente, em direção ao humanismo penal.

FRANZ VON LISZT, sobretudo, foi vocal em relação à necessidade de abolição das penas curtas de prisão, considerando que estas precipitam o delinquente para o caminho definitivo do crime ³⁰, e arbitrou pela reserva da privação da liberdade para os “delinquentes irrecuperáveis” ³¹.

Mais tarde, certamente na esteira de LISZT, nasce o neodefensismo social, uma conceção crítica do fenómeno criminal, que viria, a partir de 1945, por impulso de FILIPPO GRAMATICA e principalmente pela mão de MARC ANCEL, a confirmar o caminho em direção à humanização das instituições penais ³².

²⁸ HANS-HEINRICH JESCHECK, “Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal”, in: AA. VV., *La Reforma del Derecho Penal*, Barcelona: Bellaterra, 1980, p. 9.

²⁹ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar, cit.*, pp. 352-353.

³⁰ FRANZ VON LISZT *apud* ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a La Prisión*, Madrid: Edisofer, 2005, p. 45.

³¹ FRANZ VON LISZT, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, 1.ª edição, Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1994 (1.ª reimpressão), pp. 115-122.

³² MARC ANCEL, *La Défense Sociale*, Paris: Presses Universitaires de France, 1985; CONSTANTIN VOYOUCAS, “Pasado, Presente y futuro de la Sociedad Internacional de Defensa Social por una Política Criminal Humanista”, in: Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero*

Assim, conforme bem foi afirmado, “assim como o século XIX foi o da consagração da prisão como fórmula ideal para intimidar e reformar o homem delinquente, o século XX terá sido o do antien-carceramento”³³. Desimpedido o caminho para o questionamento da oportunidade de aplicação da pena privativa da liberdade, as comunidades jurídica e não jurídica viram-se instigadas a debater o instituto — os seus contornos teóricos e, principalmente, os seus contornos práticos. Reiteradamente se expôs o recurso desproporcionado à pena de prisão (massificando-a e destituindo-a dos seus próprios intentos), a malograda concretização dos seus fins preventivos e integradores³⁴, bem como, enfim, se admitiu a perniciosidade da sua aplicação³⁵.

Perante tal cenário de convulsões dogmáticas ao nível penitenciário, não é inédito que modernas reformas (ainda) se anunciem. Do abolicionismo³⁶ à perspectiva reformista³⁷, passando pelo movimento

Santos: In Memoriam, vol. I, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla — La Mancha, 2001, pp. 779 e ss.

³³ Tradução nossa. Cfr. ELIO GÓMEZ GRILLO, “Las Prisiones en Latinoamérica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIII, n.º 3, setembro-dezembro 1980, p. 696.

³⁴ Sobre a inadequação da pena privativa da liberdade enquanto sanção-estandarte da aplicação das teorias dos fins das penas (sejam elas as teorias absolutas/retributivas ou as teorias relativas/preventivas), já nos pronunciámos em MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Pena Privativa da Liberdade: A Oportunidade de uma Sanção Criminal Qualitativamente Homogênea*, Braga: NovaCausa — Edições Jurídicas, 2020, pp. 49-85.

³⁵ Conforme afirmou MARIANO RUIZ-FUNES, *La Crisis de la Prisión*, Havana: J. Montero, 1949, pp. 7 e ss, “[a prisão] devolve [o recluso] à sociedade estigmatizado, sem mais opções senão a reincidência” (tradução nossa).

³⁶ THOMAS MATHIESEN, “The Politics of Abolition”, *Contemporary Crises*, vol. 10, n.º 1, 1986, pp. 81-94.

³⁷ LUIGI FERRAJOLI, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, 3.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; ALESSANDRO BARATTA, “Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa”, in: *La Questione Criminale*, Bolonha, 1977, pp. 339-359; DENNIE BRIGGS, *Fermer les Prisons*, Paris: Seuil, 1977; LUCIANO EUSEBI, “Tra Crisi dell’Esecuzione Penale e Prospettive di Riforma del Sistema Sanzionatorio: Il Ruolo del Servizio Sociale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º XXXVI, 1993, pp. 493 e ss.

propugnador das penas de substituição ³⁸ e sem esquecer o daqueles que pretendem uma reprimenda de regimes obsoletos ³⁹, o certo é que o instituto da prisão, mesmo que profunda e severamente criticado ao longo do tempo, mantém em vigor o seu lugar de pena rainha ⁴⁰, provocando uma ininterrupta violação de direitos fundamentais em resposta à lesão de bens jurídicos. É sobre este ponto que pretendemos debruçar-nos de seguida.

III. A privação da liberdade como veículo de supressão de direitos fundamentais não contemplados na sentença condenatória

O artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelecia, entre o mais, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” ⁴¹. Quando, em 1948, as Nações Unidas adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o seu artigo 1.º passou a prever que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” ⁴². Ainda que ideologicamente concordantes quanto à natureza livre daqueles que nascem, os dois diplomas parecem distanciar-se quanto ao carácter permanente de tal estado.

De facto, parece estar assente uma certa concordância social em relação à posição *diminuída* das pessoas que se encontram em reclusão, sendo

³⁸ BONNEVILLE DE MARSANGY, *De L'Amélioration de la Loi Criminelle: En Vue d'une Justice plus Prompte, plus Efficace, plus Généreuse et plus Moraliste*, II, Paris: Cosse et Marchal, 1864, pp. 251 e ss.; ANDRÉ LAMAS LEITE, *As Penas de Substituição em Perspectiva Político-Criminal e Dogmática (Contributo para uma Análise Sistemática)*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, pp. 104 e ss.

³⁹ GRAEME NEWMAN, *Just and Painful: A Case for the Corporal Punishment of Criminals*, Nova Iorque: Macmillan, 1983.

⁴⁰ A expressão é de SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “A Liberdade Condicional no Direito Português: Breves Notas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 1, 2004, p. 349.

⁴¹ Tradução da versão original francesa: “les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.

⁴² Tradução da versão original inglesa: “all human beings are born free and equal in dignity and rights”.

que o próprio sistema jurídico-penal, todo ele construído em torno da pena de prisão, nos moldes que veremos, também aparenta encaminhar-se no sentido da permissão da fratura de certos direitos fundamentais ao indivíduo encarcerado. Como bem nota NUNO BRANDÃO, “num Estado de direito material, é pelo direito penal que um cidadão pode sofrer a mais pesada compressão dos seus direitos de liberdade às mãos do Estado”⁴³.

Em 1764, escreveu BECCARIA que a pena de prisão, ao menos na forma como se cumpria, expunha um cenário de miséria e fome, lugar de escassez de compaixão e humanidade, convertendo o instituto da prisão num suplício adicional infligido aos prisioneiros⁴⁴. Em pleno século XXI, não será propriamente precisa a afirmação de que as prisões portuguesas expõem um cenário de fome, mas é inegável, perante as evidências, que expõem um cenário igualmente grave de miséria.

À data de 1 de fevereiro de 2022, os estabelecimentos prisionais portugueses contabilizavam 11.669 reclusos, distribuídos por 49 unidades prisionais⁴⁵. Quando, em 2018, o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT) apresentou o seu relatório da visita a Portugal realizada em 2016, as conclusões foram preocupantes e as recomendações embaraçosas para um país que se afirma convictamente protetor dos direitos humanos.

O CPT denunciou um problema sério de extrema sobrelotação, com alguns estabelecimentos prisionais (como, por exemplo, o de Setúbal) a funcionar com 200% da sua capacidade, sendo que, de um limite máximo de capacidade das prisões portuguesas de 12.600 reclusos, albergavam-se 14.007 pessoas⁴⁶.

⁴³ NUNO BRANDÃO, “Direitos Fundamentais e Lei Penal”, *in*: María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues e Adán Nieto Martín (coord.), *Reformas Penales en la Península Ibérica: A “Jangada de Pedra”?*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 47.

⁴⁴ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos*, *cit.*, p. 127.

⁴⁵ Os dados são da DIREÇÃO-GERAL DE REINSERÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, disponíveis em www.dgrsp.justica.gov.pt.

⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report to the Portuguese Government on the Visit to Portugal from 27 September to 7 October 2016*, Estrasburgo, 27 de janeiro de 2018, pp. 24 e ss.

As declarações de maus-tratos por parte de alguns reclusos eram impressionantes. Foram recolhidos vários testemunhos que denunciavam a aplicação de corretivos que consistiam em bofetadas, socos, pontapés e golpes com cassetetes, sendo particularmente grave que estes tenham sido provenientes dos próprios guardas prisionais e algumas das vezes durante o período de recolhimento na cela ⁴⁷.

Sobre as condições dos estabelecimentos prisionais, o CPT referiu as múltiplas deficiências estruturais, higiénicas e sanitárias de vários estabelecimentos prisionais, sendo particularmente ilustrativa a descrição da unidade de Caxias (em estado de absoluta delapidação, sem ventilação adequada, com algumas casas de banho inutilizáveis, paredes revestidas de humidade e vidros de janelas partidos), bem como a descrição da unidade de Lisboa que, em pleno centro da capital, na maioria das alas, para além da séria falta de iluminação artificial, se notava a presença de um odor fétido proveniente dos espaços sanitários, bem como uma séria carência de colchões para os reclusos, estando gastos, imundos e desfeitos. O cenário só poderia ser agravado com a presença de ratos e outros vermes a grassar livremente pelos dormitórios, o que se verificou ⁴⁸.

Em 2020, o CPT apresentou um novo relatório sobre o tema, em resultado da mais recente visita às prisões portuguesas. Apesar da diminuição das taxas de sobrelotação dos vários estabelecimentos, muitas unidades mantêm-se a operar com taxas de ocupação inaceitáveis, como a unidade de Caxias (140%) e a unidade do Porto (145%), o que conduziu o Comité, uma vez mais, a considerar a situação passível de enquadramento como tratamento desumano e degradante ⁴⁹.

⁴⁷ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, pp. 26 e ss.

⁴⁸ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, pp. 27 e ss.

⁴⁹ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report to the Portuguese Government on the Visit to Portugal from 3 to 12 December 2019*, Estrasburgo, 13 de novembro de 2020, pp. 26 e ss.

As alegações de maus-tratos continuam a ser recolhidas, assim como as condições de alguns estabelecimentos prisionais se mantêm inaceitáveis, configurando, na perspetiva do CPT, uma vez mais, um tratamento desumano e degradante dos reclusos nestas condições ⁵⁰.

O artigo 30.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (CRP) é perentório na determinação de que “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. Quando o legislador constitucional elevou a preceito uma disposição desta índole não pretendia estabelecer que, sob o “manto prisional”, toda a supressão de direitos fundamentais é admissível. Naturalmente que a pena privativa da liberdade encerra a privação da liberdade, não só pela sua evidente inevitabilidade, mas desde logo em decorrência do artigo 27.º, n.os 2 e 3, da CRP. Naturalmente que a privação da liberdade inibe, provisoriamente, o direito de deslocação e o direito de emigração (garantido pelo artigo 44.º da CRP). E, naturalmente, a privação da liberdade suprime o direito de reunião pelo menos nos moldes previstos no artigo 45.º, n.º 1, em que o titular do direito não carece de qualquer autorização para o efeito).

No entanto, a supressão de outros direitos fundamentais que não os inerentes à condenação e respetiva execução revela-se uma extra-polação da sentença condenatória, jamais admissível num Estado de Direito Democrático. O direito à vida é inviolável, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, da CRP, mesmo que o titular do direito seja um recluso. Os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação são inalienáveis, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, mesmo que o titular dos direitos seja um recluso. O direito a constituir família é insuprível, nos termos do artigo 36.º, n.º 1, mesmo que o titular do direito seja um recluso.

⁵⁰ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, pp. 28-33.

Assim, quando o direito à vida e o direito à integridade pessoal são violados arbitrariamente ⁵¹, tais supressões não são abarcadas pelas exigências da execução da pena. Quando o direito à saúde é violentado, tal constrangimento não decorre das exigências da execução da pena, muito menos do sentido condenatório da sentença determinadora da privação da liberdade. Por tudo quanto se disse, quando são suprimidos mais direitos fundamentais do que aqueles que a sentença condenatória visou atingir, o Estado falha os seus próprios intentos, à revelia do artigo 25.º, n.º 2, da CRP, que afirma, categoricamente, que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos” e, sem conceder, ao arripio das Nelson Mandela Rules ⁵².

Na esteira de FREUDENTHAL, não subscrevemos, pois, a conceção de que o indivíduo privado da liberdade se encontra numa zona de “não-direito”, razão pela qual entendemos que se mantém, indubitavelmente, portador dos direitos elementares subjacentes à sua condição de ser humano. Um entendimento diferente sempre colidirá com os princípios subjacentes à instituição do Estado Social de Direito, que prescreve ao Estado o dever de auxílio dos grupos diminuídos no seu progresso pessoal e social, independentemente da causa que originou tal condição ⁵³.

⁵¹ Note-se que a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, no seu artigo 94.º, n.º 1, permite a utilização de meios coercivos para afastar o perigo atual para a ordem e segurança do estabelecimento prisional que não possa ser eliminado de outro modo, designadamente para impedir atos individuais ou coletivos de insubordinação, rebelião, amotinação ou evasão; para evitar a prática pelo recluso de atos de violência contra bens jurídicos pessoais, do próprio ou de terceiro, ou patrimoniais; para vencer a resistência ativa ou passiva do recluso a uma ordem legítima; para impedir a tirada de reclusos ou a entrada ou permanência ilegais de pessoas no estabelecimento prisional.

⁵² Mais propriamente, o documento designado por *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, disponível em <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/NMRules.html>.

⁵³ EDUARDO CORREIA, “Assistência Prisional e Post-Prisional”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Suplemento XV (Separata), 1956, pp. 138-139; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983, p. 28; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 84.

1. A compressão do direito à integridade pessoal do recluso

A sujeição de um indivíduo ao confinamento prisional espoleta várias reações carcerárias, decorrências vastamente registadas pela literatura ao longo das últimas décadas ⁵⁴. É, todavia, FOUCAULT quem afirma que, através dos mais subtis métodos corretivos e de controlo, é também sobre o corpo do recluso que a prisão exerce as suas forças, instigando-a a funcionar sobre um “certo suplemento punitivo que diz respeito ao próprio corpo: racionamento alimentar, privação sexual, pancadas, calabouço” ⁵⁵.

As primeiras interferências na esfera corporal e mental do indivíduo que ingressa num estabelecimento penitenciário são passíveis de se revelar imediatamente após a entrada na unidade, documentando-se várias situações que podem englobar um estado absoluto de apatia ou de intensificação emocional ⁵⁶. A aflição provocada ou potenciada pelo ingresso no cárcere já desencadeou as mais variadas reações, sendo ilustrativos os sentimentos de angústia, descompensação do tipo paranoide, perturbação de adaptação ⁵⁷, alucinações e comportamentos autolesivos, sendo estes últimos motivados, por vezes, pela necessidade de diminuir uma tensão psíquica insuportável ⁵⁸. Algumas das reações desvanecem-se ao longo do tempo, todavia, outras prolongam-se na

⁵⁴ Vejam-se, por exemplo, AGUSTÍN FERNANDEZ ALBOR, “Aspectos Criminológicos de las Penas Privativas de Libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, n.º 241, 1981, pp. 235 e ss.; ERVING GOFFMAN, *Internados: Ensayos sobre la Situación Social de los Enfermos Mentales*, 1.ª edição, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001 (3.ª reimpressão), pp. 58 e ss.; JORGE COSTA SANTOS e NUNO MOREIRA, “Atos Suicidas e Outros Comportamentos Autolesivos na Prisão”, in: Carlos Braz Saraiva, Bessa Peixoto e Daniel Sampaio (coord.), *Suicídio e Comportamentos Autolesivos: Dos Conceitos à Prática Clínica*, Lisboa: Lidel, 2014, pp. 415-424.

⁵⁵ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar, cit.*, pp. 22-23 e 38-39.

⁵⁶ NORBERT KONRAD, “Prison Psychiatry”, in: *Ethical issues in Prison Psychiatry*, Nova Iorque: Springer, 2013, pp. 3 e ss.

⁵⁷ Diagnóstico reconhecido pela ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças*, versão 2007, que engloba o aumento dos níveis de ansiedade, perturbações no padrão de sono, pensamentos obsessivos e suicidas.

⁵⁸ JORGE COSTA SANTOS e NUNO MOREIRA, “Atos Suicidas”, *cit.*, pp. 415 e ss.

vida do recluso, sobretudo durante a privação da liberdade, sendo de indicar alguns comportamentos praticamente exclusivos dos indivíduos inseridos no meio prisional, como a ingestão de lâminas, talheres ou pilhas ⁵⁹, mas também as depressões reativas e o complexo de prisão ⁶⁰.

A orientação institucional para a homogeneização dos reclusos, provavelmente herança do sistema dito auburniano ⁶¹, implica, logo à entrada, o despojamento de alguns dos seus atributos próprios, retendo-se todos os bens pessoais, instituindo-se uma rotina inflexível para a realização de atividades como a alimentação e a higiene e não havendo lugar para um desvio do padrão decretado em relação ao vestuário a adotar. GOFFMAN chamar-lhe-ia a “mortificação do eu” ⁶², FOUCAULT a “ortopedia da individualidade” ⁶³.

Tal desconexão com a essência individual de cada um é agravada pela impossibilidade, mesmo nos momentos de reclusão em cela, de privar consigo próprio. Note-se que, por exemplo, no estabelecimento prisional de Caxias, mais concretamente na secção utilizada para alojar os condenados por crimes sexuais, vivem 14 pessoas dentro de uma cela com 33 m², não havendo sequer separação da zona sanitária ⁶⁴. Já no estabelecimento prisional do Porto, a maioria das celas, projetadas originalmente para acomodar uma pessoa, acomodavam, no espaço de 7 m², dois e às vezes três reclusos ⁶⁵.

As alegações de maus-tratos previamente apresentadas parecem não se completar somente por parte dos guardas prisionais, comprometendo ferozmente a integridade física, corporal e psicológica dos

⁵⁹ SANDRA BERNARDES JESUS e SUSANA PINTO ALMEIDA, “A Psiquiatria e a Psicologia em meio prisional”, in: Fernando Vieira, Ana Sofia Cabral e Carlos Braz Saraiva (coord.), *Manual de Psiquiatria Forense*, 1.ª edição, Lisboa: Pactor, 2017, p. 516.

⁶⁰ LUÍS CASTILLON MORA, “Crimen, Personalidad y Prisión”, *Estudios Penales y Criminológicos: La Reforma Penitenciaria*, vol. II, 1978, pp. 65-67.

⁶¹ DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Cárcel*, cit., p. 205.

⁶² ERVING GOFFMAN, *Internados*, cit., pp. 56 e ss.

⁶³ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar*, cit., p. 342.

⁶⁴ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report*, cit., 2020, p. 31.

⁶⁵ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report*, cit., 2020, pp. 32 e ss.

reclusos. De facto, os relatórios do CPT vêm, desde 2012, mencionando permanentemente as referências dos entrevistados às violações do direito à integridade física dos reclusos, designadamente nos estabelecimentos prisionais do Linhó, de Paços de Ferreira e de Lisboa, sublinhando, neste, além das “habituais” agressões, a utilização da “sala 80”, corretivo arbitrário que implica, aparentemente, a privação de água e alimentação, juntamente com a aplicação de sanções físicas ⁶⁶. Também no estabelecimento prisional do Montijo se referiu o “espancamento de boas-vindas”, aparentemente aplicado aos condenados por crimes sexuais ⁶⁷.

Perante o panorama descrito, não é surpreendente que Portugal registre uma das taxas mais altas de suicídio da Europa em meio prisional ⁶⁸.

Tais resultâncias da violação do direito fundamental à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP) e da rotura da proibição de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos) implicam considerar que, ao menos nos moldes atuais, as prisões portuguesas imprimem usurpações constitucionais na esfera dos reclusos.

Tais decorrências não são enquadráveis nas exigências próprias da execução da pena de prisão, nos termos do artigo 30.º, n.º 5, da CRP, antes configurando um *plus* face às já incontornáveis supressões de direitos fundamentais. O próprio Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade assim o diz, no seu artigo 7.º: a execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, o direito à sua integridade pessoal. Assim, o entendimento de que tudo quanto se expôs é um “mal necessário” à execução da prisão não pode colher, pois, conforme assevera DAMIÃO DA CUNHA, a norma visa “dar relevo especial ao estatuto do

⁶⁶ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, pp. 26 e ss.

⁶⁷ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, pp. 28 e ss.

⁶⁸ CONSELHO DA EUROPA, *Annual Penal Statistics — Prison Populations: SPACE I 2020*, Estrasburgo, 15 de dezembro de 2020 (atualizado a 11 de abril de 2021), p. 6.

recluso, subordinando a restrição dos direitos fundamentais daquele que se encontra privado de liberdade a um conjunto de pressupostos, negando-se assim constitucionalmente qualquer possibilidade de conceber a posição jurídica do recluso segundo a figura da relação especial de poder ⁶⁹.

2. Sobre a limitação do acesso à saúde do recluso

À semelhança da análise das taxas de suicídio nas prisões portuguesas, é útil dedicar atenção às taxas de mortalidade neste meio, não só enquanto situação limite de privação da integridade pessoal do recluso, mas também enquanto derivação próxima da privação do direito à saúde.

Em 2019, morreram 64 reclusos nas prisões portuguesas, 11 dos quais devido ao cometimento de suicídio, 53 devido a situação de doença ⁷⁰. Em 2020, totalizaram-se 75 mortes de pessoas reclusas, 21 das quais por suicídio, 54 por doença ⁷¹. Uma vez mais, os estabelecimentos prisionais portugueses ocupam um dos lugares cimeiros também no que à taxa de mortalidade diz respeito, tendo apresentado, em 2019, a mais alta percentagem de mortalidade da Europa ⁷².

O CPT já havia denunciado, em 2018, as deficiências ao nível alimentar nas prisões portuguesas, de resto reiterando as carências nutricionais mencionadas anteriormente nos Relatórios das visitas do Provedor de Justiça a vários estabelecimentos prisionais, em 2016, nomeadamente a falta de qualidade na sua confeção, a parca quantidade face à que é expectável e a inexistência de distinção nutricional em razão da faixa etária, necessidades energéticas e nutritivas ⁷³.

⁶⁹ DAMIÃO DA CUNHA, “Anotação ao Art. 30.º”, in: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 690.

⁷⁰ DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, *Relatório de Atividades e Autoavaliação*, 2019, p. 56.

⁷¹ DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, *Relatório de Atividades e Autoavaliação*, 2020, p. 56.

⁷² CONSELHO DA EUROPA, *Annual*, cit., p. 113.

⁷³ PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (I)* — EP Lisboa, Lisboa, PROVIDORIA

Ao abrigo do Relatório de 2020 do CPT, o problema continua sem resolução ⁷⁴.

Por outro lado, a sobrelotação carcerária, aliada à falta de contratação de pessoal, convoca graves problemas logísticos, comprometendo em grande medida a disponibilização de alimentação adequadamente, a prestação de cuidados médicos devidos e apropriados ⁷⁵, sendo a situação particularmente difícil no Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo (Clínica Psiquiátrica) ⁷⁶.

Existem vários relatos ilustrativos do panorama, podendo enunciar-se, por exemplo, a situação de um recluso que, à data, com 82 anos, se encontrava inserido numa cela totalmente desadequada a qualquer encarceramento, sem prestação de quaisquer cuidados e assistência, completamente vulnerável e desorientado, no Estabelecimento Prisional de Caxias ⁷⁷. Também se assinalou o caso de administração forçada de medicação, designada “injeção SOS”, a um recluso que se recusou a tomar a sua dose diária de medicamentos, tendo sido coagido por três guardas e uma enfermeira e não havendo registo acerca do tipo de fármaco e respetiva quantidade aplicada ⁷⁸.

DE JUSTIÇA, 2016, pp. 5-6; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (VI) — EP Monsanto*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2016, pp. 4-5 e 10; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (VIII) — EP Leiria para Jovens*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2016, pp. 12 e 14; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (IX) — EP Évora*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2017, p. 12; CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, p. 31.

⁷⁴ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, p. 46.

⁷⁵ JOSÉ MANUEL LOURENÇO QUARESMA, “Que (Restrição aos) Direitos Humanos em Ambiente Prisional?”, *Julgar*, n.º 22, 2014, p. 66.

⁷⁶ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, pp. 34-39 e 43-54.

⁷⁷ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report cit.*, 2018, p. 30.

⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report cit.*, 2020, p. 38.

As condições descritas em que se cumpre o encarceramento em Portugal convocam a anotação de dois aspetos relacionados com a saúde dos reclusos. A primeira delas prende-se com o facto de, devido ao comprometimento da integridade pessoal do recluso, se potenciar a suscetibilidade do mesmo à exposição de doenças ou ao agravamento das já existentes. Daqui deve decorrer o especial dever profilático ⁷⁹ do Estado de minorar tal exposição por si próprio provocada. Por outro lado, a situação impeditiva de deslocação em que se encontra o recluso exige que o Estado disponibilize os meios necessários de acesso à saúde por parte do recluso, reforçando a sua tutela, uma vez que o direito fundamental à saúde não é visado — nem poderia — na sentença condenatória que deu origem à sua condição.

Todos os diplomas legislativos relevantes nesta matéria apontam neste sentido. O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade é claro no seu artigo 7.º, n.º 1, *a*), estabelecendo que “a execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, os direitos à proteção da sua vida, saúde, integridade pessoal e liberdade de consciência”, bem como no seu artigo 32.º, n.º 1, que vai mais longe determinado que “é garantido ao recluso o acesso a cuidados de saúde em condições de qualidade e de continuidade idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos”.

Se mais não fosse, a proteção constitucional do direito à saúde pode ser encontrada no artigo 64.º da CRP: “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”. Ainda que a disposição esteja inserida no capítulo dos direitos e deveres sociais, sugerindo, pois, no entendimento de alguma doutrina, uma manifestação menos direta da dignidade humana ⁸⁰ e, por isso, sujeita à reserva do possível ⁸¹, o certo é que, nos dias de hoje, este posicionamento dificilmente se compagina com os princípios subjacentes ao

⁷⁹ A expressão é de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e Prisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 101.

⁸⁰ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 172 e ss.

⁸¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 100 e ss. e 472 e ss.

Estado Social de Direito ⁸², sobretudo no caso dos reclusos, que se encontram vetados a encontrar outra solução que não o recurso à própria instituição ⁸³.

Naturalmente que o direito à saúde e de acesso à saúde decorre também dos instrumentos internacionais protetores da pessoa humana que também é, vale relembrar, o recluso. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 35.º, estabelece que “todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por excelência, também o faz, sobretudo no seu artigo 25.º: “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar (...) a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

Em particular no n.º 9, os Basic Principles for the Treatment of Prisoners ⁸⁴ dirigem-se especificamente à situação frágil dos reclusos, decretando que estes “devem ter acesso aos serviços de saúde disponíveis no país, sem discriminação com base na sua situação legal” ⁸⁵.

Assim sendo, todos os diplomas parecem encaminhar-se para a consideração de que aos reclusos não devem colocar-se constrangimentos de ordem logística, financeira ou situacional no acesso à saúde e à sua concretização, devendo ser providenciado e garantido o direito à saúde, mais do que independentemente da situação do recluso, mas precisamente por causa dela. Neste sentido, a privação da liberdade

⁸² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 89-103.

⁸³ No sentido de que o Estado adquire deveres especiais no que toca à proteção da saúde dos reclusos, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia do Direitos do Homem Anotada*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 91-94.

⁸⁴ Resolução n.º 45/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990.

⁸⁵ Tradução nossa.

não pode revelar-se um veículo de supressão também deste direito fundamental, alcançando um “nível tal que frustre níveis adequados de bem-estar, sendo a saúde do recluso um dos fatores primários de ponderação” ⁸⁶.

3. Acerca do constrangimento da expressão da sexualidade do recluso

Diante das múltiplas falências individuais conferidas aos reclusos através da aplicação da pena de prisão nas unidades portuguesas, não seria surpreendente que a expressão da sexualidade ocupasse um lugar diminuto no ideário da população encarcerada, pelo menos face às adversidades que se encontram forçados a enfrentar.

Todavia, o constrangimento já revelou, em tempos, ser um impedimento de relevo para os reclusos ⁸⁷, tendo mesmo sido apelidado de “magno problema” ⁸⁸. A própria remodelação da arquitetura do sistema penitenciário, abrindo as portas à comunidade próxima do recluso, é reveladora da necessidade de incorporação de mecanismos de estabelecimento de vínculos pessoais, sobretudo com o exterior. Destaca-se a faculdade de realização de telefonemas e de envio de correspondência, a possibilidade de receção de visitas em horário pre-determinado, bem como a hipótese de solicitação de visitas íntimas.

Na verdade, a expressão da sexualidade é também ela uma das formas mais significativas da sociabilidade dos indivíduos ⁸⁹. A proteção da sexualidade brota, por isso, constitucionalmente, do direito

⁸⁶ OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, *Direito à Saúde de Recluso (Relatório)*, 2013, p. 4.

⁸⁷ Quando, em 1976, os reclusos de prisão de Carabanchel foram questionados acerca da sua primeira reivindicação face ao sistema penitenciário, as respostas encaminharam-se no sentido da necessidade de obtenção de satisfação sexual sem o recurso exclusivo a revistas, recordações e fantasias. Cfr. JUAN JOSÉ CABALLERO, “Sentido de la Homosexualidad en la Prisión”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 9, 1979, p. 120.

⁸⁸ CARLOS GARCÍA VALDÉZ, *Teoría de la Pena*, Madrid: Tecnos, 1985 (reimpresão de 1987), p. 159.

⁸⁹ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, 4.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

à dignidade, plasmado no artigo 13.º, do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 25.º, dos direitos à família, casamento e filiação, vertidos nos artigos 36.º e 67.º e do direito à liberdade de expressão, contido no artigo 37.º, n.º 1. Assim, um sistema penitenciário que assenta num direito penal comprometido com a ressocialização do recluso não poderia descartar a vertente conectiva que as relações sexuais adquirem na esfera do condenado, sendo o momento da visita íntima, por isso, um dos últimos redutos de conexão com a vida *extramurus*.

O ordenamento jurídico português admite a realização de visitas íntimas nos termos do disposto no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, designadamente no artigo 59.º, n.º 3, bem como no Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais⁹⁰.

O artigo 120.º, n.º 1, do último diploma é claro ao dispor que “pode ser autorizado a receber visitas íntimas o recluso que não tenha beneficiado de licença de saída jurisdicional há mais de seis meses e que, à data do início da reclusão, seja casado ou mantenha relação análoga à dos cônjuges ou relação afetiva estável com pessoa que tenha sido indicada (...) e visite regularmente o recluso ou mantenha com ele correspondência regular”. O n.º 2 alarga a faculdade de solicitação da visita íntima às relações que se estabeleçam após o momento do encarceramento. Cada recluso pode beneficiar de apenas uma visita mensal, pelo período máximo de três horas, nos termos do artigo 122.º, n.º 1 e n.º 4, do mesmo diploma.

No entanto, ainda que implementando um mecanismo de dignificação do direito à sexualidade dos reclusos, a configuração do sistema de visitas íntimas português não pode furtar-se a ponderadas críticas. Vejam-se duas.

Por um lado, a norma ignora a esfera dos reclusos que, não sendo casados, também não mantêm uma relação análoga à dos cônjuges ou sequer uma relação estável com correspondência regular. Ora, naturalmente, a necessidade de expressão da sexualidade do indivíduo não casado é a mesma, em termos gerais, da do indivíduo que o é. Desta

⁹⁰ Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril.

feita, a norma parece sugerir que o Estado privilegia uma certa manifestação da sexualidade, especificamente aquela que se estabelece no círculo de uma relação afetiva estável, e, se o faz, tal revela-se uma decorrência inadmissível face ao quadro constitucional português, que proíbe convictamente toda e qualquer forma de discriminação, mormente resultante do artigo 13.º da CRP e, bem assim, do n.º 2 dos Basic Principles for the Treatment of Prisoners. Se o faz, a norma parece, pois, apontar para a necessidade de proteção da esfera familiar, ao invés da esfera do próprio indivíduo recluso, encaminhamento que não pode colher. Acresce, ainda, a agravante de nem todas as unidades disponibilizarem a possibilidade de realização de visitas íntimas, apenas o fazendo, à data de 2020, 50% dos estabelecimentos prisionais (ou, se se considerar o sistema de cooperação entre unidades, então 67% dos estabelecimentos facilitam a realização da visita) ⁹¹.

Por outro lado, o estabelecimento de um limite temporal e de periodicidade inflexíveis transformam as visitas íntimas num mecanismo frequentemente desadequado à consagração do direito à sexualidade do recluso. O constrangimento temporal, tiquetaqueando a concretização da visita, desconsidera qualquer espontaneidade na relação entre os indivíduos, qualquer conteúdo afetivo subjacente às relações sexuais entre cônjuges ou companheiros e reduz significativamente a expressão psicológica afetiva, tornando a visita íntima, em geral, furtiva, mecânica e artificial ⁹².

A somar às limitações à expressão da sexualidade, existem menções à ocorrência de agressões sexuais a reclusos. O campo das violações e agressões sexuais dentro das prisões não é facilmente investigável, repousando sobretudo no domínio dos testemunhos e não decorrendo propriamente de trabalhos científicos ⁹³. Porém, é inultrapassável a referência a alguns episódios relatados nas prisões portuguesas, nomeadamente

⁹¹ DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, *Relatório cit.*, 2020, pp. 160-163.

⁹² JULES QUENTIN BURSTEIN, *Conjugal Visits in Prison: Psychological and Social Consequences*, Washington DC: Lexington Books, 1977, p. 98.

⁹³ GWENOLA RICORDEAU e RÉGIS SCHLAGDENHAUFFEN, “Approcher La Sexualité dans Les Institutions Pénales”, *Champ Pénal/ Penal Field*, vol. XIII, 2016, pontos 20-23.

o que terá ocorrido, em 2013, no Estabelecimento Prisional da Carregueira, em que um recluso foi alegadamente sujeito a várias sodomizações por parte de outros três reclusos, durante três dias, que se socorrem do cabo de uma vassoura ⁹⁴, bem como o que terá ocorrido, em 2014, no Estabelecimento Prisional de Paços de Ferreira, em que um dos reclusos foi alegadamente agredido sexualmente na própria cela pelo colega de dormitório ⁹⁵. Em todo o caso, os testemunhos têm-se sucedido e, do trabalho encetado por AZEVEDO SILVA, resultam alguns números ilustrativos: em 16 reclusos do sexo masculino entrevistados, 10 alegam pelo menos um episódio de violência sexual ⁹⁶.

A situação dos reclusos LGBTI+, no âmbito da expressão da sexualidade e sujeição a violência, nas prisões em geral, é sobejamente mais difícil ⁹⁷.

4. Ainda: o caráter transcendente da pena privativa da liberdade

Expostos os diferentes extravasamentos adjacentes ao cumprimento do encarceramento, que não se esgotam nos expostos, também a pena privativa da liberdade comporta uma repercussão violenta na rede relacional do recluso. Um dos principais problemas reportados a este nível conhece até designação própria: o efeito da prisionização secundária. Segundo o referido fenómeno, à pena de

⁹⁴ FILIPA AMBRÓSIO DE SOUSA, “Estado pode ser Condenado por Violação na Cadeia”, *Diário de Notícias*, 26 de fevereiro de 2014.

⁹⁵ ANA CRISTINA PEREIRA, “Agressões Sexuais dentro das Prisões?”, *Público*, 3 de setembro de 2017.

⁹⁶ ANTÓNIO RICARDO AZEVEDO SILVA, *Homens “Verdadeiros” não fazem Sexo na Prisão: Vivências da Sexualidade na Reclusão*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2016, *passim*.

⁹⁷ Sobre o tema, podem ver-se: RELATOR ESPECIAL SOBRE A TORTURA AO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU, *Study on the Phenomena of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in the World, Including an Assessment of Conditions of Detention*, 5 de fevereiro de 2010, §231; e, por exemplo, APT, *Pessoas LGBTI Privadas de Liberdade: Parâmetros para o Monitoramento Preventivo*, 2.ª edição, Londres: Penal Reform International, 2015, pp. 12-14.

prisão subjazem efeitos que transcendem a esfera do recluso, repercutindo os seus resultados colateralmente e atingindo outros indivíduos que não os visados pela sanção (como, por exemplo, o cônjuge, os descendentes ou os ascendentes) ⁹⁸, submetendo-os às instituições penais, alterando os seus modos habituais de vida ⁹⁹ e provocando, muitas vezes, o afastamento e a desvinculação familiar.

As visitas encontram-se limitadas a dois períodos semanais, de uma hora cada, no máximo, nos termos do disposto no artigo 111.º, n.º 1, do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, e a uma chamada para o exterior diária, com a duração máxima de 5 minutos, de acordo com o artigo 132.º, n.º 1, do mesmo diploma. Feitas as contas, o recluso pode contar com cerca de 2 horas e 5 minutos de interação semanal direta com o seu círculo relacional, excetuando o período da visita íntima mensal, se aplicável. Esta limitação brutal com a rede exterior promove a desintegração pessoal e a desconexão social, de modo que, no esforço de “salvar os restos do naufrágio pessoal, produz-se uma readaptação ao novo contexto físico e relacional, que tem sido designado por processo de prisionização” ¹⁰⁰, um fenómeno de absorção da subcultura da prisão.

Desapartado do contacto íntimo com o círculo próximo, a esterilidade do ambiente prisional também não parece contribuir em grande medida para a progressão pessoal do recluso. Acresce que o sistema prisional português continua a registar um dos períodos de permanência mais altos da Europa de reclusos no cárcere, com um valor 25% mais alto do que a mediana europeia ¹⁰¹, renovando diariamente, durante um tempo alargado, as maleitas da privação da liberdade.

⁹⁸ MEGAN COMFORT, “In the Tube at San Quentin: The ‘Secondary Prisonization’ of Women Visiting Inmates”, *Journal of Contemporary Ethnography*, vol. 32, n.º 1, 2003, pp. 77-107.

⁹⁹ CARLOS SANTOS JORGE, *Prisionização Secundária: A Outra Face da Prisão*, Dissertação de Mestrado em Sociologia apresentada à Universidade da Beira Interior, 2011, *passim*.

¹⁰⁰ Tradução nossa. Cfr. PEDRO JOSÉ CABRERA CABRERA, “Cárcel y Exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 35, 2002, p. 88.

¹⁰¹ CONSELHO DA EUROPA, *Annual cit.*, p. 6.

Naturalmente, nesta conjuntura, na ausência de alternativa ou porque o próprio o pretende, o cárcere remete o recluso para a socialização *intramuros* ¹⁰², com as suas idiossincrasias e gírias próprias, promovendo a desaculturação da vivência em comunidade livre e revelando o grande paradoxo do atual objetivo reintegrador da pena privativa da liberdade: instruir os reclusos a viver em liberdade, mas não sem antes dela os privar ¹⁰³.

Por fim, além de tudo quanto se disse, alumiar o tema da transcendência do cárcere é incompatível com a ocultação do estigma associado aos indivíduos que o abandonam, comprometendo, enquanto detentores desse distintivo, toda a sua vida daí em diante ¹⁰⁴.

IV. Notas conclusivas

A pena privativa da liberdade, malgrado as implicações que a sua concretização implica na esfera do recluso, não deixa de ser uma conquista notável da modernidade ¹⁰⁵. Face às contusões, muitas vezes literais, que se aplicaram aos indivíduos reclusos ao longo dos séculos,

¹⁰² Ou, no caso do regime da prisão de segurança máxima (Monsanto), em que não existe partilha de cela, a um isolamento demolidor, contando que os reclusos permanecem fechados na cela durante 21 a 22 horas por dia, sendo as refeições e a higiene realizadas no mesmo local. Cfr. CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report cit.*, 2018, p. 48; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça — EP Monsanto cit.*, pp. 4, 9 e 10.

¹⁰³ IÑAKI RIVERA BEIRAS, *Descarcelación: Principios para una Política Pública de Reducción de la Cárcel (Desde un Garantismo Radical)*, Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 30.

¹⁰⁴ Ou, nas palavras de FRANCESCO CARNELUTTI, *As Misérias do Processo Penal*, São Paulo: Editora Pillares, 2009, cap. XI, “as pessoas acreditam que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas acreditam que a pena termina com a saída da prisão e não é verdade. As pessoas pensam que a prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis outra ilusão. Se não sempre, nove em cada dez vezes a pena não termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não”.

¹⁰⁵ Assim o assinala PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “O Futuro dos Estudos Penitenciários”, *Revista Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, p. 301.

as condições em que se cumpre o cárcere atualmente são um verdadeiro passo civilizacional em direção ao humanismo penal.

Ainda assim, também as sensibilidades se afinam e é hoje legítimo afirmar que, no cerne do século XXI, determinadas máculas se elevaram à categoria da inadmissibilidade, por mais que tenham sido toleradas — e até incentivadas — durante largas eras. Terá sido esse afinamento que encetou o caminho em direção à implementação da privação da liberdade como sanção principal, abandonando um legado de corretivos inomináveis ao redor do mundo. Todavia, também hoje é o tempo resultante de outras conquistas civilizacionais, que insta ao respeito pelos direitos fundamentais e humanos e que não se compadece com mutilações arbitrárias de direitos adquiridos.

À vista do que se disse, é com assombro que se assiste — não obstante todas as advertências internacionais, constitucionais e legais — ao atropelo da dignidade humana nas cadeias portuguesas, comprometendo, reiteradamente, os direitos dos reclusos à vida, à integridade pessoal, à saúde, à sexualidade, inteiramente resultantes da sua condição de pessoa humana. É, por isso, contraproducente que o futuro da ciência penitenciária em Portugal ainda se encaminhe em direção à construção de mais cárceres.

Estamos cientes de que o trabalho que procurámos desenvolver na presente investigação não dedica particular atenção às melhorias que se têm verificado nos estabelecimentos prisionais portugueses nas últimas décadas, salvo honrosas exceções. Não descuramos (nem o poderíamos) que “o sistema prisional português, mesmo em termos de direito comparado, é tendencialmente humanizado e inclusivo”¹⁰⁶. No entanto, pretendemos, declaradamente, concentrar os nossos esforços na intenção objetiva de denunciar as carências humanistas que ainda se verificam nas prisões portuguesas. Alguns dos problemas enunciados não são, certamente, a realidade que se reflete maioritariamente ao nível dos estabelecimentos prisionais portugueses, pelo menos na generalidade das situações descritas. Contudo,

¹⁰⁶ JOSÉ MANUEL LOURENÇO QUARESMA, “Que (Restrição aos) Direitos Humanos” *cit.*, p. 68.

considerámos pertinente elevar a denúncia neste trabalho, autonomizando-o das melhorias e dos aspetos benignos que se podem observar nas cadeias portuguesas, precisamente tendo em vista a ilustração das situações que nos parecem intoleráveis no território de um Estado que se afirma porta-estandarte dos direitos humanos. Ainda que determinados episódios descritos se apliquem, tenham aplicado ou venham a aplicar a um conjunto reduzido de pessoas (ou até num único estabelecimento prisional), uma pessoa já seria uma a mais. Não nos parece que tais usurpações — graves — dos direitos fundamentais, vincadamente protegidos constitucionalmente, devam ser reduzidos à prosaica máxima de que “são a exceção que confirma a regra”. Não são. Não há lugar à exceção no espectro da dignidade humana.

A proteção do recluso deriva de uma proteção de triplo nível legislativo, com vasta normativa tendente à promoção da inviolabilidade da sua esfera. É, por isso, insustentável que, sob o manto da aplicação de uma pena privativa da liberdade, toda e qualquer supressão de direitos fundamentais seja executada, extrapolando o sentido da sentença condenatória. E é, também por isso, ininteligível que os muros continuem a erguer-se, contornando abertamente as rotas de reforma da punição.

Perda de bens sem condenação

Fragilidades da regulação penal e processual *

Helena Martins Andrade

*Mestre em Ciências Jurídico-Criminais
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra*

Introdução ¹

Líamos, na versão inicial do Código Penal de 1982, que “A perda dos objectos tem lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada”, deixando para trás a natureza jurídica de efeito da condenação e abrindo novas possibilidades para o confisco.

Embora a figura normativa da perda não dependente de uma condenação penal não seja nova no direito penal português, não deixa de ser um mecanismo *estranho* à dinâmica e à categoria das consequências

* O texto corresponde, no seu essencial, à Dissertação de Mestrado, “*Fragilidades da Regulação Penal e Processual da Perda de Bens Pertencentes a Terceiros e da Perda Sem Condenação*”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a 30 de novembro de 2023, disponível *online* <https://hdl.handle.net/10316/111051>.

¹ Embora a perda a que se refere o art. 7.º da Lei n.º 5/2022, de 11 de janeiro, seja também uma hipótese de perda sem condenação, não nos queremos referir a essa em momento nenhum do nosso texto, uma vez que a perda *clássica* (ou a perda do Código Penal) sem condenação pressupõe a falta de qualquer condenação por aquele facto ilícito típico que impulsiona a decisão de perda, enquanto que na hipótese de *perda alargada*, embora não tenha relação com o facto ilícito típico e não esteja ligada à condenação (daí também ela ser perda sem condenação), a perda do património (incongruente) pressupõe uma prévia condenação. *Vide* MÁRIO FERREIRA MONTE, “‘Buracos ‘Negros’ no processo Penal?”, *in: Prof. Doutor Augusto Silva Dias — In Memoriam*, Volume II, AAFDL — 2022, p. 451.

jurídicas do crime, o que leva a algumas dificuldades na previsão desta figura ².

O art. 4.º da Diretiva 2014/42/UE prevê que os Estados Membros tomem as medidas necessárias para assegurar a perda, “sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de um processo à revelia”.

No entanto, o n.º 2 vem estabelecer que se não for possível a perda naquelas condições, e “pelo menos se tal impossibilidade *resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido*”, os Estados-Membros adotam medidas para permitir a perda, “nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo”.

Embora já constasse da nossa regulação penal, a Diretiva trouxe algumas mudanças ao nosso ordenamento jurídico. Não obstante, confrontados com o estudo, confrontados com o estudo do regime da perda não dependente de uma condenação, chegamos ao desencadeamento do processo e o estudo cessa. Não sabemos nada mais. Como se processa? De quem é o impulso? No âmbito de que processo: do principal ou de outro? O processo continua para efeitos de perda, mesmo contra terceiros? O pedido de perda — contra o agente ou contra terceiro — tem, sob pena de nulidade, de constar da acusação? E se a contumácia cessar? O que acontece à decisão de perda se a decisão do processo principal for de absolvição?

São muitas as questões, mas escassas as respostas. Numa altura em que, não raras vezes, vemos ser discutidas soluções ou mecanismos para combater as mais diversificadas formas de ocultação das vantagens e do produto do crime, urge o estudo do que existe no ordenamento jurídico e que, munido de uma regulação condizente com as necessidades, será a arma mais poderosa para a prevenção da prática de crimes.

² Vide JOSÉ 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 Desferro Ferreira, Elina Lopes Cardoso, João Conde Correia, *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, p. 241.

1. As alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

No artigo 110.º, n.º 5 do Código Penal, que se refere à perda de produtos e vantagens do crime, passa a ler-se, com as alterações efetuadas pela Lei 30/2017, de 30 de maio, que a perda “tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”.

O legislador refere-se a duas situações específicas em que pode ocorrer a perda sem prévia condenação, são elas: a morte do agente e a declaração de contumácia. É de ressaltar que estas não são taxativamente as únicas situações, uma vez que o legislador utiliza o vocábulo “incluindo”, não fechando as hipóteses³ em que o confisco pode ocorrer sem necessidade de prévia condenação.

A confirmar o que menciona naquele artigo, a Lei 30/2017 aditou ao art. 127.º do CP um n.º 3, onde podemos ler que a “extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.

É nítido que o legislador português ousou mais do que o europeu, não se bastando com a impossibilidade resultante de doença ou de fuga do suspeito ou arguido a que a Diretiva fazia referência⁴.

Na verdade, os casos de fuga ou doença já eram parcialmente regulados pela nossa legislação processual penal, uma vez que esta prevê o julgamento na ausência nos casos em que o arguido tenha

³ ANTERO TAVEIRA considera que os casos a que o legislador abriu portas ao usar a expressão “incluir” é à amnistia e à prescrição, sendo que a sua inclusão vem a ser confirmada ou pelo menos exigida pela mais recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio, de 2022, disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245&from=EN>. Cf. ANTERO TAVEIRA, “Algumas notas sobre o regime penal e processual penal da perda sem condenação”, in: Norberto Martins, João Conde Correia (coords.), *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 284-287.

⁴ Nesse sentido, também JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 245. O autor conclui com “Pena foi que o legislador não regulamentasse o prosseguimento do processo”.

sido regularmente citado. Ou, de um modo mais simples, desde que tenha sido possível o arguido prestar termo de identidade e residência, porque caso isso não ocorra será declarado contumaz perante a ausência ao julgamento (arts. 333.º e 334.º CPP).

Apesar daquelas previsões, o Conselho Superior do Ministério Público, no Parecer sobre a Proposta de Lei 51/XIII/2 teceu duras críticas, acusando o legislador de continuar a associar o confisco à condenação, uma vez que a possibilidade de julgamento na ausência é limitada e claramente insuficiente para cumprir as exigências da Diretiva 2014/42/UE⁵. Felizmente as críticas surtiram efeito e o legislador, com mérito, acrescentou ao art. 335.º do CPP, um novo n.º 5, em que prevê expressamente o prosseguimento do processo para efeitos de perda mesmo quando o agente tenha sido declarado contumaz.

Não ignorando esta meritória opção legislativa, é unânime na doutrina que as alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017 ficaram aquém, não só das expectativas, mas do que era necessário para a própria segurança jurídica. JOÃO CONDE CORREIA dizia que “confiar tanto na bondade da doutrina e no acerto da jurisprudência é demasiado arriscado, sobretudo quando está em causa uma matéria tão polémica”⁶, no entanto e, tomando de empréstimo as palavras de CRUZ BUCHO, “O legislador português optou, porém, por correr esse risco”⁷.

1.1. Declaração de contumácia

Lemos, com MARIA JOÃO ANTUNES, que “a declaração de contumácia é um mecanismo de desmotivação da falta do arguido à audiência

⁵ Conselho Superior do Ministério Público, Parecer relativo à Proposta de Lei 201/2016, referente à transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia, 2017, disponível online em <https://www.parlamento.pt/>, pp. 8-10.

⁶ JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 2, 2014, p. 106.

⁷ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 241.

de julgamento”⁸. Referimo-nos à contumácia a propósito da presença ou, mais corretamente, da ausência, por ter sido impossível notificá-lo regularmente ou impossível a sua detenção para garantir a presença em audiência de julgamento.

O art. 335.º, n.º 3 do CPP deixa claro que a declaração de contumácia “implica a suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação ou à detenção do arguido”, embora, como vimos, permite agora a sua continuação para efeitos do instituto estudado.

1.2. Morte do agente

Quanto à morte do agente, sabíamos já que a morte extingue o processo penal (art. 127.º e 128.º CP), o que está intimamente ligado com o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal. É, aliás, o art. 30.º, n.º 3 da CRP que estabelece que “a responsabilidade penal é insuscetível de transmissão”, o que justifica que após a morte não se prossiga com o procedimento criminal.

O que subjaz, no entanto, à consequência da perda parece ser mais do que a responsabilidade penal do agente, uma vez que a finalidade penal do confisco não se confunde com a finalidade da punição, mostrar que o “crime não compensa” é atacar os bens, uma censura dirigida à origem ilícita dos bens e não ao agente. O que se pretende é continuar a eliminar os vestígios de que o crime pode compensar, ainda que já não para aquele que perdeu a vida, mas para quem o sucede.

Quanto à hipótese morte do agente levanta-se uma outra questão cuja solução terá consequências práticas significativas: sabemos já que a condenação não é requisito para a perda, mas e a existência anterior de um processo?

ANNA MARIA MAUGERI revelou considerar a norma da Diretiva bastante protetora exatamente por considerar que aquela exigia um prévio processo por uma infração penal tendo em conta o disposto no art. 4.º, n.º 2, “tomam as medidas necessárias para permitir a

⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 4.º Edição, 2022, p. 228.

perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal”.

Segundo a autora, a Diretiva acaba por apenas incluir os casos em que não foi possível realizar o julgamento devido à ausência física, não fazendo qualquer menção àqueles casos em que o facto ilícito ocorreu e, embora não seja possível a sentença condenatória (nem a identificação de um suspeito), a existência do facto é fonte de produtos ilícitos que devem ser subtraídos porque o crime não pode ser fonte de enriquecimento ⁹. No entanto, como bem lembra, a Diretiva impunha apenas regras mínimas e nada impedia os Estados de consagrar possibilidades mais amplas do que as exigidas.

Em Espanha legislou-se de uma forma muito próxima à norma europeia e, no art. 127.º *ter* 2 do Código Penal Espanhol ¹⁰, faz-se referência a uma impossibilidade de prosseguir a ação penal, pressupondo, por isso, a sua pré-existência. Para TOMÁS FARTO PIAY ¹¹, resulta da interpretação literal daquelas normas que a perda sem condenação apenas ocorre quando o processo penal já se tenha iniciado e mesmo nessa hipótese, só quando o suspeito haja sido constituído como arguido. No entanto, o mesmo autor considera que a solução literal frustra o objetivo do confisco, que não esqueçamos, é também fazer crer a comunidade que o crime não compensa, e, por isso, parece-lhe que o falecimento do agente não pode ser um obstáculo para a tramitação deste processo.

No nosso ordenamento jurídico, há quem já se tenha pronunciado sobre o tema ¹². Entende-se que não faz qualquer sentido que não

⁹ ANNA MARIA MAUGERI, “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un ‘work in progress’”, *Direito Penale Contemporaneo*, Revista Trimestrale 1/2015, p. 325 e s.

¹⁰ Onde se pode ler: “*El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal*”.

¹¹ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 289 e s.

¹² CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O processo de perda não baseada numa condenação”, *in*: Norberto Martins, João Conde Correia (Coord.), *O Confisco não baseado*

seja possível instaurar-se o processo “só porque o óbito ocorreu antes do início formal do processo”. Para exemplificar, apresenta a hipótese do agente corruptor passivo que morre enquanto transportava consigo uma quantia significativa. Questiona o autor que sentido faria, descobrindo-se o facto, que não se pudesse instaurar um processo penal para se decidir pela perda daquele montante pecuniário que significaria a vantagem (a obter).

Quanto a nós, parece-nos que tal solução resulta da norma europeia, tal como apontou ANNA MARIA MAUGERI, no entanto, tal não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico. Nesse caso e não gozando a Diretiva de eficácia direta, nada obsta, no direito processual português, que se inicie o processo penal após a morte do agente e, declarado extinto por morte, se siga para efeitos de declaração de perda.

1.3. Outras hipóteses de perda sem condenação no CPP

Vimos já que a formulação usada pelo legislador, “incluindo”, nos leva a crer que não é apenas a morte do agente e a declaração de contumácia que dão lugar ao prosseguimento do processo para perda, embora sem decisão de condenação. No entanto, ainda que consideremos que a intenção do legislador foi a de não fechar a possibilidade para os casos que enumera na lei, temos dúvidas da possibilidade prática de prosseguimento do processo por outras razões que não as literalmente incluídas ¹³, à exceção da hipótese de doença grave e/ou prolongada.

numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?, Coimbra, Almedina, 2023, p. 378, nota de rodapé 37.

¹³ Referindo-se a uma “impossibilidade prática” de “prosseguir o processo de perda nos casos não literalmente incluídos” *vide* CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 370. No sentido que a morte e a contumácia são indicações, “meramente exemplificativas”, *vide* HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Tipologias substantivas de confisco das vantagens: os diferentes caminhos para garantir que o crime não compensa”, *in*: Norberto Martins, João Conde Correia (Coord.), *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?*, Coimbra, Almedina, 2023, p. 168.

Já antes da Diretiva, o art. 268.º, al. e), CPP permitia ao juiz de instrução, com competência exclusiva, “Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º”¹⁴.

É certo que nem todos os fundamentos que constam do n.º 1 do art. 277.º coincidem com a possibilidade de declaração de perda¹⁵ (nomeadamente quando o MP tenha recolhido prova da não verificação de crime). Já quanto ao n.º 2 do mesmo artigo, entende-se inteiramente que prossiga para efeitos de perda.

Pode o juiz de instrução declarar a perda dos bens apreendidos em caso de arquivamento na sequência do cumprimento de todas as injunções e regras de conduta no âmbito da suspensão provisória do processo (art. 282.º, n.º 3).

Ainda, em caso de arquivamento por razão de dispensa de pena (art. 280.º), embora esta hipótese possa estar prestes a ver o seu fim. Referimo-nos¹⁶ à nova proposta de Diretiva, de 2022, em que se lê no Considerando 26: “Por razões de proporcionalidade, a perda de bens sem condenação prévia deve limitar-se aos casos de crimes graves”, e, embora o âmbito subjetivo daquela proposta não inclua crimes passíveis de dispensa de pena, poderá ser um incentivo para a previsão fora do âmbito de aplicação daquele instrumento.

Se assim for, deixará de constar naquela norma de autorização de decisão de perda (art. 268.º, n.º 1, al. e) CPP) a referência ao art. 280.º, uma vez que decidindo-se pela dispensa de pena significará que o crime objeto de investigação não é suficientemente grave, e se não o é para a punibilidade, deixamos de o considerar também para efeitos de perda sem condenação.

Entendemos até agora que se admite a perda sem condenação em caso de arquivamento do processo e, sobretudo, quando nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso

¹⁴ Versão anterior à alteração realizada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em que se acrescentou: “*com expressa menção das disposições legais aplicadas*”.

¹⁵ Assim também ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 290.

¹⁶ Com ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 291, nota de rodapé 24.

de declaração de contumácia e de morte. O que fica por responder é: como? De que forma prossegue a perda nestes dois últimos casos?

Nos casos de arquivamento, plasmados naqueles artigos que mencionamos, o legislador já nos tinha fornecido a solução: o juiz de instrução, após o MP proceder ao arquivamento, declara a perda com expressa menção das disposições legais aplicáveis (art. 268.º, n.º 1, al. e) CPP). Deparamo-nos, no entanto, com uma “total omissão da regulamentação do procedimento com vista ao confisco em caso de morte do agente e, sobretudo, em caso de contumácia”¹⁷.

2. Perda de bens de terceiro não baseado numa condenação?

Importa questionar se, quando legislador diz que a extinção do processo penal pela morte do agente ou a suspensão do processo por razão de declaração de contumácia não impedem o prosseguimento para efeitos de declaração de perda, ele se quer referir aos instrumentos, produtos e vantagens pertencentes (apenas) ao arguido ou se, por outro lado, a perda de bens de terceiro também é possível quando não há condenação.

O legislador não distinguiu. E, embora se possa argumentar que o art. 111.º CP é um regime excecional da perda e que a previsão de perda sem condenação consta, apenas, nos arts. 109.º e 110.º, certo é que, como bem argumenta CRUZ BUCHO, “seria paradoxal que a fuga ou a morte do arguido não impedisse o terceiro de continuar a desfrutar de um património ilícito, em clara contradição com as finalidades do instituto do confisco sem condenação”¹⁸.

O tema é comum à ordem jurídica do país vizinho. O legislador espanhol no art. 127.º *ter* 2 CPE deixa o entendimento de que a perda constante naquele artigo só pode ser dirigida contra o arguido formalmente constituído ou contra o arguido em relação ao qual existam

¹⁷ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 264. Com as mesmas críticas, *vide* MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 453.

¹⁸ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 249. *Vide* também, sobre este tema, JOÃO CONDE CORREIA, “Non-Conviction Based Confiscations”, *ob. cit.*, p. 84.

indícios racionais de criminalidade. Além disso, o n.º 1 do mesmo artigo começa com “*El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena*”, não constando desses artigos a perda de terceiros. Por outro lado, o artigo sobre a perda de bens pertencentes a terceiro prevê a perda das modalidades dos artigos anteriores, sendo que nesses “anteriores” se inclui a perda sem condenação.

A lei processual, no entanto, é mais clara na intenção que revela, ao referir-se expressamente ao terceiro afetado pela perda, no art. 803.º *ter j*, n.º 3, artigo sobre a legitimidade passiva deste instituto.

Por isto, conclui a doutrina que outra coisa não se pode deduzir da letra da lei e da vontade do legislador, e que se outra coisa se entendesse conflituária com a finalidade da perda ¹⁹.

3. Regulação processual da perda de bens sem condenação

A lei penal prevê que em caso de morte ou contumácia, o processo segue para efeitos de perda, mas não em que termos, não a sua tramitação, regras ou garantias para os afetados.

Entendemos que a tomada de decisão far-se-á, por falta de outra indicação, no âmbito do processo penal *principal* ²⁰, sendo certo, no entanto, que há outras formas de tramitar a perda, nomeadamente através do modelo adotado pelo ordenamento jurídico espanhol aquando da transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE.

Assim, propomo-nos a, num primeiro momento, expor o regime espanhol, para depois, com o auxílio daquele ordenamento jurídico,

¹⁹ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 38, 2016, p. 18 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 311-313.

²⁰ MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 448, nas considerações sobre o que ficou por responder refere-se a saber se as declarações do terceiro devem ser feitas na audiência de julgamento, “no processo penal que se apura o facto típico e ilícito, ou num processo separado?”, abrindo assim a hipótese de o processo para a perda possa ser separado do processo principal.

levantarmos questões e ensaiarmos respostas. A nossa proposta é a de que aprendamos com o exemplo e que, não só (finalmente) se legisle, como também se supere, *ab initio*, aquelas que são as falhas dos que já legislaram.

3.1. A perda sem condenação na legislação espanhola

A perda sem condenação no ordenamento jurídico espanhol remonta a 2003, uma vez que foi introduzido no Código Penal pela Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre²¹, no n.º 3 do art. 127.º do CPE. A introdução desta forma de confisco rompeu com aquele entendimento de que, por força da inserção sistemática da previsão da perda, esta teria natureza de consequência acessória, o que tornava impossível o confisco nos casos de falecimento do arguido, de rebeldia ou de incapacidade física ou psíquica, uma vez que “*la medida no seria “accesoria” de nada*”²².

É precisamente no âmbito da perda sem condenação que a Lei n.º 41/2015, de 5 de outubro²³ mais inova, com a previsão de um procedimento judicial autónomo para a determinação da decisão de confisco, o *procedimiento de decomiso autónomo*²⁴. O *Proceso (ou prodecimiento) de Decomiso Autónomo* é entendido na própria lei como a ação pela qual se requer a perda de instrumentos, produtos, vantagens ou valor a eles equivalentes (art. 803.º *ter* e LECrim).

²¹ Disponível online em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>.

²² EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015” *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Eduardo A. Fabián Caparrós e Nicolás Rodríguez García (directores), *Recuperación de Ativos Y Decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales ibero-americanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 440.

²³ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

²⁴ Embora a doutrina prefira usar *proceso* ao invés de *procedimiento* por se tratar de um instrumento utilizado para o exercício da função jurisdicional do Estado, cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 251 e 252.

No atual art. 127.º *ter* do CPE encontramos a previsão da perda sem condenação e os fundamentos para lançar mão deste procedimento: quando o agente tenha falecido ou sofra de doença crónica que impeça o julgamento, se encontre em revelia, em caso de isenção de responsabilidade criminal ou quando esta se tenha extinguido.

Segundo a norma legitimadora para o confisco (art. 127.º *ter* CPE), o juiz ou o tribunal podem determinar a perda mesmo que não haja uma sentença condenatória “*cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio*” e preencha um dos requisitos que enumera nas três alíneas daquela norma. Ou seja, desde que *a)* o agente tenha falecido ou padeça de uma doença crónica que impossibilita o processo (e que haja risco de prescrição); *b)* esteja ausente e a sua ausência impeça o julgamento em prazo razoável e *c)* em caso de isenção ou extinção da responsabilidade criminal ²⁵.

Além disso, como resulta da própria definição, só existe perda, no conceito clássico, se estivermos perante uma situação patrimonial ilícita, e tal ilicitude tem de ser demonstrada em processo contraditório. Ainda, acrescenta o n.º 2, o processo autónomo de confisco é *apenas* dirigido contra arguido (formalmente constituído), contra suspeito em relação ao qual existam indícios racionais de criminalidade ²⁶, mas cujo processo não tenha continuado por uma das razões que fundamentam a perda sem condenação.

Quanto aos fundamentos para desencadear o processo que em seguida estudaremos, voltemo-nos para o art. 127.º *ter* 1, CPE, que, como vimos, ao contrário da nossa norma, é taxativa. Em primeiro lugar, segundo a alínea *a)* daquela norma, constitui fundamento para esta modalidade de confisco, o falecimento do agente ou a doença

²⁵ Se, por um lado, consideramos que a previsão portuguesa não é taxativa, na norma do direito espanhol é o oposto, o legislador limita o âmbito de aplicação. Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 233.

²⁶ Mesmo com esta previsão que vai além do que a Diretiva diz quanto aos sujeitos, porque esta apenas se refere a suspeito e arguido, TOMÁS FARTO PIAY considera que a Diretiva é ainda mais exigente do que o CPE, ao prever como requisito que do “processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo”. Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 231 e s.

crónica que impeça o julgamento e em que se verifique o risco de prescrição de direitos.

Este requisito corresponde também ao previsto na lei processual, art. 803.º *ter e 2 b)*, quando esta se refere a falecimento e impossibilidade de comparecer. A não coincidência entre a norma substantiva e o disposto na LECrim, que ignora a exigência de “*enfermedad crónica*”, gera dúvidas interpretativas ²⁷. A Diretiva referia-se apenas a impossibilidade que resulte de doença, embora no considerando 16 se lesse que aquela doença impossibilitasse o arguido de comparecer durante um prolongado período.

No entanto, a opção do legislador em referir-se não só a doença, mas doença crónica, não parece um mero pormenor, embora considere a doutrina que teria sido mais acertado limitarem-se ao que resultava do art. 4.º, n.º 2 da Diretiva ²⁸, de forma a que as doenças não crónicas, que impossibilitem o prosseguimento em tempo útil do julgamento, não ficassem de fora ²⁹, uma vez que tal solução parece frustrar a intenção da própria norma.

Além disso, encontramos nesta alínea uma outra novidade que não conhecemos no nosso ordenamento jurídico, a condição de que estejamos perante um risco de prescrição dos direitos. Esta exigência, resulta de que prescrito o procedimento criminal ³⁰ torna-se

²⁷ Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 235.

²⁸ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 236.

²⁹ Cf. ISIDORO BLANCO CORDERO, “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea” in: José Luis De La Cuesta Arzamendi, Norberto Javier De La Mata Barranco, Isidoro Blanco Cordero, *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, 2017, p. 497, *apud* TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 236. *Vide* ainda os elucidativos exemplos de ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 235, *in fine*.

³⁰ O facto de o legislador ter usado a expressão *prescribir los hechos*, ao invés de *prescribir los delitos*, é alvo de reparo e interpreta-se como se o legislador quisesse dizer crimes e não direitos. Cf. NÚRIA P. MATELLANES RODRIGUÉZ, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal” in: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch,

impossível, também, tomar uma decisão de perda ³¹. Fazemos esta ressalva quanto à novidade face à Diretiva, uma vez que o legislador espanhol foi mais longe naquele primeiro momento, no entanto o legislador europeu acompanhou essa necessidade e, na mais recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio de 2022, em especial no art. 15.º, alínea *f*) ³², passa a prever a prescrição como fundamento para este instituto de perda.

É ainda fundamento da perda sem condenação a rebeldia do agente, no caso em que isso impeça que os factos sejam julgados em prazo razoável, art. 127.º ter, 1, *b*), CPE.

Num relevante estudo e de uma forma muito interessante, TOMÁS FARTO PIAY mostra que a previsão espanhola difere do disposto na Diretiva. O legislador europeu referiu-se a “fuga” enquanto o legislador espanhol — e também o português — desenhou a perda sem condenação para os casos em que o agente se encontra em rebeldia. Aquele autor distingue os conceitos. Enquanto fuga se refere à situação em que o agente não se põe ao dispor da justiça, evitando o processo e a condenação, a rebeldia, por sua vez, é uma declaração

2020, p. 153. Ainda, parece a TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 237 e s., que o legislador poderia ter sido mais concreto quando ao momento em que estamos em “risco”.

³¹ Nesse sentido, cf. M.^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial em la Unión Europea y su incorporación al Proceso Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 69 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 237.

³² “Artigo 15.º (*Perda não baseada numa condenação*)

1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir, nas condições estabelecidas no n.º 2, a perda dos instrumentos e produtos ou dos bens a que se refere o artigo 12.º, ou que tenham sido transferidos para terceiros como referido no artigo 13.º, nos casos em que tenha sido iniciado um processo penal, mas o mesmo não tenha podido prosseguir devido às seguintes circunstâncias:

(...)

f) Expiração dos prazos previstos no direito nacional, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir a investigação e a repressão efetivas das infrações penais em causa”.

judicial³³. A fuga pode levar, e leva normalmente, à declaração formal de rebeldia, mas são conceitos distintos.

Por último, o Código Penal Espanhol abre o procedimento para os casos em que não seja aplicada sanção penal por estar isento de responsabilidade criminal ou esta se ter extinguido (art. 127.º *ter*, 1, *c*) e, embora tal fundamento não resulte diretamente do instrumento europeu, não é uma novidade no ordenamento jurídico espanhol, uma vez que a norma corresponde, *ipsis verbis*, ao antigo art. 127.º, 4 CPE³⁴.

Embora o ponto se dedique à introdução ao processo na legislação processual espanhola, não podemos ignorar que a nova legislação processual alemã abre também a possibilidade à separação de processos, em nome da celeridade processual, essencialmente quando em causa esteja um arguido privado da sua liberdade, permitindo falar-se de um princípio de oportunidade em matéria de confisco (§ 422, StPO)³⁵.

3.2. El Procedimiento de Decomiso Autónomo

Analizadas questões fundamentais para a compreensão e regulação do procedimento para a decisão de confisco, importará agora discorrer sobre o processo em sentido estrito.

O procedimento inicia-se, resolve a doutrina, quando se toma conhecimento de qualquer um dos pressupostos que a justificam³⁶. Assim, tomado conhecimento o pedido de confisco autónomo segue por escrito

³³ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 238.

³⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre esta alínea e o significado na legislação espanhola, *vide* TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 242 e s. Devemos, no entanto, ressaltar que também em Espanha a morte é um dos casos de extinção da responsabilidade criminal, assim, entende este autor que como quanto ao agente isso já vem de modo isolado previsto na alínea *a*), então nesta norma querem referir-se ao investigado ou acusado e não ao arguido.

³⁵ Assim, ANA E. CARRILO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio *crime doesn't pay*”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre E Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 548, que se refere a uma decisão de confisco *a posteriori*.

³⁶ *Vide* ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 234.

e deve, obrigatoriamente, especificar as pessoas contra as quais o pedido é dirigido e os seus endereços, o bem ou bens cujo confisco se pretenda, o facto punível e a sua relação com o bem ou o direito, a tipificação penal do facto punível, a situação da pessoa contra a qual o pedido é dirigido relativamente aos bens, a base legal do confisco, a proposição de provas e o pedido de medidas cautelares, justificando a conveniência da sua adoção para garantir a eficácia do confisco, se for o caso (art. 803.º *ter* I LECRIM). Resultando do exigido que o Ministério Público (ou *Ministerio Fiscal*, na língua espanhola) tenha desempenhado uma função de investigação prévia ³⁷ semelhante à que lhe é imposta para o impulso de um outro processo penal — *mais típico*.

Admitido o pedido, o órgão competente deve, cumprindo o disposto no n.º 2 do art. 803.º *ter* I LECrim, declarar se concorda ou não com as medidas cautelares solicitadas e notificar as partes, concedendo um prazo de vinte dias para comparecerem ao processo e apresentarem uma resposta ao pedido de perda. A acrescentar às funções do órgão, a norma do art. 803.º *ter* n dispõe que aquele decide sobre as provas propostas em despacho, decisão da qual não cabe recurso, embora o pedido possa ser reiterado em juízo.

Caso o sujeito passivo deste processo nada diga no prazo definido para o efeito ou desista da resposta, o confisco é acordado pelo órgão competente (art. 803.º *ter* m). A doutrina aponta este automatismo da decisão como incompatível com a necessidade de comprovação da origem ilícita dos bens ³⁸.

Caso a pessoa contra quem é dirigida a perda se oponha, segue para julgamento, que decorrerá nos termos da lei processual civil ³⁹, art. 433.º, por remissão feita pelo n.º 1 do art. 803.º *ter* o LECrim. Após, continua o art. da LECrim, o juiz decidirá sobre a sentença num prazo de 20 dias a contar da conclusão do julgamento.

³⁷ Para cumprir tais exigências é necessário que o MP “*haya desarrollado una actividad investigadora previa*”, ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 247.

³⁸ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 248.

³⁹ ANA E. CARRILO DEL TESO considera que a configuração da lei parece destinada a aligeirar o processo penal ao remeter para outro a decisão sobre o confisco. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 229.

A decisão do tribunal é também alvo de regulação processual, tal como o que se segue após a decisão. Destarte, o Tribunal pode 1) concordar com o pedido e determinar o confisco final dos bens; 2) deferir parcialmente o pedido de confisco e determinar a perda do montante correspondente (neste caso as medidas cautelares que possam ter sido acordadas em relação ao resto dos bens considerar-se-ão nulas e sem efeito); 3) indeferir o pedido de confisco e declarar que o mesmo não prossegue devido à existência de qualquer um dos fundamentos de oposição (também aqui as medidas cautelares que possam ter sido acordadas devem ser tornadas nulas e sem efeito).

Quanto à previsão de que, perante um indeferimento total ou parcial, as medidas cautelares que haviam sido acordadas caem, refere-se a doutrina como “*un error del legislador*”⁴⁰, uma vez que havendo ainda a possibilidade de recurso e que esta venha a modificar a decisão e decidir pelo confisco, perde-se a segurança e localização daqueles bens, podendo frustrar-se a posterior decisão de perda.

Caso se decida pelo confisco, o art. 803.º *ter q* prevê que a investigação para a localização dos bens ou direitos pode ser realizada pelo próprio MP, o que, para ANA CARRILO DEL TESO, é mais surpreendente do que a legitimidade exclusiva que se confere aquele sujeito processual. E faz este juízo uma vez que esta investigação é feita após a decisão de confisco, o que, na opinião da mesma autora, “rompe el *iter* lógico de la recuperación de activos: investigación patrimonial, localización, embargo, decomiso y ejecución”, além de que o processo para o confisco não deveria ter o objetivo de declarar alguém como destinatário do confisco, deveria reter o bem da posse do seu titular e, decidido o confisco, entregá-lo ao Estado⁴¹.

A última norma da LECrim dedicada a este instituto (art. 803.º *ter u*) refere-se ainda à possibilidade de se propor um novo pedido de confisco baseado nos mesmos direitos, sendo isso possível quando não tenha sido tomada qualquer decisão prévia sobre o mérito do confisco ou mesmo quando o MP toma conhecimento superveniente da propriedade de novos produtos e vantagens.

⁴⁰ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 250.

⁴¹ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 253 e s.

Quanto a esta matéria, chamamos a atenção para o comentário de DÍAZ CABIALE ⁴² que aponta para uma inconstitucionalidade por violação do princípio *non bis in idem*. No entanto, atira que pode o legislador, como entende que o faz, socorrer-se da alegada natureza civil para justificar a não inconstitucionalidade.

3.3. Competência

Na legislação da vizinha Espanha isso está com maior ou menor coerência disposto na lei processual. O art. 803.º *ter* f LECrim considera serem competentes o juiz ou tribunal que conhece da ação penal suspensa (b) ou o juiz ou tribunal competente para o processar quando este não tenha sido iniciado, nas circunstâncias previstas no artigo 803.º *ter* e (c) ⁴³.

No nosso ordenamento jurídico, não há razões para se considerar que a competência é de outro sujeito que não, também, do órgão jurisdicional. À semelhança das demais questões processuais relevantes que são de reserva de juiz, é o juiz competente por cada fase do processo penal que terá a competência para decidir sobre a perda. Assim, até à acusação, é da competência do juiz de instrução (art. 17.º CPP) a decisão sobre o congelamento ou apreensão, bem como, em caso de arquivamento, a declaração expressa da perda (art. 268.º, n.º 1, *e*) CPP). Deduzida acusação, a competência para a decisão caberá ao Tribunal competente para a matéria principal.

Apesar destas considerações, não podemos ignorar a discussão que a doutrina tem levantado a propósito do art. 178.º, n.º 3, sobre se a apreensão (para garantia de efetividade da decisão de confisco) está, ou não, sujeita à reserva de juiz, ou se, por outro lado, o “despacho de autoridade judiciária” confere, também, essa competência ao MP.

⁴² Cf. JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-10, 2016, pp. 29 e 30, disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>.

⁴³ Para maiores desenvolvimentos doutrinários sobre cada uma destas hipóteses, vide ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, pp. 237 e 238 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 319-326.

MARIA JOÃO ANTUNES ⁴⁴ convoca o art. 32.º, n.º 4 *in fine* CRP, uma vez que segundo este artigo “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios” que, e chamamos atenção para esta última parte, não se “preendam diretamente com direitos fundamentais”.

A apreensão restringe o direito de propriedade e, sendo o direito de propriedade um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, fica sujeito ao art. 18.º CRP, assim como a esta parte final do n.º 4 do art. 32.º. Ainda, acrescenta a autora, não vencerá o argumento de que apenas se protege a *propriedade lícita* porque, estando ainda numa fase de instrução, vigorará o princípio da presunção da inocência em que não podemos presumir (ou concluir pela) a ilicitude daquela propriedade.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre esta matéria em 2019 ⁴⁵, tendo entendido naquela data julgar não inconstitucional ⁴⁶ a norma que autoriza o MP a autorizar, ordenar ou validar a apreensão de bens, produtos e vantagens de facto ilícito, constante no art. 178.º, n.º 1 e 3 CPP. Para o TC a reserva de juiz não tem necessariamente de se cumprir no primeiro momento, aquela garantia satisfaz-se com a possibilidade de os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens apreendidas requererem a modificação ou revogação da medida ao juiz (possibilidade conferida pelo art. 178.º, n.º 7 CPP).

Contou, ainda assim, com declaração de voto (de vencido) de Manuel da Costa Andrade ⁴⁷. O Juiz Conselheiro mostrou as suas dúvidas face à constitucionalidade deste artigo e comparou aquela

⁴⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 594.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019.

⁴⁶ Decisão criticada por MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de Activos...”, *ob. cit.*, p. 595 e s.

⁴⁷ Que em texto anterior, escrito com MARIA JOÃO ANTUNES, já se tinha posicionado no sentido de que esta matéria é matéria de competência reservada de juiz e tinha mostrado, recorrendo ao direito comparado (em especial, aos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro), aquela que é a melhor solução. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE e MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto garantia processual da

medida de congelamento com a medida de garantia patrimonial plasmada no art. 228.º CPP, arresto preventivo⁴⁸, sendo a primeira mais gravosa que a segunda, na medida em que não se faz depender a apreensão “de um juízo de fundado receio de perda de garantia patrimonial ou de forte indicição dos ilícitos criminais e sem limitação temporal expressa”, além disso, a possibilidade de intervenção judicial além de ser a posteriori, é uma “mera possibilidade residual ou eventual”.

3.4. Impulso processual

Relativamente à legitimidade ativa no âmbito do processo, a quem cabe o impulso processual de prosseguir para efeitos de perda, o art. 803.º *ter* h LECrim atribui a legitimidade exclusivamente ao Ministério Público. Esta solução foi criticada pela doutrina, nomeadamente a propósito da possibilidade de acusação particular ou popular⁴⁹, no entanto, ainda assim, o legislador foi claro na sua opção.

O que nos parece mais coerente na lógica processual do nosso ordenamento jurídico⁵⁰, seria seguir aquela que é a regra da legislação processual a que aludimos, cabendo ao Ministério Público a legitimidade de promover o pedido de perda, também aqui obedecendo a critérios de objetividade (art. 53.º, n.º 1 CPP). Consideramos, no entanto, que no caso de

perda de vantagens do crime”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4005, Ano 146, Julho-Agosto, 2017, p. 368 e s.

⁴⁸ Da (des)necessidade de distinção entre estas figuras: apreensão e arresto preventivo, *vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 360-370 e MARIA JOÃO ANTUNES, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *Católica Law Review*, Vol. 4, n.º 3, pp. 131-144, disponível online em <https://doi.org/10.34632/catocalawreview.2020.9551>.

⁴⁹ Além disso, ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomisso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 239, tem um contributo interessante nesta matéria ao afirmar que o princípio do contraditório impõe que uma das partes inclua na acusação o pedido desta consequência, não tendo de ser o MP a fazê-lo. Assim, considera a autora, não parece razoável que quem possa pedir o confisco não possa iniciar o procedimento que o venha a tornar efetivo. *Vide* também a este propósito M.ª ISABEL GONZÁLEZ CANO, *ob. cit.*, p. 78.

⁵⁰ Embora essa seja uma das questões que, para MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 453, a legislação processual penal não dá resposta.

acusação particular, em que o MP não tenha deduzido acusação, mas o assistente o tenha feito, cabe a este último o impulso processual ⁵¹.

CRUZ BUCHO, no que respeita ao prosseguimento do processo em caso de declaração de contumácia do arguido, não considera que tenha sido essa a opção do legislador, embora entenda que seria a melhor solução. Assim, nesse caso, o prosseguimento é ordenado pelo juiz, *ex officio*, depois de exercido o contraditório, ouvindo todos os sujeitos processuais, em especial o MP e o defensor do arguido contumaz ⁵².

Nesse caso, aliás, coloca-se a questão de saber se o prosseguimento do processo é obrigatório. CRUZ BUCHO entende que não ⁵³. Para este autor, por força do considerando 15 da Diretiva, o processo continuará “em determinadas circunstâncias”, sendo que essas deveriam ter sido esclarecidas pelos Estados, nomeadamente pelo legislador português que, uma vez mais, não o fez.

Somos de crer que, não estando definidos critérios, e por razão de necessidade de prevenção, deve ser entendido que o prosseguimento para a perda é obrigatório. Além disso, embora o legislador possa definir critérios, e seguir até a sugestão de CRUZ BUCHO de atribuir competência ao juiz singular pela desnecessidade da decisão ser tomada pelo coletivo ⁵⁴, não consideramos que o prosseguimento para a perda deva ser submetido a critérios de oportunidade ou utilidade ⁵⁵.

Quanto à legitimidade passiva não subsistem dúvidas de que esta cabe, tal como preconiza o art. 803.º *ter j* LECrim, àqueles contra os quais o Ministério Público dirige a ação de perda, pela sua relação com os bens a confiscar.

⁵¹ Cf. CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 392, nota de rodapé 79, que, admite, mas com dúvidas esta possibilidade.

⁵² JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 250 e s.

⁵³ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, pp. 253.

⁵⁴ JOSÉ “CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 253.

⁵⁵ Embora não sobre a perda sem condenação, mas a propósito da perda de vantagens de terceiro não ser subtraída a critérios de oportunidade, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 29/06/2022, Proc. n.º 638/17.7IDPRT.P2, relatado por Liliana de Páris Dias e ainda, da mesma relação, o Acórdão de 15/03/2023, Proc. n.º 786/20.6T9VLG.P1, relatado por Cláudia Rodrigues, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

O legislador espanhol resolve ainda uma questão de extrema relevância naquele art. 803.º *ter j*, deixando claro no seu n.º 1 que os sujeitos passivos da perda sem condenação são notificados como arguidos — e isto de uma forma genérica, ou seja, mesmo que a relação com os bens não seja a do arguido (ou seja, no caso de falecimento do arguido, em que o sujeito passivo é a herança jacente ou os herdeiros).

3.5. O pedido e o princípio da acusação

A doutrina tem ainda levantado a questão sobre saber se o pedido de perda deve (ou não) constar obrigatoriamente da acusação para dar cumprimento a exigências constitucionais e à garantia de defesa do afetado pela decisão de perda ⁵⁶.

A Constituição da República Portuguesa, no seu art. 32.º, n.º 5, consagra a estrutura acusatória ⁵⁷ do processo criminal. Resulta do princípio da acusação a existência de uma cisão entre a entidade que investiga e acusa (MP) e a entidade que julga (juiz) ⁵⁸. Dessa forma, é imperativo que a acusação “defina e fixe, perante o tribunal, o objeto do processo” ⁵⁹.

Por força desta estrutura acusatória importa responder às questões: está o Tribunal limitado à acusação e só haverá perda se tal

⁵⁶ Como já apontamos, MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 453, levantou a questão “Deve a proposta de confisco ser feita na acusação, para o arguido e/ou o terceiro poderem contestar?”.

⁵⁷ Que se opõe ao modelo inquisitório. Num sistema de estrutura processual penal inquisitória o juiz é o *dominus* absoluto do processo e junta em si todas as funções do processo, ele investiga, acusa e julga. Referimo-nos a um modelo em que as finalidades processuais são exclusivamente a realização da justiça e a descoberta da verdade, a confissão era a “rainha das provas”, admitindo-se, inclusive, a tortura como forma de chegar a essa confissão. O arguido era objeto do processo, e não sujeito. A este propósito *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, pp. 24-27, GERMANO MARQUES DA SILVA; HENRIQUE SALINAS, *in*: Jorge Miranda; Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2.º Edição, 2010, pp. 729-731.

⁵⁸ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 92 e ss.

⁵⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 93.

pedido e a sua fundamentação constar da acusação? Ou a decisão de perda pode ser tomada oficiosamente pelo Tribunal?

O art. 283.º CPP elenca o que é que a acusação contém sob pena de nulidade e, de entre as suas alíneas não encontramos menção expressa ao pedido de perda. Devemos esclarecer que tal não é impeditivo da exigência, uma vez que, ainda assim, o legislador exige o pedido ou o impulso processual em alguns casos, tal como no arresto preventivo (art. 194.º, n.º 1 e 228.º, n.º 1 e 194.º, 2 e 3 CPP). Já quanto à necessidade desse pedido expresso para o juiz de instrução decidir a perda em caso de arquivamento, temos algumas dúvidas, uma vez que não nos parece que a lei seja clara nessa exigência. Concordamos, no entanto, que a perda não opera *ope legis* ⁶⁰.

Entendemos que a obrigatoriedade, para dar cumprimento ao princípio da acusação, de constar o pedido de perda da acusação encontra consagração no art. 283.º, n.º 3, al. d) CPP, ao exigir que aquela contenha as disposições legais aplicáveis. Assim, sustentamos, a menção aos artigos da perda deve, obrigatoriamente, constar da acusação ⁶¹.

Embora o processo de confisco seja autónomo em Espanha e se inicie por escrito onde especifica contra quem, quais bens, a disposição legal, bem como a fundamentação de facto (*vide* art. 803.º *ter* l LECrim), TOMÁS FARTO PIAY também dedicou o seu estudo a perceber da necessidade dessa menção na acusação, por força do respeito pelo princípio acusatório. O autor defende a necessidade de o confisco ser pedido pela parte acusatória, “*para así ser introducido en el debate de juicio oral*” ⁶², assim, respeitando aqueles que são

⁶⁰ Vide Ac. TRC., de 16/12/2020, Processo n.º 899/16.9T9CLD-A.C1, “Da interpretação integrada dos arts. 186.º, n.º 3, e 268.º, n.º 1, al. e), do CPP, decorre que, em caso de arquivamento do inquérito nos termos dos arts. 277.º, 280.º e 282.º, do mesmo diploma, a perda a favor do Estado de animais, coisas e objectos apreendidos não opera *ope legis*; antes exige prévia declaração do juiz de instrução.”

⁶¹ Não estando e existindo essa promoção posterior, consideramos, e não apenas por cautela, que se deve seguir o disposto no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2008. Neste sentido, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 392, nota de rodapé 78, recomenda aplicar, por cautela.

⁶² TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 135.

os princípios fundamentais da estrutura acusatório do processo penal, o princípio do acusatório e o princípio do contraditório ⁶³.

3.6. Notificação

Com o falecimento do arguido são chamados ao processo os seus herdeiros (ou legatários) e estes, entendemos, devem ser notificados nos termos dos arts. 111.º a 117.º, do CPP, e só no caso de não ser possível a sua identificação é que, por analogia, nos socorremos do disposto no art. 186.º, n.º 4, também do CPP ⁶⁴. Assim, devemos ler este último artigo, para efeitos de aplicação ao nosso estudo, como: sendo impossível determinar a identidade ou paradeiro dos herdeiros ou sucessores do arguido entretanto falecido, procede-se, mediante despacho fundamentado do juiz, à notificação edital.

No caso de declaração de contumácia, apesar de nos parecer que o considerando 15 da Diretiva faz dispensar a notificação ao arguido contumaz, consideramos que este, pese embora as dificuldades de citação que conhecemos e que levaram aquela declaração, deve ser notificado por edital (porque a possibilidade de decisão de perda mesmo durante a sua contumácia pode revelar-se até como um incentivador para o arguido se apresentar ao processo), pela mesma razão e aplicação do art. 186.º, n.º 4, do CPP ⁶⁵.

A solução espanhola também garante os direitos de defesa do arguido contumaz, dispondo no art. 803.º *ter* j LECrim que a notificação é dirigida ao defensor daquele sujeito (no processo principal suspenso) e mediante edital afixado no quadro de avisos do Tribunal. Ainda, na norma espanhola, fica esclarecido que, para a perda sem

⁶³ Era já este o entendimento do STS, de 6 de março de 2001, onde se lia que “Para acordar el comiso, es preciso que lo solicite alguna de las acusaciones, a fin de que el reo pueda defenderse y se debata en juicio oral”, *cf.* ELENA LORENE PABLO, “La investigación Patrimonial: Aspectos Prácticos del Decomiso y de ça Recuperación de Activos”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 861.

⁶⁴ Neste sentido, CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 400.

⁶⁵ Neste sentido, uma vez mais, CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 400.

condenação, o terceiro é citado nos termos daquela lei, devendo a notificação indicar que o julgamento se pode realizar à sua revelia (art. 803.º *ter b* 3 LECrim).

Devemos ainda fazer notar a solução adotada na lei processual alemã que, segundo o §429.º StPO, a parte envolvida (entendemos que se refere ao arguido contumaz, ao herdeiro, ao sucessor e ao terceiro) é notificada da data da audiência principal, nos termos do § 40.º do mesmo código, o que nos leva a considerar que não sendo possível a citação pessoal, será feita por edital (ou notificação pública, numa tradução mais literal), numa solução idêntica à espanhola, na medida em que também se prevê que a notificação contenha a indicação que o julgamento se realizará mesmo sem a presença daquele.

3.7. Direito de assistência por advogado

Ainda a propósito da parte passiva deste processo, devemos olhar a Diretiva 2014/42/UE ⁶⁶, onde lemos que “as pessoas cujos bens sejam afetados pela decisão de perda têm direito de ter acesso a um advogado durante todo o processo de decisão de perda em relação à determinação dos produtos e instrumentos, a fim de poder defender os seus direitos” e que, termina o n.º 7 do art. 8.º, “as pessoas em causa são informadas deste direito”.

Pese embora tal previsão, o nosso sistema processual não prevê diretamente esta assistência por advogado. Consideramos, no entanto, que tal direito resulta, desde logo, do texto constitucional, art. 20.º, n.º 2 e 32.º, n.º 3, garantindo, assim, o direito de assistência ⁶⁷.

Já a LECrim prevê expressamente que a estes sujeitos, partes passivas do processo, são aplicáveis as normas que regulam o direito a

⁶⁶ Embora isso já fosse entendimento da doutrina, uma vez que, estando isso previsto para os arguidos e demandantes civis no processo penal, não fazia sentido não se garantir a este interveniente. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, S.A, 2012, p.131.

⁶⁷ Assim, JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 131 e JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 235.

assistência judiciária do arguido (art. 803.º *ter i*). E isto tem uma outra realização muito importante que é a da previsão feita pelo art. 803.º *ter k*, que dispõe que no caso do arguido rebelde do processo principal, agora suspenso, não aparecer, ser-lhe-á nomeado procurador do Ministério Público e advogado que assumirá a sua representação e defesa.

TOMÁS FARTO PIAY ⁶⁸ entende que devemos considerar que estas normas se referem também aos terceiros afetados por uma decisão de perda e concordamos com tal entendimento, uma vez que, projetando este entendimento para o nosso sistema processual, tal garantia é conferida ao demandado civil no art. 76.º, n.º 2 CPP e, a Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, no art. 44.º, n.º 2, faz uma remissão para as regras do estatuto de arguido, para os pedido de proteção jurídica por quem pretenda constituir-se assistente ou formular ou contestar pedido de indemnização cível em processo penal. Não tendo o terceiro uma posição ou estatuto processual definido no processo penal, permite-nos o art. 4.º CPP que se integre lacunas por analogia.

Por fim, cremos que o legislador português se poderá também inspirar na clara previsão do §428 StPO, que não só prevê expressamente que qualquer pessoa envolvida no processo de confisco pode ser acompanhada por advogado, como que tem direito a *apoio judiciário* se a sua situação económico-financeira o justificar.

3.8. A Prova

A propósito da perda alargada de bens o legislador considerou admitir qualquer meio de prova válido em processo penal, a fim de provar a proveniência lícita dos bens em discussão (art. 9.º, n.º 2, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). Ao invés, não consta do CPP regulação processual da matéria probatória no caso da perda clássica.

Na legislação do ordenamento jurídico vizinho entende-se que é admitida toda a prova prevista em geral no Código de Processo Civil

⁶⁸ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 348 e 349.

Espanhol ⁶⁹, por força da remissão que é feita no art. 803.º *ter g* LECrim ⁷⁰.

A discussão sobre a natureza jurídica encontra aqui relevância e consequências práticas a nível processual ⁷¹. Significa isto que a decisão da perda não pode ser tomada sem que seja apresentada prova da titularidade ilícita dos bens (quer de terceiro, quer do agente contumaz ou falecido). Além disso, impossibilita as regras civis de inversão do ónus da prova ⁷², recaindo sobre o Ministério Público o ónus de comprovar os factos e a verificação dos requisitos que motivam e fundamentam a decisão de perda ⁷³.

Assim, entendemos que o MP, o tribunal e também o afetado a quem pertencem os bens, têm ao seu dispor todos os meios de prova admitidos em sede do processo penal (arts. 124.º a 167.º CPP), nomeadamente o recurso a presunções judiciais ⁷⁴, mas já não a presunções legais ⁷⁵.

Quanto a estas últimas, o legislador espanhol optou por admiti-las a propósito não só da perda alargada (como também o fazemos), mas também a propósito da perda de bens de terceiros (alvo também de perda sem condenação), art. 127.º *quater* 2 CPE. Assim, provada a transferência a título gratuito ou a preço inferior ao do mercado,

⁶⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, disponível *online* em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

⁷⁰ Assim, TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 365.

⁷¹ Sobre a qual nos posicionamos já, a propósito da sua natureza penal. Vide HELENA SOFIA MARTINS ANDRADE, “*Fragilidades da Regulação Penal E Processual Da Perda De Bens Pertencentes A Terceiros E Da Perda Sem Condenação*”, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em <https://hdl.handle.net/10316/111051>, pp. 23-32.

⁷² Neste sentido, vide JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português, História, Soluções e Desafios*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 99 e 100.

⁷³ Tal como acontece no processo espanhol, cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 366.

⁷⁴ Neste sentido, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 404.

⁷⁵ Neste sentido, também JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos...*, *ob. cit.*, p. 100, que, em nota de rodapé demonstra que, se o admitíssemos estaríamos a aproximar-nos da perda alargada e deixava de ter sentido útil a distinção dos institutos (perda clássica e perda alargada).

presume-se a má-fé do terceiro, presunção essa que motiva e fundamenta a perda ⁷⁶.

Ficam ainda questões por responder, nomeadamente aquela apontada por CRUZ BUCHO como simples, mas relevante: quantas testemunhas pode o terceiro arrolar? ⁷⁷ Dependerá do modo de integração da lacuna. Quanto ao terceiro, podemos considerar entre a sua equiparação ao demandado civil ou ao arguido. Somos de crer que o estatuto de terceiro deve ser equiparado ao do arguido, logo, consideramos ser possível ao terceiro arrolar até 20 testemunhas, tal como é admitido ao arguido no âmbito do processo principal.

A solução distinta, de integrar a lacuna com a regra do art. 79.º CPP ao equiparar o terceiro ao demandado civil, não nos choca, no entanto, por coerência com o que temos defendido, enquanto não há regulação específica, a melhor solução parece ser a da equiparação às regras processuais do arguido. É assim, desde logo, pela forma como entendemos a intervenção do terceiro (em sentido próprio ou herdeiros), defendendo que aquele se pode pronunciar acerca da questão principal, a verificação do facto ilícito.

Quanto ao arguido contumaz, parece-nos que não se diferenciará da solução adotada para a questão principal, valendo o disposto no art. 283.º, n.º 3, al. e), por remissão feita pelo art. 311.º-B, ambos do CPP. Quanto a isto e apesar de o legislador se limitar a determinar o prosseguimento do processo para efeitos de perda e não o modo em que acontece, não há razões para se defender que o arguido, apesar de contumaz, não possa, ainda que através do seu defensor, contestar a pretensão de perda e apresentar meios de prova.

3.9. Cessação da contumácia e prosseguimento do processo

“A declaração de contumácia caduca logo que o arguido se apresentar ou for detido”, dispõe o n.º 1 do art. 336.º CPP. E, diz-nos CRUZ BUCHO, é impossível que o processo incidental (para a perda

⁷⁶ Solução criticada pela doutrina espanhola por ser incompatível com o princípio da presunção da inocência, cf. JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, *ob. cit.*, p. 59.

⁷⁷ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 231.

sem condenação) e o processo principal (com vista à condenação) corram em simultâneo, uma vez que o primeiro depende da suspensão do segundo ⁷⁸.

Assim, extinto o processo incidental, a questão que a seguir se coloca é se a prova produzida pode ser aproveitada para o processo principal onde agora se vai decidir a questão da perda. Tendo a prova sido produzida em audiência e com respeito pelo princípio do contraditório, parece que não há razões para que esta não seja aproveitada, embora apenas possa relevar para a mesma discussão, a da decisão de confisco dos produtos e vantagens do facto ilícito ⁷⁹.

Situação diferente é se a contumácia cessa depois de decidido o incidente processual. É de relembrar que, quando o Tribunal decide a perda, decide a perda (de produtos e vantagens) de facto ilícito típico [art. 110.º, n.º 1, al. a) e b) CP], ou seja, se se decide pela perda a favor do Estado já se está a fazer um juízo da verificação de um ilícito típico.

Assim, questiona CRUZ BUCHO, numa relevante reflexão, o que acontece perante julgados divergentes ou contraditórios?⁸⁰Se tivermos uma decisão de confisco (do agente contumaz ou de terceiro) e uma posterior absolvição do arguido?

O legislador espanhol esclareceu de forma clara que “*el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce*” (art. 803.º *ter p*, n.º 2, LECrim). Em 2015, acrescentou-se ao art. 954.º LECrim um novo n.º 2 que vem prever, como uma das possibilidades de revisão de sentença já transitada em julgado de processo de confisco autónomo, qualquer contradição entre os factos aí declarados provados e aqueles declarados provados na sentença penal final, se esta vier a existir. Além disso, é entendimento da doutrina que a sentença que se mantém firme e que prevalece é a do processo

⁷⁸ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 255, que nos diz que a cessação da contumácia extingue o incidente para o confisco, “por impossibilidade superveniente”.

⁷⁹ Cf. JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 256. Em sentido contrário, CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 406, que considera que poderíamos estar a transformar o incidente da perda “num verdadeiro *juízo de arguido ausente*”.

⁸⁰ *Vide*, JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, pp. 257-260.

penal principal, uma vez que este é o motivo de revisão da sentença do processo autónomo de confisco ⁸¹.

Por seu turno, o legislador português, mais uma vez, não previu esta hipótese. O art. 449.º, n.º 1, al. c) CPP, pressupõe que as decisões contraditórias sejam condenatórias ⁸². Concordamos com a doutrina espanhola, na medida em que não podemos fazer prevalecer a segurança jurídica (do trânsito em julgado) sobre a justiça e fazer prevalecer uma decisão, ainda que não condenatória, injusta ⁸³.

4. Que futuro para o instituto da perda? Breve referência à Proposta de Diretiva

O futuro abre portas para a alteração legislativa. Queremos referir-nos à proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio de 2022, sobre o qual já fomos dando algumas pistas.

A Diretiva pretende aplicar-se às infrações penais a que se refere no seu art. 2.º, n.º 1, como a participação numa organização criminosa, branqueamento de capitais, corrupção, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, contrafação de moeda. Esta não se apresenta com um intuito de luta contra a criminalidade lucrativa de um modo geral, mas sim, contra a criminalidade organizada (que tem, naturalmente, escopo lucrativo), ficando isso claro quer na exposição de motivos que identifica logo aquela como “uma das maiores ameaças à segurança da União Europeia”, quer no art. 2.º, n.º 2, ao prever a aplicação daquela Diretiva a outros crimes, além dos dispostos no n.º 1, na medida em que tenham sido cometidos no âmbito de uma organização criminosa.

Devemos destacar o disposto no art. 15.º, alínea *d)*, *e)* e *f)*, que prevê que a prescrição, a imunidade penal do suspeito ou arguido e

⁸¹ Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomisso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 252 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 467.

⁸² A inércia do legislador é fortemente criticada por JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, pp. 259 e 260.

⁸³ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 466.

a amnistia concedida ao suspeito ou arguido, constituam fundamentos para o desencadeamento da perda sem condenação.

Quanto à prescrição, o legislador europeu refere-se à “expiração dos prazos previstos no direito nacional, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir a investigação e a repressão efetivas das infrações penais em causa”. Questionamos: o que se entende por prazos não suficientemente longos? O prazo de prescrição do crime de tráfico de órgãos humanos (art. 144.º-A, n.º 1 CP) — de 10 anos [art. 118.º, n.º 1, al. b) CP] — é suficientemente longo?

Já tínhamos enunciado esta possibilidade, mas não nos tínhamos ainda pronunciado sobre o seu mérito. Além disso, durante o presente estudo fomos revelando que consideramos que as hipóteses da morte e da contumácia não são taxativas e que o legislador teve apenas a intenção de dar exemplos e não de fechar as hipóteses. Não obstante, entendemos que esta novidade no instrumento europeu necessitará, para que seja admitido a continuação do processo para a perda, de previsão específica na lei substantiva. Não consideramos que o legislador pretendeu ⁸⁴, com a cláusula pouco fechada “incluindo”, incluir a possibilidade de prosseguimento do processo em caso de prescrição ou extinção por amnistia.

O instituto da perda, consideramos, é um mecanismo de natureza penal e é por lhe atribuirmos essa natureza que não podemos deixar de questionar a admissibilidade de, extinto o processo penal, ser admitido o processo para a perda. A exceção está definida no art. 127.º do CP, no qual, desde 2017, se diz que a extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos de declaração de perda.

Não temos dúvidas, no entanto, que a amnistia não deve privar a perda de produtos e vantagens do crime, o que duvidamos é que tal encontre previsão legal para operar no âmbito do nosso ordenamento jurídico, dada a previsão expressa do art. 127.º, n.º 3, do CP, e até a previsão do art. 75.º, n.º 4, em que se prevê que, entre outros, a amnistia não obsta à verificação da reincidência. Se o legislador especificou estes casos, considerar outros não coloca em causa o

⁸⁴ Como faz ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 284 e s.

princípio da legalidade? Além disso, que utilidade teria de prever a exceção para o caso de morte se nas outras hipóteses também prosseguiria para declaração de perda? Consideramos que, a ser aprovada a proposta, tal implicará, para a transposição, uma nova alteração aos arts. 127.º e 128.º do CP.

Apesar das nossas inquietações, não podemos deixar de chamar a atenção para a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que, em 1995, acordou “em estabelecer, com carácter obrigatório para os tribunais judiciais, a seguinte jurisprudência: Declarado extinto o procedimento criminal por efeito de amnistia, à perda dos instrumentos e produtos do crime aplica-se, salvo disposição em contrário da lei de amnistia, o disposto no artigo 107.º do Código Penal, na versão de 1982, ressaltando-se o especificamente estabelecido em legislação penal extravagante, relativa a esse tipo de crime, quanto àquele instituto”⁸⁵.

Outra novidade é a que lemos no considerando 26, dispondo que a perda “deverá também ser possível se um tribunal considerar que os instrumentos, produtos ou bens em questão provêm de atividades criminosas (...) O mesmo deverá ser possível nos casos em que os prazos previstos no direito nacional tenham expirado, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir uma investigação e repressão efetivas das infrações penais em causa. (...) Por razões de proporcionalidade, a perda de bens sem condenação prévia deve limitar-se aos casos de crimes graves”. Quanto a esta última parte, ANTERO TAVEIRA⁸⁶ chamou a atenção para a necessidade de o legislador intervir para clarificar o que se entende por prazos não suficientemente longos e crimes graves para efeito de declaração de perda em caso de o processo penal já se encontrar prescrito.

De qualquer das formas, repetimos: o que é a criminalidade grave? O art. 15.º, n.º 4 da Proposta de Diretiva parece ter dado a resposta, deixando fora do âmbito de aplicação daquela norma os tipos legais de crimes cuja pena máxima, na moldura penal, seja inferior a quatro anos.

Embora consideremos a relevância dessa distinção e compreendamos que a intenção de mostrar que o crime não compensa é dirigido

⁸⁵ Acórdão n.º 6/95.

⁸⁶ ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 288.

sobretudo aos autores da grande criminalidade económica, não podemos deixar de pensar criticamente a propósito da diferenciação entre criminalidade grave e menos grave.

Sendo certo que a Proposta de Diretiva limita o seu âmbito de atuação, a verdade é que limita à criminalidade mais grave, a uma criminalidade que tem movido milhões e que se tem revelado um grande flagelo a nível europeu. Assim, por maioria de razão, raciocínio idêntico deve ser feito para o instituto da perda nos demais crimes. As nossas dúvidas prendem-se com as necessidades de prevenção e se estas se continuarão a cumprir.

Recuperando o exemplo de que quando se dispensa a pena possa ser razoável a dispensa da perda, a verdade é que esta última, tal como a inscrição da condenação em registo criminal, são consequências jurídicas do crime, e, por isso, ainda que compreendamos a solução nesses casos, há margem para se questionar a sua admissibilidade, uma vez que, como sabemos a dispensa de pena não deixa de ser uma condenação ⁸⁷, que gera consequências jurídicas do facto.

A nossa dúvida quanto a esta solução prende-se com um regime comparado. Se o art. 268.º, al. e), do CPP prevê o a declaração de perda pelo juiz de instrução em caso de dispensa de pena, como é que podemos admitir uma ponderação entre criminalidade grave e menos grave perante crimes que, na sua maioria têm, no mínimo uma pena máxima de 5 anos?

De um ponto de vista mais processual, notar ainda, no âmbito das medidas de congelamento para não se dissipar o património ilícito, a necessidade de, segundo o considerando 21, os Tribunais serem obrigados a reapreciar as necessidades dessa privação, de modo que não se exceda a limitação que se faz do direito de propriedade. Esta medida não é uma novidade, é, aliás, uma cópia do considerando 31 da Diretiva 2014/42/UE, no entanto, e uma vez que tal não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico, pelo menos não expressamente, podemos e devemos olhar para esta necessidade de revisões periódicas das medidas de congelamento.

⁸⁷ Que, aliás, nem necessitava de o ser, uma vez que admitidos a perda não dependente de condenação.

Não encontramos no art. 227.º CPP nenhuma menção a esta necessidade de revisão da medida de garantia patrimonial, no entanto o legislador poderá querer ousar mais desta vez e, não só finalmente prever a revisão, como não se limitar aos crimes previstos para aplicação desta Diretiva, mas estender para todo o instituto, por referência ao limite do art. 18.º, n.º 2 CRP ⁸⁸.

Não obstante o que ficou dito, JOÃO CONDE CORREIA ⁸⁹ considerava já que tal necessidade resultava do princípio da precaridade ⁹⁰, e, logo que as circunstâncias que justificaram a medida cessem ou atenuem, a medida deve ser revogada, “daí que (...) se preconizam revisões periódicas das medidas provisórias” ⁹¹.

A esperança que fica quanto à proposta de Diretiva é que esta leve o legislador nacional a voltar a olhar para matéria. Mas será que o legislador vai aproveitar a oportunidade? Ou será “mais uma oportunidade perdida”? ⁹²

⁸⁸ Embora não consideremos que na perda de bens (mesmo de terceiros) estejamos perante uma violação do direito de propriedade, a realidade é que enquanto a medida de congelamento vigora, vigora também o princípio da presunção da inocência, o que levará a que ainda se considera a propriedade como lícita e a sua restrição como uma restrição de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias.

⁸⁹ JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 180.

⁹⁰ Que, segundo MARIA JOÃO ANTUNES, “não é mais do que uma consequência dos princípios da necessidade e da adequação” e, embora aplicando-o à medida de coação, diz que esta “é imediatamente revogada sempre que tiverem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação, porque deixou de ser necessária”, *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação”, *in* Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1257.

⁹¹ Referia-se à Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, que veio a dar lugar à Diretiva 2014/42/UE.

⁹² Expressão de JOÃO CONDE CORREIA, “Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia?”, *in*: Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso, João Conde Correia, *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, 2018, Imprensa Nacional, Ministério Público Portugal, Procuradoria-Geral Distrital do Porto, p. 353.

A presunção de inocência segundo a União Europeia *

Considerações sobre o *onus probandi* e o *in dubio pro reo* em processo penal, a partir da Directiva (UE) 2016/343

António Miguel Veiga

Juiz de Direito

Mestre e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Investigador Colaborador do Instituto Jurídico da FDUC

“(…) Tu és considerado culpado. (...) Pelo menos por agora, a tua culpa é considerada como provada.” “Mas eu não sou culpado”, disse K. (...) “É verdade”, disse o padre, “mas é assim que os culpados costumam falar”.

FRANZ KAFKA, *O Processo*

1. Introdução

1.1. Aquilo que poderíamos designar por *ideal europeu comum*, brandido como bandeira programática agregadora dos Estados do “Velho Continente” — e assim entendido de modo transversal pela generalidade desses mesmos Estados ¹ —, sofreu uma inegável

* Por opção do autor, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

¹ Transversalidade sintetizada na frase do presidente francês Charles de Gaulle, proferida na década de 60 do século XX, quanto ao seu sonho de ver uma “Europa Unida do Atlântico até aos Urais” (em geral, sobre a ideia de Europa e sua delimitação geográfico-cultural, sobretudo a leste, ILÍDIO DO AMARAL, *A Europa e as Suas Fronteiras: Dilemas Culturais e Geopolíticos*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 2016, pp. 1 a 11).

reconfiguração ao longo das últimas décadas. Mais de 60 anos volvidos sobre a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.) e da Comunidade Económica Europeia (C.E.E.), o actual ambiente social, político e jurídico europeu não é (evidentemente) o mesmo de 1952 e 1957, e não pode deixar de ser visto como o culminar de um processo, longo e complexo, revelador dos sucessos e das fragilidades que o aludido *ideal europeu* conteve em si mesmo, ao longo da modificação de diversos paradigmas internacionais bem marcados.

Acontecimentos tão díspares e importantes quanto o fim da “Guerra Fria”², a crescente *globalização*³ e *capitalização*⁴ do mundo, e um sentimento cada vez mais intenso de insegurança geral das populações na sequência de impressionantes fenómenos terroristas

² Termo da “Guerra Fria” que trouxe consigo a aproximação ao Ocidente — especificamente ao espaço da União Europeia e da Organização do Tratado do Atlântico Norte (O.T.A.N.) — de países até aos inícios da última década do século XX integrados na esfera de influência do chamado “Bloco Soviético” (a propósito da *Queda do Muro* e do fim da “Guerra Fria”, JOHN LEWIS GADDIS, *A Guerra Fria*, tradução portuguesa de Jaime Araújo, Edições 70, Lisboa, 2007, pp. 239 a 250).

³ Como nota ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a *globalização* vem exercendo uma inegável influência — também — no mundo jurídico e, em particular, no direito penal, com a correspondente alteração do seu modelo normativo tradicional, pensado para um espaço homogéneo de cariz tendencialmente estadual e hierarquizado, e que se vê cada vez mais “parasitado” (expressão da Autora) por realidades que põem em causa a pureza de tal feição normativa “piramidal”. Realidades que, a par de uma maior consciencialização contemporânea do carácter universal dos direitos humanos, encerram o lado (menos nobre) da vertiginosa exponenciação das sociedades tecnológicas hodiernas, com consequências e concatenações criminais que ultrapassam, como nunca haviam ultrapassado, as fronteiras de um só Estado (“A globalização do direito penal — da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização”, Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, coordenação de António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Mário Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 77 a 82).

⁴ De que é sintomática a emergência de novos potentados (República Popular da China, Federação Russa, União Indiana ou, em menor escala, República Federativa do Brasil) com posições de relevo — e ainda que com períodos de intermitência e de crise — cada vez mais consolidadas na actual realidade político-económica mundial.

(com o natural *medo* que tal consciência convoca) ⁵, contribuíram, de modo decisivo, para a mudança de percepção — jurídico-institucional, desde logo — de uma Europa que (assim, também por força das circunstâncias) não mais pôde continuar a olhar-se a si própria e ao inerente papel no mundo do mesmo modo e em função dos mesmos exactos intuitos, em tantas e tantas matérias caras ao seu surgimento e respectiva manutenção passada ⁶.

⁵ Atentados — de um terror absolutamente patente — como os ocorridos em 11 de Setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, 11 de Março de 2004 na capital espanhola, 7 de Julho do ano seguinte em Londres, 22 de Julho de 2011 em Oslo e na Ilha de Utoya, e, mais recentemente, entre outros, em Saint-Denis e Paris (13 de Novembro de 2015), Bruxelas (22 de Março de 2016), Nice (14 de Julho de 2016), Barcelona (17 de Agosto de 2017), Estrasburgo (11 de Dezembro de 2018), novamente Londres (29 de Novembro de 2019) e Paris (16 de Outubro de 2020), e ainda Viena (2 de Novembro de 2020) — atentados desferidos, portanto, bem no “coração” do Ocidente —, serão de uma eloquência evidente quanto à referida consciência da precariedade da segurança do presente, antecâmara da provável insegurança mais lata do futuro. É, assim, pela sua indiscutível disseminação e polarização, “(...) um terrorismo da globalização, (...) autónomo, nómada e em rede” (ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A globalização do direito penal...”, *cit.*, p. 83). Quanto às diferenças de fundo entre as manifestações terroristas típicas de grande parte do século XX, mais circunscritas a contextos espaço-geográficos relativamente definidos, e as que marcam os últimos anos, de cariz tendencialmente global, *vide* NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários*, 2.ª edição (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2022, pp. 126 e 127, em comentário ao crime previsto no art. 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, e as referências bibliográficas aí constantes.

⁶ A legislação europeia antiterrorista exprime o crescente *enforcement* em termos de restrição de alguns dos direitos fundamentais e valores conaturais ao projecto europeu. Pensemos nas liberdades de comunicação e de deslocação, e nas figuras típicas do acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo e das viagens (ou tentativa de viagens) para treino para o terrorismo, adesão a organizações terroristas ou cometimento de factos materialmente terroristas e ainda do apoio a tais viagens (ou tentativa de viagens), previstas, respectivamente, nos n.os 5 (norma, aliás, entretanto revogada pela Lei n.º 2/2023, de 16 de Janeiro), 10, 11 e 12 do art. 4.º da nossa Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), que consubstanciam a incorporação (por vezes, acrítica), no direito interno português, dos sucessivos impulsos normativos do legislador europeu (sobre tais figuras e seu maior ou menor suporte axiológico-constitucional, NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO

A emergência de interesses e valores ínsitos à própria lógica e razão de ser da Comunidade e, agora, União Europeia mostra-nos o quão premente tem sido, para a preservação da ideia — de uma *determinada ideia* — de Europa, a necessidade de protecção de tais interesses e valores ⁷. E os últimos anos espelham bem a “oscilação”, porventura não tanto ideológica, mas sobretudo pragmática, entre horizontes tidos como referenciais para o concreto tipo de *espaço europeu* almejado.

No apontado entorno, o “espaço europeu de liberdade, segurança e justiça” consagrado no n.º 1 do art. 67.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (T.F.U.E.) ⁸ resulta da síntese das preocupações e dos valores programáticos através dos quais se pensa poder alcançar-se uma verdadeira “cidadania” comum europeia, vivida na área geográfica partilhada pelos diversos Estados-Membros, nos — e entre os — quais a liberdade de deambulação e estabelecimento seja acompanhada (para o que aqui mais nos interessa) de uma cooperação policial e judicial necessária a uma justiça eficaz e garantidora da segurança dos cidadãos e dos Estados ⁹.

1.2. O dito “espaço europeu de liberdade, segurança e justiça” implicará a construção de um certo tipo de realidade penal e processual penal a extrair dos sistemas jurídicos da União. Realidade que, constituindo o nosso referente de análise mais amplo, possibilitará, por isso mesmo, um enfoque aturado no que toca ao importante papel

MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* e comentário ao art. 4.º *cits.*, pp. 68 a 84 e 118 a 142).

⁷ É o caso do conjunto de interesses financeiros da União Europeia, principal objecto de protecção do chamado *Corpus Juris* de 1997 (cfr., *infra*, 2.2. e nota 36) [AUGUSTO SILVA DIAS, “De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14 (2004), N.º 3, pp. 310 e 311].

⁸ O T.F.U.E. é o Tratado de Roma, de 1957, mas após a revisão operada pelo Tratado de Lisboa, assinado na capital lusa em 13 de Dezembro de 2007 e entrado em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

⁹ Neste exacto sentido, MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

desempenhado pelo processo penal para que aparentemente avançamos em termos europeus ¹⁰.

E a primeira questão que nos ocorre será, então, esta: poderemos pensar já, no presente estágio, e no cumprimento da faculdade enunciada no n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E. ¹¹, em um verdadeiro processo penal de marca europeia comum?

É no enunciado cenário que julgamos fazer sentido, dado o tempo entretanto decorrido (e a relativa sedimentação prática que por isso comportaram tais produtos), a análise de uma das mais relevantes linhas de rumo contidas na Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2013 [COM (2013) 821 final], e da Directiva de 9 de Março de 2016 [Directiva (UE)

¹⁰ Quanto à ideia de processo penal europeu e seus princípios estruturantes, MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, tradução portuguesa do francês por Anabela Muralha, revista por António Barbosa de Melo, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9 (1999), Fascículo 2.º, pp. 233 a 243, e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, “Alguns princípios para um direito e processo penais europeus”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4 (1994), Fascículo 2.º, pp. 209 a 215.

¹¹ N.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E. que estatui, além do mais: “na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Essas regras mínimas incidem sobre: *a*) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; *b*) Os direitos individuais em processo penal; *c*) Os direitos das vítimas da criminalidade (...)”. Parece-nos importante salientar, no entanto, que o reconhecimento mútuo não poderá ser visto como o *fim* a atingir por via da cooperação policial e judiciária, embora seja certamente *um dos objectivos* (e porventura o mais ambicioso) a alcançar através de tal cooperação. Isto é, a cooperação policial e judiciária de cariz transfronteiriço dirige-se e espria-se por outros domínios que não têm sempre, e necessariamente, a iluminá-los um pressuposto e um fito de reconhecimento mútuo (assim, explicitando algumas medidas que escapam ao conceito do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, MÁRIO FERREIRA MONTE e JOANA WHYTE, “Cooperação judiciária e policial em matéria penal”, *Direito da União Europeia — Elementos de Direito e Políticas da União*, coordenação de Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 425 e ss.).

2016/343], que se lhe seguiu, relativas “(...) ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal”. Assim como se nos apresenta útil reflectir sobre o respeito (ou não) da Proposta e posterior Directiva pela fronteira delimitada pelas “regras mínimas” admitidas, em termos gerais, pelo n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.

Se as aludidas Directiva e antecedente Proposta parecem traduzir passos mais ou menos óbvios para a criação de um espaço processual penal *harmonizado* ¹² — sugerindo uma mudança do peso da *cooperação* e do *reconhecimento mútuo* enquanto vias privilegiadas, durante alguns anos, da tentativa de consecução daquele espaço ¹³ —, conduzirão ainda a outras duas questões essenciais e imporão também — agora, quanto à lógica deste estudo — uma prévia explicação de cariz metodológico.

A explicação metodológica prende-se com a circunstância — pensamos que não despidianda — de (e já o deixámos antever) a análise incidir igualmente sobre a preparação da Directiva (ou seja, a respectiva Proposta) e os caminhos que, a partir dessa mesma preparação, então se divisavam. Não atenderemos, portanto, apenas ao “produto final” corporizado no texto da Directiva, mas ainda ao percurso conducente a tal texto. Esta nossa opção contém um propósito eminentemente hermenêutico e analítico-interpretativo, que atende à necessidade de indagar se os tais caminhos para que (pelo menos, à primeira vista) apontava a Proposta acabaram por ser trilhados e cumpridos de modo efectivo, no que à presunção de inocência, e mais exactamente ao *onus probandi* e ao *in dubio pro reo*, tange. Afigura-se-nos, pois, interessante tentar perceber se, no panorama legislativo em questão, é ou não possível surpreender um corte de sentido entre a Proposta e o plasmado no corpo da Directiva. E, caso não exista (como parece não ter existido na totalidade, pelo menos em termos estritamente literais)

¹² Sobre o ímpeto harmonizador da União, com especial enfoque no direito penal substantivo, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 111 a 120, e MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 151.

¹³ JOHN SPENCER, “E.U. fair trial rights — progress at last”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 1, Issue 4, 2010, pp. 447 a 452.

uma completa transposição de soluções entre os dois instrumentos, ensaiar uma perscrutação quanto ao que (aparente ou efectivamente) não vingou da Proposta para a concreção textual da Directiva de 2016.

Mas, como sugerimos, as interrogações suscitadas pela Directiva e anterior Proposta, com o almejo de *harmonização* que parece inerir-lhes, tocam ainda dois nódulos problemáticos, a nosso ver nucleares.

Por um lado, a temática de saber se, segundo uma perspectiva essencialmente nacional, os concretos conteúdos da Proposta e da Directiva importam ou não, quanto ao *onus probandi* e ao *in dubio pro reo*, pontos de “fricção” ou desajuste em relação ao processo penal português actual e seus princípios estruturais mais lídimos ¹⁴.

Por outro lado, a questão — bem mais global e, porventura, mais *filosófica* — de perceber se a Proposta e a Directiva não representarão, no âmago das coisas, a emanção — mais uma ¹⁵ — da ânsia de harmonização enquanto *fim uniformizador* a atingir em si mesmo ¹⁶, e só depois (diversamente daquilo que *a priori* seria de pressupor) *instrumento* para a obtenção de um determinado desiderato, precisamente — e a basearmo-nos na letra do n.º 2 do citado art. 82.º do T.F.U.E. — o do reconhecimento mútuo.

Tudo nos levando a perguntar se, mais do que uma aproximação formal das ordens jurídicas internas em domínio tão relevante quanto

¹⁴ E se, a existirem, acabarão ou não tais desajustes por representar eventuais e verdadeiros entorses a valores há muito adquiridos pelo nosso edifício processual penal pátrio, por referência aos paradigmas normativos — *maxime*, a Constituição — a que vão buscar legitimação e sentido.

¹⁵ Pense-se, a título de exemplo, nas Directivas do Parlamento e do Conselho sobre a interpretação e tradução em processo penal [Directiva (UE) 2010/64], o direito à informação em processo penal [Directiva (UE) 2012/13], e o direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus [Directiva (UE) 2013/48]. Acerca do impacto dos princípios contidos nas duas primeiras Directivas na *praxis* forense da União, cfr. GONÇALO BRAGA DA CRUZ, “Direitos de suspeitos ou acusados em processos penais. Jurisprudência recente do Tribunal de Justiça sobre as Directivas 2010/64/UE e 2012/13/EU”, *Julgar*, N.º 35, 2018, pp. 100 a 115.

¹⁶ Frisando não poder ser a harmonização um fim em si mesmo, JOACHIM VOGEL, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho Penal material en la Unión Europea”, *Revista Penal*, N.º 10, 2002, p. 115.

o da presunção de inocência, por apelo a um suposto fundo ético-civilizacional comum dos vários Estados-Membros, não se teve verdadeiramente como escopo uma harmonização legislativa *unificadora*, em homenagem a um programa valorativo de *quem efectivamente mais governa ou influencia* a União ¹⁷, e só algo *a latere* se pensando em um étimo agregador a partir da natural diversidade dos múltiplos destinatários estaduais e seus sistemas jurídicos nacionais ¹⁸. Sem falar já da — importantíssima — realidade da comunhão ou não das soluções propostas com um “tecto comum” de princípios europeus ligados à protecção dos direitos humanos, contidos, antes do mais, na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, dita Convenção Europeia dos Direitos Humanos (C.E.D.H.), e que — disso não temos dúvidas — deverão(iam) “(...) vivificar os diversos direitos penais nacionais” ¹⁹.

Problemas que não têm, segundo cremos, uma solução hierarquizada, pois que não afrontáveis de um modo estanque e segundo a exacta ordem por que foram enunciados.

Tentemos, então, atingir algumas (e ainda que não apodícticas) propostas de reflexão.

2. Um processo penal europeu harmonizado: meta alcançável (ou, até, desejável)?

2.1. Mesmo para quem o considerou uma “utopia” ²⁰, o projecto

¹⁷ Como que, no final, dir-se-ia, em homenagem a uma certa ideia (e mesmo que não formalmente assumida) de “Constituição Europeia” no campo da administração da justiça penal (a propósito, embora uma vez mais na óptica do direito penal substantivo, e antes do Tratado de Lisboa, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal cit.*, pp. 151 e 161 a 163).

¹⁸ Diversidade que, recordemo-lo, deverá ser sempre respeitada pelas “regras mínimas” em questão (n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.).

¹⁹ A afirmação, com que nos identificamos totalmente, é de ANABELA MIRANDA RODRIGUES (“A globalização do direito penal...”, *cit.*, p. 88).

²⁰ Expressão utilizada por MIREILLE DELMAS-MARTY, que, todavia, em conferência por si proferida no espaço da Assembleia da República Portuguesa, em Maio

de um processo penal europeu não é novo, como nova não é a discussão sobre a melhor forma de concretizar essa “utopia” ou, pelo menos, o modo de garantir que no espaço europeu a aplicação da justiça penal ocorra dentro de determinados parâmetros, democrática e eticamente fundados ²¹.

A radicação do sistema processual penal em um património axiológico irrefragável, ligado à dignidade humana, constitui algo de óbvio em um Estado de Direito como aquele que experimentamos em Portugal. Se (para utilizarmos uma já celeberrima expressão) o processo penal traduz verdadeiro “(...) direito constitucional aplicado (...)”, tal significa que essa filiação constitucional se verifica em duas faces fundamentais: na que deriva “(...) de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente” ^{22 23}.

de 1998, enfatizava: “Tal utopia” (de um processo penal europeu comum), “creio-a necessária e realizável” (“A caminho de um modelo europeu...”, *cit.*, p. 230).

²¹ Parâmetros decorrentes da tradição iluminista, e que ainda hoje constituem um óbvio e irrenunciável paradigma jurídico-político para a generalidade dos Estados europeus democráticos (neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, “De que direito penal...”, *cit.*, pp. 309, 312 e 315). Especificamente sobre um aspecto muito caro à realidade processual penal, já CESARE BECCARIA alertava, em pleno século XVIII, e de um modo preclaro, para a necessidade de que “um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida” (*Dos Delitos e das Penas*, 2.^a edição, tradução do italiano para língua portuguesa por José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, pp. 92 e 93).

²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, p. 74.

²³ A propósito, pensemos no n.º 1 do art. 32.º da nossa Lei Fundamental, de acordo com o qual, e como princípio programático em sede de direitos, liberdades e garantias, “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”. Quanto à relevância constitucional dos princípios contidos no citado art. 32.º, *vide* JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a edição, revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 515 e 516.

Ora, crê-se ser este o primeiro problema a ter em conta na nossa investigação: em um espaço composto por diversos Estados-Membros soberanos e independentes, o que representará o fundo ético-constitucional ao qual pode (*rectius*, deve) um processo penal europeu comum buscar a sua escora legitimadora?

Invocarem-se os princípios gerais contidos nos arts. 47.º e ss. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (C.D.F.U.E.)²⁴ — *maxime*, nos arts. 47.º (“Direito à acção e a um tribunal imparcial”)²⁵ e 48.º (“Presunção de inocência e direitos de defesa”)²⁶ —, constituirá algo de óbvio. Pensamos, sem embargo, não conterem tais normas *per se* consideradas as respostas à questão acabada de colocar. Ou melhor, é evidente que os preceitos em causa consagram proclamações de respeito, no processo penal, pelos direitos fundamentais dos envolvidos (desde logo, dos arguidos) no *iter* processual. No entanto, decorre da mesma C.D.F.U.E., no seu art. 53.º, que os referidos arts. 47.º e ss. — como, aliás, de qualquer outra sua disposição — não devem ser interpretadas no sentido de restringirem ou lesarem “(...) os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos (...) pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos

²⁴ Tal Carta foi proclamada em 7 de Dezembro de 2000 pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, adquirindo força obrigatória enquanto direito originário da União com a vigência do Tratado de Lisboa, por via do n.º 1 do art. 6.º do Tratado da União Europeia (T.U.E.) (sobre a essencialidade do valor jurídico da C.D.F.U.E., cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito da União Europeia*, 2.ª edição, actualizada e aumentada, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 267 a 277).

²⁵ Norma (art. 47.º da C.D.F.U.E.) que reza, além do mais: “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo”.

²⁶ Art. 48.º cujo n.º 1 preceitua que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”, aduzindo o n.º 2 ser “(...) garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”.

do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”. O que nos inculca a conclusão de que, em sede de direitos fundamentais, o nível de protecção conferido pela C.D.F.U.E. haverá de ter como primeiro referente a C.E.D.H.²⁷ e, particularmente, para o que aqui mais releva, o art. 6.º deste convénio. Transportando-nos, pois, para um patamar situado a montante da C.D.F.U.E., configurador da C.E.D.H. como uma fonte de legitimação e, ao mesmo tempo, um estalão normativamente vinculante não só para as ordens jurídicas internas dos Estados-Membros²⁸, mas, por maioria de razão, para o próprio direito emanado dos órgãos institucionais da União Europeia²⁹.

²⁷ Sobre a valia hermenêutica da C.D.F.U.E. na aferição da legitimidade substantiva ou de conteúdo do direito produzido pelas instâncias europeias, ANA CARMONA CONTRERAS, “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 36, N.º 107, 2016, pp. 23, 26 e 27.

²⁸ Sem prejuízo do exposto, veja-se, em Portugal, a recepção directa na ordem jurídica interna do direito contido na C.E.D.H., da qual é signatário, através do princípio constante do n.º 2 do art. 8.º da C.R.P. Já quanto à *vexata quaestio* da exacta hierarquia — se ao nível da Constituição ou, diferentemente, infraconstitucional mas com valor supralegal ou “apenas” para-legal —, na nossa ordem jurídica, das normas e princípios constantes de convenções internacionais às quais o Estado português se vincula, cfr. as posições divergentes de JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e Volume I *cits.*, pp. 258 a 261, e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, revista e aumentada (12.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 119 a 124.

²⁹ Não obstante o que vimos dizendo, convirá não esquecer a circunstância de a União Europeia enquanto entidade *a se*, e pese embora o preceituado no n.º 2 do art. 6.º do T.U.E., não haver ainda ratificado a C.E.D.H., na demonstração do que parece ser uma especial “sensibilidade” daquela quanto a diversas questões do relacionamento entre a sua ordem jurídica e o direito convencional em questão, *maxime*, por causa da fiscalização operada pelo Tribunal de Estrasburgo (ou, em uma determinada perspectiva, da submissão de uma organização internacional — a União — a outra organização internacional — o Conselho da Europa) a propósito de hipotéticas violações aos princípios contidos na C.E.D.H. e responsabilidade extracontratual que daí possa advir (pormenorizadamente, acerca do intrincado processo de possível adesão da União Europeia à C.E.D.H., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito da União Europeia cit.*, pp. 277 e ss. e, em especial no que tange ao aspecto ora por

Em suma, a noção da proeminência normativa — e, consequentemente, heurística, a partir da jurisprudência desenvolvida pelo respectivo Tribunal [Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (T.E.D.H.)] ³⁰ — da C.E.D.H. ³¹ terá de estar bem presente ³² na análise dos instrumentos que possam dar corpo à ideia de processo penal europeu e, portanto, da Proposta e da Directiva em questão ³³.

2.2. Já afirmámos parecerem traduzir as apontadas Proposta e subsequente Directiva um passo tendente à criação de um espaço penal, ou, mais exactamente, de um espaço processual penal, por meio da *harmonização*, o que nos demonstra então um dos modelos possíveis de abordagem dessa mesma construção. Pois que, por um aparente contraste ³⁴, surge-nos também a existência de outra forma

nós mencionado, pp. 288 a 305, FILIPA ARAGÃO HOMEM, “A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos — um roteiro da negociação”, *O Presente e o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, E.Book, Direcção-Geral da Política de Justiça, Lisboa, 2019, pp. 64 e ss., e ainda ANA CARMONA CONTRERAS, “El espacio europeo...”, *cit.*, pp. 23 a 25). Seja como for, para o que aqui tratamos, o ponto não poderá deslocar-se da validade cogente, para a União, do património axiológico inerente ao aludido acordo internacional. Tanto mais que o n.º 3 do art. 6.º do T.U.E. preceitua que os direitos fundamentais, tal como garantidos pela C.E.D.H. e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais.

³⁰ Para uma resenha relativamente recente da jurisprudência do T.E.D.H. sobre processo penal “equitativo”, PAULO DE SOUSA MENDES, “O princípio do processo equitativo na jurisprudência do TEDH”, *Revista de Estudos Europeos*, N.º extraordinário monográfico, 1-2019, pp. 69 a 75, e IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 6.ª edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2020, pp. 186 a 200.

³¹ Cfr ED CAPE, ZAZA NAMORADZE, ROGER SMITH e TARU SPRONKEN, *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, Metro, Antwerp/Oxford/Portland, 2010, pp. 7 a 14.

³² E mesmo que com a jurisprudência do T.E.D.H., no tema de que neste momento cuidamos, nem sempre nos sentimos impelidos a concordar (cfr., *infra*, 4.2., especialmente nota 186).

³³ Tal proeminência normativa é, aliás, assumida quer pela Proposta, quer pela Directiva, nas cláusulas de não regressão expressas, respectivamente, nos arts. 12.º (Proposta) e 13.º (Directiva).

³⁴ Dizemos “aparente contraste” porque, como tentaremos expor *infra* (2.3.) — e não obstante a cada vez maior preponderância da pretensão harmonizadora (quicá,

admissível de consecução do referido espaço, a saber, o do *reconhecimento mútuo* das decisões penais nos Estados-Membros. Sendo até que, como igualmente já notámos, os mecanismos do reconhecimento mútuo e da cooperação policial e judiciária nas questões penais transnacionais constam enunciados, de modo expreso, no n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.

Depararemos, então (e socorramo-nos da terminologia a propósito habitualmente utilizada), com uma suposta divergência de soluções para o tratamento da problemática da criminalidade transfronteiriça na União: a “solução vertical” ou da harmonização (ou aproximação), essencialmente decorrente de regras jurídico-processuais comuns e de aplicação genérica à produção legislativa nacional; e a “solução horizontal” ou do reconhecimento mútuo, segundo a qual os tribunais penais de cada Estado-Membro estarão obrigados a reconhecer eficácia às decisões e solicitações dos tribunais de outro Estado-Membro de um modo mais ou menos automático ³⁵.

A “solução vertical” começou por ganhar expressão visível em 1997, com a criação, sob impulso do Parlamento Europeu e da Comissão, do então apelidado *Corpus Juris*, ou seja, de um conjunto de 35 normas de cariz substantivo e processual, destinadas ao combate às fraudes e aos interesses financeiros da (na altura) Comunidade Europeia, e pensadas como linhas essenciais para a legislação de direito e processo penal dos Estados-Membros nesse domínio. E dois objetivos muito importantes se divisavam então: a progressiva e mais ampla aplicação futura de tais princípios a outros campos da criminalidade transfronteiriça; o estabelecimento de regras consagradoras de diversos direitos de defesa dos suspeitos ou arguidos no seio de um processo penal equitativo ³⁶.

até mesmo uniformizadora) do legislador europeu (*vide* 1.2.) —, porventura as vias da harmonização e do reconhecimento mútuo admitam, ou exijam mesmo, a visão integrada e capaz de uma síntese frutífera das duas realidades.

³⁵ Fazendo uma detida resenha histórica das duas soluções (“vertical” e “horizontal”), MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, *cit.*, pp. 83 a 111.

³⁶ Quanto à razão de ser, características e princípios essenciais (territorialidade europeia, garantia jurisdicional e contraditoriedade) do processo penal preconizado

Por seu turno, o passo mais decidido (e decisivo) para a materialização da “solução horizontal” (e que de início começou por representar um verdadeiro *turning point* em relação à “solução vertical”³⁷) ocorreu, em 2002, com a criação do *mandado de detenção europeu*, destinado ao reconhecimento mútuo das decisões penais tomadas pelas autoridades competentes dos Estados-Membros da União Europeia³⁸. A “marca de água” desta forma de reconhecimento está, claramente, na *não exigência* do tradicional requisito, fundamental na extradição clássica, da *dupla incriminação*³⁹ nos casos em que a

pelo *Corpus Juris*, de dois dos peritos europeus que compuseram o grupo de reflexão que elaborou tal documento, MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu...”, *cit.*, pp. 233 a 243, e JOHN SPENCER, “E.U. fair trial rights...”, *cit.*, p. 447.

³⁷ Os antecedentes de tal *turning point* germinaram no Conselho Europeu de 1998, em Cardiff, e sobretudo no do ano seguinte, em Tampere (cfr. respectivas Conclusões 33.^a, 34.^a e 35.^a), com a generalidade dos Estados-Membros a pronunciar-se no sentido de a cooperação judiciária ser conseguida com recurso ao reconhecimento mútuo [a propósito, JOHN SPENCER, “E.U. fair trial rights...”, *cit.*, pp. 447 e 448, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de detenção europeu — na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13 (2003), N.º 1, pp. 32 a 36, e PEDRO CAEIRO, “Cooperação Judiciária na União Europeia”, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*, coordenação de José de Faria Costa e Marco António Marques da Silva, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, pp. 451 a 453].

³⁸ Cfr., na concretização da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI do Conselho Europeu, de 13 de Junho de 2002, o art. 1.º da nossa Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto. Notando a relativa falta de resistência à implementação e aplicação, pelas autoridades portuguesas, da legislação europeia sobre reconhecimento mútuo, MIGUEL JOÃO COSTA e PEDRO CAEIRO, “Portugal. The implementation of the Directives on Procedural Rights in Law and Practice”, *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law* (edited by Giuseppe Contissa, Giulia Lasagni, Michele Caianiello and Giovanni Sartor), Brill, Nijhoff, Leiden/Boston, 2022, p. 171.

³⁹ Sobre a dupla incriminação, entendida como a regra segundo a qual o facto por que é solicitada a extradição dever constar — mesmo que sob *nomen juris* distintos — dos elencos de crimes (em vigor no momento da prática do facto e aquando da formulação do pedido) quer no Estado requerente, quer no Estado ao qual é dirigida a solicitação extradicional, M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law*, Volume II, 2.nd edition, Transnational Publishers, New York, 1999, pp. 230 a 232,

infracção penal pela qual é solicitada a cooperação se integra no catálogo dos crimes (e nas condições) previsto(a)s no n.º 2 do art. 2.º da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, de 13 de Junho de 2002 ⁴⁰.

A direcção a tomar, entre os dois padrões de actuação abreviadamente expostos, revela-nos, uma vez mais, as encruzilhadas com que a União Europeia se foi confrontando na procura do melhor modo de construção do seu “espaço de liberdade, segurança e justiça”, estando esse desbravar de caminho longe de ser calmo ou consensual, como nos dá conta a criação política ⁴¹, jurisprudencial e doutrinária ⁴² na matéria.

2.3. Não sendo propriamente o nosso *thema*, cremos ser necessário, ainda assim, deixar três breves comentários sobre a aparente antinomia acabada de aludir.

Em primeiro lugar, afigura-se-nos que em área tão sensível quanto a dos princípios estruturantes do processo penal importará porventura menos a via (“vertical” ou “horizontal”) pela qual o “espaço de justiça” vai sendo conseguido, em obediência aos Tratados (*maxime*, ao n.º 2 do art. 82.º da T.F.U.E.), e mais a *democraticidade substancial* emprestada ao concreto processo de construção daquele espaço,

HORACIO DANIEL PIOMBO, *Tratado de la Extradición (Internacional e Interna)*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 252 e 275 a 287, e ainda MIGUEL JOÃO COSTA, *Dedere aut Judicare? A Decisão de Extraditar ou Julgar à Luz do Direito Português, Europeu e Internacional*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 81 a 84. Entre nós, a consagração do princípio da dupla incriminação na extradição passiva (ou seja, aquela que se traduz em pedidos de cooperação dirigidos ao Estado português) ocorre por via da conjugação dos n.os 1 e 2 do art. 31.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Maio.

⁴⁰ *Vide*, na ordem jurídica portuguesa, o n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

⁴¹ O conhecido Programa da Haia, de 2005, proclamou a função primacial desempenhada pelo reconhecimento mútuo enquanto elemento chave da cooperação judicial (MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, *cit.*, p. 114; todavia, chama-se a atenção para o que expressámos *supra*, na nota 11).

⁴² Assim, a título de exemplo, refira-se ser JOHN SPENCER particularmente cáustico e contundente a propósito do rumo tomado para a *mutual recognition* (“E.U. fair trial rights...”, *cit.*, p. 448).

mormente no tocante à auscultação da vontade dos Estados-Membros em relação aos instrumentos jurídicos pensados no seio da União. Mecanismos como o “alerta precoce”⁴³ e, sobretudo — aqui, na importantíssima arena político-negocial do Conselho —, o “travão de emergência”⁴⁴, previstos, respectivamente, no n.º 2 do art. 6.º do Protocolo anexo aos Tratados, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (Protocolo n.º 2), e no n.º 3 do art. 82.º do T.F.U.E., revelar-se-ão de uma importância óbvia, tendendo a garantir a tal *democraticidade substancial* do processo e (a tentativa de conseguir) o respeito por princípios caros aos Estados nos concretos temas abordados. Mecanismos cuja não abdicação do inerente exercício pelos Parlamentos Nacionais (quanto ao “alerta precoce”) e representantes no Conselho (para o “travão de emergência”) constituirá uma verdadeira obrigação (*patriótica*, diríamos) dos Estados-Membros.

Depois, e de um ponto de vista mais intrinsecamente material, teremos de manifestar a nossa aquiescência de princípio à tese, defendida por alguma doutrina, segundo a qual, no tocante ao alcançar de determinadas garantias processuais, tanto para as vítimas como para os arguidos em processo penal, surgirá a harmonização como algo de importantíssimo tendo em vista a criação de um clima de *confiança*⁴⁵ ou — em uma perspectiva porventura mais realista — de *conhecimento*

⁴³ O mecanismo do “alerta precoce” destina-se à aferição do respeito do corpo normativo emanado pelo legislador europeu quanto aos princípios da necessidade e da subsidiariedade (cfr. também art. 5.º do T.U.E.).

⁴⁴ A propósito da razão de ser, função e modo de actuação do “travão de emergência”, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado* (coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 432 e 433; enfatizando que a possibilidade de actuação do “travão de emergência” depende de estarem em causa “aspectos fundamentais”, não necessariamente de natureza constitucional, atentatórios dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, PEDRO CAEIRO, “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu”, *O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes* (coordenação de Constança Urbano de Sousa), Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 253.

⁴⁵ MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, cit., p. 112.

e *vontade de cooperar* ⁴⁶, no seio da União Europeia, quanto à percepção daquilo que deva ser entendido como um patamar mínimo na construção de um processo equitativo. A necessidade de uma prévia harmonização dos ordenamentos jurídicos em torno do dito patamar mínimo surgirá, pois, como um pressuposto nuclear para se proceder a um eficaz reconhecimento mútuo ⁴⁷. Pelo que, em rigor, os dois princípios não poderão ser vistos como antagónicos, mas sim como complementares entre si, por forma a contribuírem para o incremento da cooperação entre distintas entidades judiciais de também diversas ordens jurídicas da União ⁴⁸.

O que nos conduz à terceira ideia básica: a harmonização tenderá a desempenhar o relevante papel de prevenção e resolução dos problemas que a prática do reconhecimento mútuo for colocando ⁴⁹. Mas, para isso, o esforço harmonizador deverá avançar sobre bases seguras na conformação de um efectivo e real *fair trial* (e entendida que seja esta expressão em termos gerais e não apenas por referência ao acto formal do julgamento). Consequentemente, a harmonização de ordenamentos jurídicos não poderá ser vista como um *fin a attingir em si mesmo*, em obediência a um projecto (porventura tentador)

⁴⁶ É que “(...) o reconhecimento mútuo encontra-se mais dependente do *conhecimento* (do sistema jurídico de um Outro re-cognoscível) e da *vontade* (de tratar a acção do Outro como se Minha fora), do que da *confiança*, que consiste somente na assunção de que a prática do outro Estado respeita a respectiva ordem jurídica, ela sim previamente *reconhecida* como equivalente” (PEDRO CAEIRO, “A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 22, Volume 107, 2014, p. 218, nota 42, com itálicos do AUTOR).

⁴⁷ Isso mesmo realçam ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de detenção europeu...”, *cit.*, p. 44, e MÁRIO FERREIRA MONTE e JOANA WHYTE, “Cooperação judiciária e policial...”, *cit.*, pp. 406 a 408.

⁴⁸ Cfr. MARÍA BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO, “La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega”, *Revista Penal*, N.º 24, 2009, pp. 158 a 162, mais centrada nos problemas suscitados pela ausência de harmonização dos diferentes sistemas, a propósito do mandado de detenção europeu, e o *vulnus* daí adveniente para os direitos de defesa dos detidos e, em consequência, para a efectiva construção do espaço de justiça europeu, tal como pensado pelos Tratados.

⁴⁹ MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, *cit.*, p. 116.

de tessitura de uma “malha uniforme” de procedimentos na administração da justiça penal no espaço da União. Pois que a propalada necessidade de confiança recíproca entre os Estados-Membros na cooperação judiciária a estabelecer não se circunscreverá, apenas, *àquilo que já existe* nas ordens jurídicas dos diversos Estados, mas estender-se-á às “mexidas” que o legislador europeu for provocando através das suas iniciativas harmonizadoras. Assim, importa que tais “mexidas” sejam orientadas por um fundo ético comum, reconhecível, desde logo, nos princípios garantidos pela C.E.D.H., e se não revelem como vias “minguadoras” destes mesmos princípios, ditadas por estratégias conjunturais e a coberto de um suposto respeito pelas características idiossincráticas deste ou daquele Estado.

3. O princípio da presunção de inocência: razão de ser, sentido essencial e reflexos processuais e substantivos mais evidentes

3.1. Afirmar-se que a presunção de inocência constitui um dos princípios garantísticos maiores do processo penal de um Estado de Direito democrático ⁵⁰ ganhou já foros de verdadeiro axioma, pelo menos no chamado “mundo ocidental” hodierno ^{51 52}.

⁵⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal e Volume I cits.*, p. 214, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Volume I, 2.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 51 e 52; sobre a ideia de garantismo penal como conjunto de limites e vínculos impostos aos poderes públicos para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos perante intervenções punitivas arbitrárias, LUIGI FERRAJOLI, “Cos’è il garantismo?”, *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2014, pp. 129 a 134.

⁵¹ Independentemente das especificidades próprias dos diversos sistemas penais e processuais penais do tal “mundo ocidental” — e que podem remeter-nos para uma concepção acusatória integrada por um princípio de investigação (como sucede em Portugal: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 30 a 34) ou para uma feição mais dispositiva do processo (caso da generalidade dos países da *common law*) —, a relevância da presunção da inocência é algo de consensual e de que Estado algum de “bem”, atento à preservação e ao respeito pelos direitos

Consagrado (ainda quem com algumas diferenças de grafia ⁵³) no n.º 2 do art. 6.º da C.E.D.H., nos arts. 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (D.U.D.H.) e 14.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (P.I.D.C.P.) ⁵⁴, e no n.º 1 do art. 48.º da C.D.F.U.E., o princípio da presunção de inocência repousa, no nosso ordenamento jurídico, no n.º 2 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), norma segundo a qual “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”.

humanos, deve dispor-se a abrir mão (cfr. THOMAS WEIGEND, “Assuming that the defendant is not guilty: the presumption of innocence in the german system of criminal justice”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, 2014, pp. 285 e 286, e, no mundo jurídico anglo-saxónico, ANDREW ASHWORTH, “Four threats to the presumption of innocence”, *The International Journal of Evidence and Proof*, Volume 10, 2006, pp. 243 a 245).

⁵² A este propósito, o contributo do pensamento de CESARE BECCARIA é, parecidos, quase “demiúrgico” (*Dos Delitos e das Penas cit.*, pp. 132 a 135). Para uma análise das origens e posterior evolução do princípio da presunção de inocência, cfr. ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 29 e ss. Centrando-se na doutrina e sistema jurídico franceses, EDITH GUILHERMONT, “Qu’appelle-t-on ‘présomption d’innocence’?”, *Archives de Politique Criminelle*, N.º 29, 2007, pp. 44 a 50. Sobre a presunção de inocência em Itália — aí crismada de *presunzione di non colpevolezza* (art. 27. da respectiva *Costituzione*) —, GIORGIO ILLUMINATI, *La Presunzione di Innocenza dell’Imputato*, Editore Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 13 e ss., e, explicando convincentemente a homologia jurídica substancial das expressões *non colpevole* e *innocente*, VINCENZO GAROFOLI, “Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XLI, Fascicolo 4, 1998, pp. 1193 e ss. Quanto aos países da *common law*, vide o completo estudo de ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 1 e ss.

⁵³ Diferenças de grafia que poderão ajudar a explicar as distintas concepções da exacta extensão do princípio, *maxime* quanto ao momento a partir do qual deverá a presunção de inocência cessar os seus efeitos para que se inicie o cumprimento de uma decisão judicial condenatória (cfr., *infra*, 5.4., designadamente nota 198).

⁵⁴ Quanto à génese da integração do princípio da presunção de inocência na D.U.D.H. e no P.I.D.C.P., HERVÉ HENRION, “La présomption d’innocence dans les travaux préparatoires au XX.ème siècle”, *Archives de Politique Criminelle*, N.º 27, 2005, pp. 40 a 44.

Geneticamente marcada por uma forte dimensão *defensiva* ⁵⁵, a presunção de inocência assumiu um importante papel a partir da Revolução Francesa e dos ideais por si proclamados (art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — D.D.H.C.), como forma de protecção do cidadão perante os excessos e abusos estatais perpetrados na administração da justiça por via de um férreo processo inquisitório, amiúde escorado em desmedidas *presunções de culpabilidade* ⁵⁶, “confirmadas” por meio da obtenção de tormentosas confissões ⁵⁷.

Na essência, o princípio parte de uma concepção político-jurídica assente na dignidade da pessoa (cfr. arts. 3.º da C.E.D.H. e 1.º da C.R.P.) e naquilo que esta representa para a plena realização de uma comunidade formada, por convicção ética, por seres livres e como tal considerados, aos quais deverá garantir-se o máximo respeito pelas condições da sua genuína afirmação ontológica ⁵⁸. Sobre os quais, portanto, não estando devidamente demonstrado serem autores de um crime, não pode de antemão recair, sob pena de violação da respectiva integridade moral, um preconceituoso pré-juízo da suposta (mas não provada) culpabilidade ⁵⁹ (por aqui se vendo também a óbvia

⁵⁵ Dimensão *defensiva* que, todavia, só poderá ser bem compreendida pelo complementar — e daqui a pouco por nós melhor focado — cariz *participativo* de que tal princípio se reveste, ou seja, aquele que postula a concessão de diversas prerrogativas processuais ao visado, por forma a permitir-lhe influenciar, de modo efectivo, o curso e o sentido do processo (acentuando esta dupla característica, HERVÉ HENRION, “La présomption...”, *cit.*, p. 39).

⁵⁶ Presunções (de *in dubio contra reo*) cunhadas historicamente por uma ideia (teológica) genérica de “maldade” inata ao homem, que assim o acompanharia praticamente desde o cometimento do pecado original (desenvolvendo esta concepção, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cits.*, p. 52, nota 4).

⁵⁷ Assim, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1968, p. 26. A propósito, ver igualmente ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, *cit.*, pp. 29 a 35, e EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, *Revista do Ministério Público*, Ano 23.º (2002), N.º 92, pp. 66 e 71.

⁵⁸ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e Volume I *cits.*, p. 518.

⁵⁹ Sobre esta índole mais filosófica e ética da razão de ser da presunção de inocência, EDUARDO CORREIA, “Les preuves en droit pénal portugais”, *Revista de Direito*

ligação entre o princípio — jurídico-constitucionalmente implícito ⁶⁰ — da culpa, ou seja, do *nullum poena sine culpa*, e a presunção de inocência enquanto seu correlato adjectivo ⁶¹).

De um modo propositadamente sintético, diremos que, para além de cumprir outros méritos, o princípio da presunção de inocência se assume como via privilegiada de diminuição dos riscos da ocorrência de uma *wrongful conviction*, protegendo os inocentes: quer porque aloca o *onus probandi* à entidade (Estado) dotada de reforçados recursos investigatórios; quer porque, ao assim definir a tarefa probatória, refreia a tendência (radicalmente humana) de *a priori* atribuir a culpa àquele a quem foi assestada uma acusação; quer porque, finalmente, faz com que os riscos da não demonstração (para além de toda a dúvida razoável) da culpa do *defendant* recaiam negativamente sobre a pretensão do acusador ⁶².

Em Portugal, mercê da sua consagração no n.º 2 do art. 32.º da C.R.P., a presunção de inocência beneficia do regime jurídico próprio dos direitos, liberdades e garantias, em especial no que toca a ser directamente aplicável e vincular de igual modo as entidades públicas e privadas ⁶³, apenas devendo ceder se e na medida necessária

e de Estudos Sociais, Ano XIV (1967), n.os 1-2, pp. 22 e 23, e MARIA FERNANDA PALMA, “Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 269 a 271.

⁶⁰ Acerca do princípio da culpa como princípio jurídico-constitucional implícito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. As 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, Gestlegal, Coimbra, 2019, p. 602, e JOSÉ DE SOUSA BRITO, “A lei penal na Constituição”, *Estudos Sobre a Constituição*, Volume II (coordenação de Jorge Miranda), Petrony, Lisboa, 1978, pp. 199 e 200.

⁶¹ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e “In Dubio Pro Reo”*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 60 a 63.

⁶² Desenvolvidamente, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, pp. 33 a 37.

⁶³ Realçando esta importante faceta, MARIA JOÃO ANTUNES e JOANA FERNANDES COSTA, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em

para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (n.ºs 1 e 2 do art. 18.º da C.R.P.).

O estatuto legal do arguido [arts. 57.º e ss. do Código de Processo Penal (C.P.P.)], para além de expressão da qualidade de *sujeito* ⁶⁴ e não apenas de objecto daquele no processo penal, decorre também da imbricação da dita garantia constitucional no direito geral de defesa (n.º 1 do art. 32.º da C.R.P.) ⁶⁵, nomeadamente quanto à capacidade de o arguido intervir no processo e, quando alvo de medidas de coacção, dirigidas ao cerceamento dos respectivos direitos, *maxime* da sua liberdade (pensemos na prisão preventiva, prevista nos arts. 33.º da C.R.P. e 202.º do C.P.P.), garantindo que ocorra a inerente aplicação a título excepcional ⁶⁶, apenas na

tribunal em processo penal (COM (2013) 821 Final)”, *A Agenda da União Europeia Sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “Segunda Vaga” e o Seu Previsível Impacto Sobre o Direito Português* (organização de Pedro Caetano), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 29.

⁶⁴ Quanto à caracterização dos traços mais salientes por força dos quais se manifesta a qualidade de *sujeito* do arguido no processo penal português, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos...”, *cit.*, pp. 27 a 30, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cit.*, pp. 314 a 324, e MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 5.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 47 a 49.

⁶⁵ Sobre a prerrogativa geral de defesa do arguido, *cf.*, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “La protection des droits de l’homme dans la procédure pénale portugaise”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 291, 1979, pp. 178 e ss., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos Processuais*, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 238 a 246, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cit.*, pp. 314 a 319, e ainda MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 50 a 54.

⁶⁶ Não devendo, pois, a medida coactiva ser decretada nem mantida sempre que possa ocorrer a aplicação de outra mais favorável prevista na lei (n.º 2 do art. 28.º da C.R.P.). Nesta lógica, tem vindo a cimentar-se, entre nós, o entendimento jurisprudencial de que a alteração de circunstâncias invocada para o agravamento de uma medida haverá de ser, de algum modo, imputável ao sujeito processual por ela visado, isto é, reconduzível a facto praticado pelo arguido ou que com ele contenda directa ou indirectamente, não se mostrando aceitável a alteração coactiva motivada, apenas e tão só, por impulso de outro sujeito processual, designadamente por via da dedução da acusação ou mesmo da prolação da pronúncia ou até da sentença (condenatória), uma vez que qualquer uma destas circunstâncias, tomada apenas *per se* e desacompanhada da verificação dos requisitos gerais referidos no art. 204.º do

medida do indispensável, e segundo uma metódica de proporcionalidade, em função das legítimas finalidades (de realização da justiça) do processo penal (embora em alguns casos, haverá que o reconhecer, aparentando uma ligação aos efeitos preventivos das penas — arts. 193.º, 194.º e 204.º do C.P.P.)⁶⁷.

Por outro lado, e como já há pouco ficou sugerido, o princípio da presunção de inocência denota um insubstituível relevo enquanto diretriz a seguir no domínio probatório: seja por intervenção da máxima *in dubio pro reo* [no sentido de que a falta de provas “(...) não possa, de modo algum, *desfavorecer* a posição do arguido: *um non liquet na questão da prova (...) tem de ser sempre valorado a favor do arguido*”⁶⁸], seja pela protecção do arguido enquanto — ele próprio — elemento de prova no processo penal (aspecto precisamente assumido e frutificado pelo seu referido estatuto processual — cfr. art. 61.º do C.P.P. e elenco de direitos adscritos a tal estatuto).

C.P.P., se traduziria em uma compressão desproporcional do princípio da presunção de inocência, que enquanto tal não admite qualquer tipo de graduação consoante a fase em que o processo se encontre (assim, cfr., por exemplo, Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de Maio de 2013, em www.dgsi.pt).

⁶⁷ MARIA FERNANDA PALMA, “O problema penal do processo penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 47 e 48, e, com uma nota bastante crítica a propósito do que consideram ser a “tentação” prática do decretamento da prisão preventiva *apenas com intuítos preventivos intimidatórios*, em desvirtuamento da aplicação de tal medida coactiva em conformidade com os genuínos ditames da presunção de inocência, EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção...”, *cit.*, pp. 72 a 77, e ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, *cit.*, pp. 113 a 116.

⁶⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 213, com itálicos do AUTOR, que ensina actuar este princípio *sobre factos* (quer os que integram o tipo incriminador, quer os atinentes a causas de exclusão da responsabilidade), *mas não sobre matéria de direito* (p. 215); focando também a temática, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 55 a 59, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 205 e 206, FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 1245 a 1247, e ainda MIGUEL PEDROSA MACHADO, “O princípio *in dubio pro reo* e o novo Código de Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, Volume II, 1989, pp. 596 a 598.

Dupla directriz a valer, note-se, ao longo de *todo o processo penal* ⁶⁹.

Com efeito, independentemente das discussões que possamos travar quanto à exacta coincidência ou não entre o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo* (e já expressaremos, daqui a pouco, a nossa opinião sobre a questão), cremos que grande parte da força e do significado da presunção de inocência se espraia e revela precisamente através da possibilidade (ou, estando reunidos os inerentes requisitos, da *necessidade*) de mobilização do *in dubio pro reo* no momento mais determinante do processo penal, ou seja, naquele em que se exige do ente judiciário responsável — seja o Ministério Público, seja o julgador — a necessária valoração do material probatório e a extracção, adequada à fase processual em causa, da ilação decisória subsequente àquela valoração. O que significa que o princípio da presunção de inocência deve fazer valer os seus efeitos quer em inquérito, com maior acuidade aquando da dedução do despacho final (com vista ao arquivamento ou à acusação), quer na (eventual) fase de instrução, quer (evidentemente) em sede de audiência de julgamento ⁷⁰, e, por fim — caso ocorra —, no momento da apreciação do recurso interposto. Sendo, pois, de repudiar de modo veemente a tendência interpretativa segundo a qual o *in dubio pro reo* se atenua nas fases de inquérito e instrução ⁷¹, “bastando”

⁶⁹ Nestes termos, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, pp. 52 a 54, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 205 e 206, EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção...”, *cit.*, p. 71, ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, *cit.*, p. 79, JORGE NORONHA SILVEIRA, “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 169 a 171, JOAQUIM MALAFAIA, *Os Efeitos das Decisões Judiciais no Processo Penal*, Gestlegal, Coimbra, 2017, p. 81, e ainda CLÁUDIA PINA, “Presunção de inocência e prova indiciária na tramitação processual das fases de inquérito e instrução”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2016 — II, p. 55.

⁷⁰ Sem embargo do agora afirmado no texto, perceber-se-á que a audiência de julgamento e a sua “síntese” substancial, ou seja, a sentença ou acórdão a proferir, constituam o campo processual por excelência de actuação do princípio (MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 205 e 206 e 229 a 232).

⁷¹ Assim, no entendimento — que não podemos acompanhar — de que, na substância das coisas, as preocupações ínsitas ao princípio *in dubio pro reo* não devem

que os indícios aí ocorram em cada caso para que fiquem, por isso mesmo, subtraídos a um juízo *ex ante*, aferidor da respectiva subsistência para a estruturação de uma condenação em julgamento; sem que, portanto, verdadeiramente se atenda à infirmação ou colocação em causa desses indícios — aquando do aludido juízo *ex ante* —, por via do *in dubio pro reo*. Mostrando-se, ao invés, absolutamente imperioso que, no momento da dedução do despacho final de inquérito ou da decisão instrutória, ao invés de se acusar ou pronunciar “à cautela”⁷², se perceba logo, de um jeito realista, se os indícios recolhidos permitirão ou não supor a culpabilidade do arguido e a consequente condenação para lá de algo semelhante a uma *reasonable doubt* (arts. 283.º, n.ºs 1 e 2 e 308.º, n.ºs 1 e 2 do C.P.P.)⁷³. Não fazer isto, ou fazer menos do que isto, constituirá um erro, e em um duplo sentido: técnico-jurídico, pelas razões acabadas de explicar

condicionar a prolação do despacho de acusação ou de pronúncia, cfr., na doutrina, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, cit., p. 72, e 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 edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 356, e, em termos jurisprudenciais, o Acórdão da Relação de Évora de 15 de Outubro de 1991 (*Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 410, p. 903). Entendimento, aliás, claramente rejeitado pelos Acórdãos da mesma Relação de Évora de 1 de Março de 2005 e 2 de Junho de 2015, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009 (todos *in* www.dgsi.pt), e ainda pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 439/2002, de 23 de Outubro de 2002 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

⁷² A sugestiva expressão é de MARIA FERNANDA PALMA (“Acusação e pronúncia...”, cit., p. 273).

⁷³ Falando da necessidade de uma *alta probabilidade* de condenação ou de uma *maior probabilidade* de condenação do que de absolvição, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, pp. 132 e 133; em sentido globalmente coincidente, MARIA FERNANDA PALMA, “Acusação e pronúncia...”, cit., pp. 278 e 279, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 2020, *in* www.dgsi.pt. Já JORGE NORONHA SILVEIRA, criticando — a nosso ver, com razão — a pouco precisa formulação legal da “suficiência de indícios” (ou seja, a “possibilidade razoável” de, por via deles, ocorrer a aplicação ao arguido, em julgamento, de uma pena ou medida de segurança — art. 283.º, n.º 2 do C.P.P.), sustenta a necessidade de existir uma verdadeira convicção de probabilidade de futura condenação, na formação da qual a superação do princípio da presunção de inocência deverá estar indiscutivelmente presente (“O conceito de indícios...”, cit., pp. 171 e 172).

sobre a necessidade de observância do princípio *in dubio pro reo* ao longo de todo o processo; político-criminal, pelo que poderá revelar (e relevar) de uma menor consciencialização (democrática) do peso deletério e do labéu que a prolação de uma acusação ou de uma pronúncia sempre acarretam para o visado ⁷⁴, no seio de uma “máquina de justiça” cujas legitimação e eficiência não se aferem — e não podem ser aferidas — pelo número de acusações ou remessas a julgamento (e, até, de condenações penais) produzidas ⁷⁵.

Outro tanto, *mutatis mutandis*, valerá para compreendermos a conexão entre o princípio da presunção de inocência e a protecção do arguido nas suas vestes de elemento probatório. Aspectos tão nucleares como o *direito ao silêncio* enquanto reverso do direito a ser ouvido no processo [e que se traduz na faculdade de *não prestação de declarações* sobre o objecto processual sem que daí lhe advenham, *na prática*, consequências jurídicas nefastas em termos de apreciação probatória — cfr. arts. 61.º, n.º 1-d), 141.º, n.º 4, 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, todos do C.P.P.] ⁷⁶ e, em geral,

⁷⁴ Acentuando este particular aspecto, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, p. 28; no mesmo sentido, TIBOR KIRÁLY, “Significato e valore della presunzione d’innocenza”, *L’Indice Penale*, Anno XXVI, 1992, p. 12.

⁷⁵ Cremos que a questão, do lado do sujeito investigador, mexe também — e decisivamente — com o próprio estatuto do Ministério Público no processo penal, cuja acção deve subordinar-se a estritos critérios de legalidade e objectividade [cfr. n.º 1 do art. 219.º da C.R.P., n.º 1 do art. 53.º do C.P.P. e n.º 1-a) e d) do art. 4.º da Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto], mas também, e em igual medida, a um inafastável princípio de lealdade processual, enquanto vias de legitimação, em um Estado de Direito, da própria existência e actuação daquele sujeito processual [sobre esta subordinação, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Do princípio da ‘objectividade’ ao princípio da ‘lealdade’ do comportamento do ministério público no processo penal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128.º (1996), N.º 3860, pp. 345, 346, 349 e 350, e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 133 e 134]. Quanto ao juiz de instrução, tudo terá que ver, como se percebe, com a essência do seu múnus de administração da justiça penal de acordo com a lei e o direito (n.º 2 do art. 202.º da C.R.P., n.º 1 do art. 9.º do C.P.P. e n.º 1 do art. 3.º da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho) (a propósito de tal múnus, e em tese, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 17 e ss.).

⁷⁶ Sobre o direito de prestação de declarações pelo arguido e, por contraposição, as dimensões do direito ao silêncio e sua caracterização como *nullum* jurídico,

MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 86 e ss., e 125 e ss., MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Sub Judice. Justiça e Sociedade*, N.º 4, 1992, pp. 25 e 26, MARIA FERNANDA PALMA, “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (o direito de silêncio do arguido)”, *Revista do Ministério Público*, Ano 15.º (1994), N.º 60, p. 107, ANTÓNIO BRITO NEVES, “A valoração do silêncio do arguido na formação da convicção do juiz”, *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* (coordenação de André Paulino Piton e Ana Teresa Carneiro), Rei dos Livros, Lisboa, 2016, pp. 206 e ss., e ainda SOFIA SARAIVA DE MENEZES, “O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, *Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (coordenação de Teresa Pizarro Belezza e Frederico da Costa Pinto), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 125 e ss. Poderá bem acontecer que as declarações do arguido, que o mesmo sabe desconformes à objectividade do realmente consigo acontecido, tenham o condão de, no contexto do processo — e perante uma conjuntura probatória global débil —, fazer mergulhar o tribunal em dúvidas sérias e inultrapassáveis quanto à boa sustentação da acusação, acabando mesmo por fazer intervir, em um panorama de fortes interrogações (*where the truth lies?*), a solução absolutória decorrente do *in dubio pro reo* (não, pois, porque haja ficado o órgão judicial genuinamente convicto da veracidade das declarações em causa, mas porque, de outra banda, o que surge como incriminatório do lado da acusação se mostra muito fruste ou periclitante e não resiste à mencionada vaga de dúvidas). Para além do aspecto mais complexo da dimensão ôntica da verdade que possa servir de paradigma valorativo para a aferição da mentira (dado não traduzir a verdade processual penal, tal como fixada pelo tribunal, sempre e necessariamente, a história do objectivamente eclodido, mas sim uma verdade subjectiva, prática, de convencimento da entidade julgadora — *vide* nota 100), isto é também algo de intrinsecamente ligado à questão, doutrinariamente não pacífica, de saber se, exceptuado o dever de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade [arts. 61.º, n.º 3-b), 141.º, n.º 3, 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1 e 342.º, n.ºs 1 e 2 do C.P.P.], existirá ou não um direito do arguido a *mentir* nas declarações que presta no processo penal, *maxime* acerca dos factos que lhe são imputados. Tratando-se de algo já um pouco lateral ao nosso tema, não deixaremos, mesmo assim, de chamar a atenção para a circunstância — decerto confirmada por alguns casos da prática forense — de que, independentemente do juízo ético que a propósito possa haver a tentação de tecer, as declarações inverídicas do arguido tendem, em determinadas situações, a revelar-se uma arma da sua estratégia de defesa com vista à obtenção de uma decisão absolutória. Pelo que, diversamente do exercício do silêncio (que, por si só, e como dissemos, não pode dar azo a ilações probatórias *contra reo* — *cfr.*, todavia, nota 91), a prestação de declarações pelo arguido, mesmo que convictamente por ele produzidas em contradição com a verdade objectiva do acontecido, é passível de gerar consequências probatórias importantes, com relevância no desfecho da causa, quer em favor, quer em desfavor do declarante. No entanto,

o direito à não auto-incriminação e não colaboração do arguido para a sua própria condenação ⁷⁷, decorrem também da já referida elevação deste último a verdadeiro sujeito, e não mero objecto, de um mecanismo dialéctico e sequencial de actos (o processo) com significância na sua posição adjectiva e substancial mais funda. Logo, reconhecer-se-lhe uma gama de direitos tendentes à definição do seu próprio posicionamento intra-processual ao longo do mencionado *iter*, no que a ele tange e de que ele depende, acaba por ser outra das *marcas de água* de um sistema no qual os eventuais contributos

entendeu a lei — correctamente, segundo cremos — que uma hipotética ameaça de punição autónoma das declarações inverídicas do arguido para fins, por exemplo, da respectiva integração em um crime de falsidade de declaração, constituiria uma limitação inaceitável do seu direito de defesa efectiva, pelo que excluiu essa mesma punição. De acordo com alguma doutrina, não se tratará de reconhecer legalmente um “direito à mentira”, mas sim de garantir que inexistam corolários práticos para o arguido que minta (assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 258 e 259, que colocam ainda a pertinente questão de saber se, não obstante o afirmado, a mentira do arguido não poderá integrar outros tipos incriminadores, como a denúncia caluniosa ou a difamação, ou não constituirá ilícito civil; a propósito, ver também GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cits.*, pp. 316 e 317).

⁷⁷ Em geral, quanto ao *nemo tenetur se ipsum accusare* e sua imbricação com a presunção de inocência (objecto, bem mais vasto, sobre o qual não se debruçam estas linhas), MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, p. 125, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, 3.^a edição, revista, actualizada e aumentada, 6.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 163 e 164, e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova Contra Si Mesmo. Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 213 a 223. Especificamente à face da ordem jurídica portuguesa, após as alterações trazidas pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, a propósito do uso em julgamento de declarações prestadas em fase processual anterior pelo arguido [n.º 4-b) do art. 141.º, em conjugação com o art. 357.º, ambos do C.P.P.], e compatibilização ou não de tal expediente processual com o respeito pelo direito do arguido à sua não auto-incriminação, cfr. FREDERICO DA COSTA PINTO, “Razão e finalidade da revisão de 2013 do Código de Processo Penal”, *Themis*, Ano XIII, N.ºs 24/25 (2013), pp. 194 a 197, e ISABEL ONETO, “As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Volume 2, N.º 2 (2013), pp. 176 a 180.

probatórios do arguido têm na base, e *como princípio* ⁷⁸, o “(...) exercício esclarecido da sua liberdade” ⁷⁹, em homenagem à ideia de que, devendo “(...) ser considerado e tratado como se fosse inocente, não se haverá de ter de contar com ele para esclarecer os factos objecto do processo” ⁸⁰. Tudo confluindo para que não se verifiquem intrincadas (e inexplicáveis) condenações criminais pré-definidas ou *a priori* garantidas a partir dessa (possível) atitude omissiva do arguido ⁸¹.

E importará não esquecer, por último, o reflexo que a pendência de um processo penal comporta, em termos sociocomunitários, para a figura do suspeito ou arguido. Por isso, o princípio da presunção de inocência deve desempenhar um papel fiscalizador junto dos poderes públicos, que têm assim o dever de dispensar àquele — e enquanto não houver decisão final condenatória transitada em julgado ⁸² — um tratamento substancialmente idêntico ao reservado a quem não tem

⁷⁸ Dizemos “como princípio”, pois, nos termos do n.º 3 do art. 126.º do nosso C.P.P., são ressalvados na lei os casos (exemplo do art. 154.º, n.º 3 do mesmo C.P.P.) relativamente aos quais não será legítimo ao arguido recusar, em nome de um suposto direito à não auto-incriminação, sujeitar-se a algumas *démarches* probatórias coercivamente determinadas (exames, revistas, buscas, reconhecimentos ou acareações: com a menção a nódulos problemáticos que a propósito podem surgir, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, pp. 127 a 132, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova...*, *cit.*, pp. 717 e ss., e SOFIA SARAIVA DE MENEZES, “O direito ao silêncio...”, *cit.*, pp. 133 a 135).

⁷⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, p. 202.

⁸⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, p. 252; também assim, MARIA FERNANDA PALMA, “A constitucionalidade do artigo 342.º...”, *cit.*, p. 107.

⁸¹ Condenações criminais que, a acontecerem, nos aproximariam, assim, dos absurdos (e tenebrosos) arquétipos tão bem retratados por FRANZ KAFKA no seu clássico *O Processo* (tradução para língua portuguesa de Álvaro Gonçalves, Livros do Brasil, Porto Editora, Porto, 2015, pp. 121 e ss.) (sobre isto, cfr. ainda MARIA FERNANDA PALMA, “O problema penal...”, *cit.*, pp. 43 e 44).

⁸² Sendo este, aliás, um dos pontos intrigantes da Proposta e da Directiva ora sob estudo, ao focarem apenas a necessidade de a presunção de inocência vigorar a favor do suspeito ou arguido “(...) enquanto a sua culpabilidade não for *legalmente provada*” (art. 3.º da Proposta, com itálicos nossos), ou “(...) a sua culpa não for *provada nos termos da lei*” (art. 3.º da Directiva, novamente com itálicos nossos) — o que nos remete para o quadro jurídico-constitucional e legal a propósito vigente em

a impender sobre si uma investigação, acusação ou decisão de cariz penal⁸³. De algum modo ligado ao acabado de focar (e precisamente devido ao regime previsto no n.º 1 do art. 18.º da C.R.P., directamente aplicável e vinculativo para entidades públicas e privadas), com consequências na imagem que do arguido é transmitida para *fora do processo*, ganha actualmente especial relevo, na sociedade de informação massificada em que vivemos, o papel dos *media*⁸⁴. Bastando que pensemos, a este propósito, na sua importantíssima função informativa (mas, seguramente, também formativa), e no efeito exponenciador que junto da comunidade pode adquirir a mensagem noticiosa veiculada quanto aos contornos do processo e à concreta posição do arguido nesse mesmo contexto⁸⁵.

3.2. Dos tópicos aflorados parece-nos emergir já a resposta à questão — que durante algum tempo agitou a doutrina — de saber se entre presunção de inocência e *in dubio pro reo* existirá ou não uma relação de inteira coincidência, revelando os dois princípios uma única

cada Estado-Membro —, e não, *ipsis verbis*, até ao *trânsito em julgado* dessa condenação (cfr., *infra*, 5.4.).

⁸³ TIBOR KIRÁLY, “Significato e valore...”, *cit.*, p. 8, e JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A questão da presunção de inocência do arguido”, *Revista do Ministério Público*, Ano 11.º (1990), N.º 42, pp. 40 e 41.

⁸⁴ As imagens mediaticamente construídas tendem a ganhar especiais e fortes “tintas” em determinados tipos de crimes, como, por exemplo, os sexuais ou os ligados ao exercício de funções públicas (quanto aos crimes sexuais, no enquadramento de um *direito penal da segurança*, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português de Condenados Por Crimes Sexuais Contra Menores no Actual Panorama do Expansionismo Jurídico-Penal*, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 32, nota 22).

⁸⁵ Sobre isto, MARIO CHIAVARIO, “O impacto das novas tecnologias: os direitos do indivíduo e o interesse social no processo penal”, tradução do original italiano para língua portuguesa por Cláudia Cruz Santos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7 (1997), Fascículo 3.º, pp. 392 e 393. Mais complexa, ainda — e porventura a integrar a prática de ilícitos penais —, se situa a problemática da transmissão, pelos *media*, de uma determinada imagem pública do arguido no seio e a propósito de um processo que se encontre a coberto do segredo de justiça, sobretudo se tal imagem for sendo construída a par (e *pour cause*) da revelação do conteúdo de concretos actos ou diligências processuais em curso.

e mesma realidade ⁸⁶. Tanto quanto nos parece, a presunção de inocência contém em si uma abrangência e um âmbito bem mais largos que “apenas” o de determinarem, em caso de dúvida na apreciação do material probatório, o desenlace ínsito ao *in dubio pro reo*. Direitos como o *ius* ao silêncio ou à não auto-incriminação, apesar de inequivocamente ligados à produção dos meios de prova, e traduzindo sempre lídimas manifestações de uma ideia de *favor rei* ⁸⁷, não conduzem, *ipso facto* (pelo menos de modo necessário), à intervenção do *in dubio pro reo*. Como vem sendo enfatizado pela doutrina e jurisprudência portuguesas, este princípio acaba por constituir um limite normativo do princípio da livre apreciação da prova na medida em que impõe uma orientação vinculativa para os casos de dúvida sobre os factos ⁸⁸; todavia, a sua chamada à colação não deverá ocorrer senão nas situações em que a dúvida sobre a factualidade imputada ao arguido se ergue ao decisor com uma magnitude, extensão e complexidade não removíveis de um modo racional ⁸⁹. Não é, pois, uma qualquer dúvida que permitirá e reclamará o surgimento da solução cognitivo-decisória do *in dubio pro reo*, mas apenas uma dúvida razoável, objectivável, racionalmente estruturada, não arbitrariamente fundada em meras conjecturas, e, sobretudo, que persiste inultrapassável após uma denodada tentativa de cabal esclarecimento dos factos. Deste modo, ocorrerá a violação do princípio se for manifesto que o julgador, perante essa dúvida relevante e insanável,

⁸⁶ Relação de inteira coincidência que parece ter sido defendida em Portugal por MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA (*Curso de Processo Penal*, Volume I, Editora Danúbio, Lisboa, 1986, pp. 214 a 217), e há muito em Itália por GIUSEPPE BETTIOL [“La regola ‘in dubio pro reo’ nel diritto e nel processo penale”, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Annata IX, 1937 (XV), pp. 248 e 249].

⁸⁷ ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, cit., p. 76.

⁸⁸ Assim, JOAQUIM MALAFAIA, *Os Efeitos das Decisões...*, cit., p. 81, e, na jurisprudência, entre muitos outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 2023 (www.dgsi.pt), e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 103/2018, de 21 de Fevereiro de 2018 (www.tribunalconstitucional.pt).

⁸⁹ FREDERICO DA COSTA PINTO menciona, neste domínio, uma dúvida *pertinente, razoável e não resolúvel* (*A Categoria da Punibilidade...* e Tomo II *cits.*, pp. 1245 e 1246, nota 357).

decidiu, ainda assim, contra o arguido, acolhendo a versão que o desfavorece ⁹⁰.

Rigorosamente, e como afirmámos, o legítimo exercício do direito ao silêncio ou à não auto-incriminação, nas suas diversas manifestações, poderá nem sequer conter o condão de gerar dúvidas irremovíveis ou insanáveis no espírito do julgador ⁹¹. Portanto, não terá grande

⁹⁰ Em tais termos, Acórdão da Relação de Lisboa de 29 de Setembro de 2021, *in* www.dgsi.pt. Importará perguntar, porém, se a aferição, em concreto, do (des)respeito pelo princípio *in dubio pro reo* não deverá revestir igualmente uma feição *objectiva*, no sentido de tornar perceptível se, por vezes, apesar de o julgador não experimentar dúvidas insanáveis, *deveria, contudo, tê-las experimentado*, em face dos elementos probatórios de que dispôs para alicerçar a sua decisão. Ora, para se levar a cabo tal aferição, sobretudo em via de recurso, torna-se absolutamente essencial perscrutar o percurso cognitivo-decisório seguido pelo tribunal, explicado na motivação da decisão (*infra*, 3.6), pois só assim se compreenderá se, aos olhos de um observador minimamente sagaz, a convocação ou não do *in dubio pro reo*, à luz da normalidade das coisas, segundo as máximas da experiência ou de critérios lógicos, concretamente se justificaria [cfr. art. 410.º, n.º 2-a) e c) do nosso C.P.P.; a propósito, *vide*, ainda, o Acórdão da Relação do Porto de 14 de Julho de 2020, em www.dgsi.pt].

⁹¹ Com efeito, casos haverá nos quais o silêncio não faz nascer qualquer dúvida quanto à prática dos factos pelo arguido e inerente culpabilidade a extrair dos mesmos, perante o acervo probatório já existente no processo. Podendo até ocorrer, em algumas situações, consequências *fáticas* a partir de tal silêncio, com impacto negativo na posição do arguido, “(...) quando do silêncio derive o definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infracção” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 449). Tendo em conta esta constatação, SOFIA SARAIVA DE MENEZES advoga que deveria ser o juiz “(...) bastante explícito ao alertar o arguido não só para a existência do seu direito em permanecer calado, mas também para o seu verdadeiro significado e, em especial, para o facto de o seu exercício acarretar, provavelmente, um abdicar das circunstâncias atenuantes” (“O direito ao silêncio...”, *cit.*, p. 130). Apesar de compreendermos o sentido da observação, pensamos que, em certas hipóteses, o alerta ora propugnado poderia tender, *na prática*, a uma eventual constrição do livre exercício do direito ao silêncio do arguido, por a advertência do juiz à questão das circunstâncias atenuantes conter em si a susceptibilidade de ser entendida como um *anúncio antecipado* da convicção (condenatória) em relação ao destino do julgamento. A nosso ver, indispensável será, isso sim, que, com o escrupuloso cumprimento do n.º 1 do art. 343.º do C.P.P. pelo tribunal, fique o arguido consciente que da circunstância de se remeter ao silêncio nenhum facto (a ele prejudicial) constante da acusação pode ter-se como assente,

sentido a indagação sobre uma qualquer putativa relação entre a não prestação de declarações quanto ao conteúdo factual da acusação e um panorama de dúvidas... que não existam, e não sejam geradas pelos aludidos mutismo ⁹² ou não colaboração probatória ⁹³.

Em suma, consubstanciando talvez a mais impressiva das dimensões pelas quais, no capítulo da prova, se espraia o valor da presunção de inocência — até no sentido de constituir a garantia processual por excelência da sua efectividade, bem como do princípio da culpa ⁹⁴ —, o princípio *in dubio pro reo* será apenas uma daquelas mesmas dimensões probatórias ⁹⁵.

sem embargo daquilo que de benéfico ou negativo para a sua defesa o processo já contenha ou venha a conter. A propósito, note-se, aliás, que, no *Caso John Murray versus Reino Unido* (aresto de 8 de Fevereiro de 1996, disponível em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/), pareceu o T.E.D.H. admitir (de uma maneira *prima facie* algo discutível) a extracção de ilações probatórias negativas a partir do silêncio do arguido; todavia, decorre da lógica global do texto da decisão que, na substância das coisas, a Corte de Estrasburgo não considerou o silêncio capaz de, *per se* e desacompanhado de outros meios probatórios, alicerçar a ideia da culpabilidade do arguido. Mais especificamente, a ausência de eventuais explicações do *defendant* quanto a alguns aspectos do caso foi vista como representando apenas a omissão, por parte da defesa, daquilo que poderia combater ou desfazer a imagem de culpa construída a partir de outros elementos de prova (que não, pois, o silêncio) já existentes no processo (assim, cfr. ANTÓNIO BRITO NEVES, “A valoração...”, *cit.*, pp. 216 e 217).

⁹² Em moldes algo simétricos ao que dizemos no texto, também o próprio exercício do direito à prestação de declarações pelo arguido (declarações, note-se, infirmativas do teor da acusação ou pronúncia sobre ele incidente), dotadas que sejam — à luz de uma consideração serena, sensata e inteligente das normais regras da experiência da vida — de um especial grau de inverdade, incoerência, irrealismo ou “fantasia” perante aquilo que o processo oferece já de fundamentamente condenatório, poderá até contribuir, não para a necessidade do recurso ao *in dubio pro reo*, mas sim, pelo contrário, para a remoção de eventuais dúvidas que o julgador pudesse albergar no seu espírito quanto ao bem sustentado teor da imputação penal dirigida ao declarante (quanto a um exemplo figurável a tal propósito, ANA MARIA BARATA DE BRITO, “A valoração da prova e a prova indireta”, *Da Prova Indirecta ou Por Indícios*, E.Book, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2020, pp. 126 a 129).

⁹³ Cfr. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova...*, *cit.*, p. 700.

⁹⁴ FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade...* e Tomo II *cit.*, p. 1245.

⁹⁵ Também assim, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 55 a 57, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cit.*, p. 97,

3.3. Um outro aspecto, atinente à genuína natureza da presunção de inocência e às influências que desencadeia em termos de “obrigação” ou “ónus” na produção da prova, deve ser enaltecido. É que a presunção de inocência não constitui uma verdadeira presunção, na acepção habitualmente reconhecível a esta categoria do mundo jurídico ⁹⁶, pois não assenta em um qualquer exercício indutivo de inferência a partir de um específico dado factual concreto conhecido do ente judiciário para se atingir uma conclusão de não culpabilidade do suspeito ou arguido ⁹⁷. Diversamente, a presunção (ou “ficção” ⁹⁸) em causa decorre de um princípio imposto pela ideia de Estado de Direito (que, aliás, dota de legitimidade a intervenção penal) ⁹⁹, em homenagem ao basilar valor constitucional do respeito pela dignidade humana.

Pelo que duas reflexões se nos afiguram sumamente importantes.

Por um lado, a que se liga à natureza da verdade processual penal enquanto *verdade intra-processual*, construída no processo pelo juiz a

ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, cit., pp. 76 a 81, EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção...”, cit., pp. 70 e 71, e RUI PATRÍCIO, *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no Actual Processo Penal Português (Alguns Problemas e Esboço Para uma Reforma do Processo Penal Português)*, 2.^a reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004, pp. 33 a 37, e, mais recentemente, *A Presunção da Inocência no Julgamento em Processo Penal — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 44 a 47.

⁹⁶ Normando o art. 349.º do Código Civil (C.C.) português que presunção é a ilação “(...) que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”.

⁹⁷ Concordantemente, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cits.*, p. 52, RUI PATRÍCIO, *O Princípio da Presunção...*, cit., p. 37, e JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A questão da presunção...”, cit., pp. 37 e 38; colocando a inter-rogação de, em ordenamentos como o espanhol, a presunção de inocência (*de todo o cidadão*, que não, apenas, de todo o arguido) poder ser perspectivada como uma verdadeira presunção em termos jurídicos, HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da C.R.P.)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXX, 1994, pp. 455 e 456.

⁹⁸ Expressão utilizada por JOSÉ SOUTO DE MOURA (“A questão da presunção...”, cit., pp. 39 e 40).

⁹⁹ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, cit., pp. 63 a 65.

partir do *facto processual*, ou seja, do episódio ou “pedaço de vida” referido na acusação ou pronúncia e que o julgador deve comprovar e apreciar tal como ele se apresenta na audiência (sem com isso ultrapassar os limites que conformam o respectivo objecto), a fim de posteriormente o sindicado jurídico-penalmente. Assim, e por definição, a verdade processual penal constitui uma verdade *judicial e prática*, porquanto decorrente de uma certeza subjectiva, na consciência ética do julgador, da culpabilidade do arguido pela perpetração de determinado facto (activo ou omissivo) e da sanção que lhe deve caber ¹⁰⁰. Mas, como se compreende, a obtenção de tal verdade tem de ser explicável e, sobretudo, superar o crivo próprio da presunção de inocência, *maxime* na feição probatória corporizada pela força do princípio *in dubio pro reo*. Como já sugerimos, o tribunal tem de ultrapassar, na sua certeza subjectiva, qualquer eventual dúvida séria e razoável que possa sentir quanto à prática do facto pelo arguido e-ou à inerente culpabilidade, sob pena de, não conseguindo superar essa dúvida,

¹⁰⁰ Sobre a detida caracterização da verdade processual penal, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’ em processo penal”, *Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca Por Ocasão dos Seus 70 Anos. Liberdade, Sempre!* (organização de Lígia Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca), Livraria Pedro Cardoso, Praia, e Almedina, Coimbra, 2020, pp. 585 a 591, TOMÁS VIVES ANTÓN, “El proceso penal de la presunción de inocencia”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 28 a 30, e ainda ANTÓNIO CORTÊS, “A fundamentação das decisões no processo penal”, *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XI, 1997, Tomo I, p. 320. Verdade intra-processual que já de si é sempre algo “formal” (pois que “elaborada” a partir de um determinado percurso metódico delineado pelas próprias regras processuais) e “contextual” (porque dependente da prova adquirida e da quantidade e qualidade de informação e conhecimento que tal prova inclui) [ROSSANO ADORNO, “La fisionomia del *thema probandum* nel processo penale”, *Il Foro Italiano*, Anno CXXXVIII, N.º 4, 2013, pp. 134 e 135; no mesmo sentido, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-Arguido*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 193 e 194, e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19 (2009), N.º 1, pp. 123 e 124].

formular o juízo fáctico que se mostre mais favorável ao visado. E isto, note-se, não necessariamente porque esteja o decisor convicto da inocência do arguido, mas *porque não está convencido da respectiva culpa*. O que nos mostra bem como a verdade processual penal construída a partir do *in dubio pro reo* constitui, digamo-lo assim, uma *verdade ainda mais prática*, no essencial sentido de que tem como primacial fito o de obviar à (pessoal e comunitariamente insuportável) condenação penal de um possível (*rectius*, presumível) inocente. Tal verdade não é, pois, divisável segundo uma (sempre perigosa) concepção de verdade absoluta enquanto dado apriorístico a aceder a todo custo pelo processo ¹⁰¹, mas sim como o resultado *possível* de um conhecimento também *possível* da fisionomia factual do caso trazido a juízo. Com efeito, “(...) es cierto que la tarea del juez en la indagación de los hechos está dirigida a la búsqueda de la verdad, pero lo que no parece es que la presunción de inocencia cumpla aquí un papel epistemológico. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (...), sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo qual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico, y esto es precisamente lo que hace que la presunción de inocencia no sea un caso de la falacia del *argumentum ad ignorantiam*: al utilizar ese principio, el juez no argumenta en el sentido de passar de “no está suficientemente probado que Fulano haya cometido el delito X” a “*es verdade* que Fulano no ha cometido el delito”, sino que de la primera proposición (conjuntamente con el principio en cuestión) se passa a “Fulano *debe ser* absuelto del delito X”, es decir, la conclusión es un enunciado práctico, no teórico” ¹⁰².

¹⁰¹ Focando as bases filosóficas de que parte, neste domínio, o processo penal democrático de cariz acusatório, por contraposição à “máquina inquisitória” (supostamente) apta à captação, *no matter how*, da verdade imposta pelo Estado de forma heterónoma, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’...”, *cit.*, pp. 583 a 585, e TOMÁS VIVES ANTÓN, “El proceso penal...”, *cit.*, pp. 27 a 30.

¹⁰² As lapidares palavras transcritas são de MANUEL ATIENZA (“Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés

Percebendo-se, conseqüentemente, que, em um regime como o português, no qual vigora o axial princípio da livre apreciação da prova, segundo as regras da experiência e a convicção de quem julga (art. 127.º do C.P.P.), não se ache taxado por lei, e salvas raras exceções ¹⁰³, o valor a atribuir a cada meio probatório no processo de

Ibáñez”, *Jueces Para la Democracia*, N.º 22, 1994, p. 84, com itálicos do AUTOR; concordantemente, THOMAS WEIGEND, “Assuming that the defendant...”, *cit.*, pp. 287 a 290). A propósito, é impossível não recordar, como exemplificação prática do conceito, o magnífico *Doze Homens em Fúria* (*Twelve Angry Men*), filme realizado em 1956 pelo cineasta norte-americano Sidney Lumet, no qual a personagem interpretada pelo actor Henry Fonda luta para explicar, contra todos os preconceitos ontológicos e sociais dos restantes membros do tribunal de júri de que faz parte em um julgamento por crime de parricídio, a sua dúvida insanável acerca da culpabilidade do acusado, por forma a que tal dúvida, mesmo sem o convencer em absoluto da não prática do crime pelo arguido, se afigura como bastante para conduzir à respectiva absolvição. Em tal contexto, é ainda de referir que a situação representada na obra nos desvela importantes aspectos ligados ao funcionamento psicológico e sociológico do júri, em determinados momentos especialmente marcado por vícios “seguidistas” da posição da maioria e “sentimentalistas” no modo de ver as coisas. “Seguidismo” e “sentimentalismo” susceptíveis, pois, de se revelarem contagiantes para os diversos membros do júri e neles gerando como que uma sensação desresponsabilizadora da necessidade de uma autêntica assunção ético-individual e racional na análise do material probatório existente em audiência, e do insubstituível papel que o *in dubio pro reo* terá sempre de desempenhar nessa sede. Com isto não querendo nós significar, no entanto, que, na sua essência, a apreciação judicativo-decisória deva ser uma operação totalmente racional e despojada de qualquer toque humano de “sentimento” (sobre a questão, TODD PETTYS, “The emotional juror”, *Fordham Law Review*, Volume 76, 2007, pp. 1612 a 1614; quanto à dinâmica deliberativa própria do júri, no processo penal norte-americano, *vide* NEWTON MINOW e FRED CATE, “Who is an impartial juror in an age of mass media?”, *Articles by Maurer Faculty*, Volume 40, 1991, p. 649, e, quanto ao importante papel do princípio *in dubio pro reo* e necessidade da sua percepção pelos jurados como uma lídima dimensão do poder e da responsabilidade que a decisão penal acarreta, SHERMAN CLARK, “The juror, the citizen, and the human being: the presumption of innocence and the burden of judgment”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, 2014, pp. 426 e 427). Todavia, e como bem se alcançará, estamos perante algo que extravasa os desígnios do presente trabalho.

¹⁰³ Como relevante ressalva à directriz geral contida no art. 127.º do C.P.P. (isto é, cabendo na formulação “salvo quando a lei dispuser diferentemente”), deparamos com o valor *ex ante* atribuído legalmente à confissão — livre, integral e sem reservas — do arguido em audiência de julgamento, nos casos (e só nestes) previstos no

formação daquela convicção ¹⁰⁴. Se, como veremos mais pormenorizadamente daqui a pouco, é exigível do judicante uma racional motivação fundamentadora da decisão tomada a partir da percepção e valoração do material de prova produzido (pois livre apreciação da prova não pode, a luz alguma, ser entendida como sinónimo de arbitrariedade e insindicabilidade do processo judicativo-decisório ¹⁰⁵),

n.º 2 do art. 344.º do mesmo diploma legal, e também aos documentos autênticos e autenticados cujas autenticidade ou veracidade de conteúdo não forem fundamentadamente postas em causa (art. 169.º do C.P.P.) [sobre tais desvios à regra geral da livre apreciação da prova, ROSA VIEIRA NEVES, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na Decisão Final Penal)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 92 a 104], importando considerar, ainda, as virtualidades próprias do caso julgado no que toca à utilização, em um processo, de determinados factos tidos como assentes em uma decisão, já transitada, proferida em um outro processo (JOAQUIM MALAFAIA, *Os Efeitos das Decisões...*, *cit.*, pp. 61 e ss.). Quanto à prova pericial, parece-nos não decorrer do n.º 1 do art. 163.º do C.P.P. uma fixação apriorística do respectivo valor enquanto realidade *a se*. De facto, se o nosso legislador *presume* subtraído à livre apreciação do julgador o juízo (técnico, científico ou artístico) ínsito à perícia (como que postergando a velha ideia de o juiz ser o perito dos peritos — assim, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, p. 204), não deixa também de admitir a discordância do tribunal em relação a esse mesmo juízo, desde que sustentada por uma especial tarefa de fundamentação quanto às razões da não atribuição de crédito probatório ao elemento em causa (n.º 2 do mesmo art. 163.º). O que, convenhamos, não constituirá propriamente uma ressalva, pura e simples, ao princípio geral da livre apreciação da prova [neste correcto sentido de análise, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre a prova pericial no Código de Processo Penal de 1987”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11 (2001), Fascículo 3.º, p. 408].

¹⁰⁴ Com enfoque histórico no sistema da livre apreciação da prova, em oposição à (e como superação da) prova legal, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 46 a 55, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento...*, *cit.*, pp. 163 a 187, e PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 234 a 238.

¹⁰⁵ EDUARDO CORREIA, “Les preuves...”, *cit.*, p. 29, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, p. 50, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, p. 205, e ainda HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser...”, *cit.*, pp. 449 e 450; jurisprudencialmente, cfr. Acórdão da Relação de Évora de 21 de Janeiro de 2020, disponível em www.dgsi.pt.

já não lhe é assacável, todavia — e, repete-se, salvas as excepções legalmente previstas —, que a sua convicção assente de modo pré-definido neste ou naquele elemento, desligado de uma sujeição do mesmo ao *fórum* de discussão constituído pela audiência de julgamento ¹⁰⁶.

A segunda reflexão tem que ver com o postulado de, em um processo penal de cunho democrático, a decisão dever perseguir, dentro do possível, a verdade “(...) *processualmente válida*” ¹⁰⁷. O que não se confunde — nem pode confundir-se, a não ser por uma desvirtuada análise da matéria — com uma postura de desinteresse ou desinvestimento perante o supremo escopo de obtenção de uma decisão adequada e justa, entendendo-se o julgador como um ente que, em anomia e astenia completas, não possa (e deva) diligenciar, ele também, para a descoberta da verdade ¹⁰⁸. Significa, tão-somente — e sob pena de defraudamento do princípio do acusatório —, não ser o referido poder jurisdicional arbitrário, consoante a maior ou menor “inclinação” investigatória do juiz, mas constituir algo de legalmente enformado e que apenas deverá intervir quando a tentativa — processualmente admissível, repete-se — de obtenção da verdade material assim o justificar ¹⁰⁹.

Tudo nos conduzindo ao seguinte corolário, mais especificamente ligado ao chamado “*ónus probatório*” em processo penal. Em um

¹⁰⁶ *Fórum* no qual verdadeiramente *tudo se joga e decide*, perante a força que advém a tal acto das marcas, sobretudo, da oralidade e da imediação da audiência (a propósito, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza...”, *cit.*, pp. 123 e 124).

¹⁰⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 194, com itálicos do AUTOR.

¹⁰⁸ Por isso mesmo existindo, entre nós, uma norma legal com a latitude e os contornos do art. 340.º do C.P.P.

¹⁰⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 193. A questão tende a assumir traços bem mais delicados em sistemas processuais penais como o italiano, nos quais o papel investigatório do julgador parece condicionado por regras dotadas de uma menor flexibilidade (assim, quanto ao art. 507. do *Codice di Procedura Penale* transalpino, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, 22.ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2021, pp. 724 a 726, e CRISTIANA VALENTINI, “La presunzione d’innocenza nella Direttiva n. 216/343/EU: *per aspera ad astra*”, *Processo Penale e Giustizia*, 6-2016, pp. 200 a 203).

Estado de Direito, o processo penal visa comprovar a eventual culpabilidade e não a inocência do denunciado ou arguido ¹¹⁰, pois esta aparece imposta constitucionalmente. Pelo que, se não impende sobre o arguido um ónus de demonstração da sua inocência para ser absolvido, caberá, isso sim, à entidade acusadora ¹¹¹ e (em um processo como o português, por força do princípio de investigação já antes mencionado) ao tribunal ¹¹², a prova da factualidade da qual possa extrair-se o juízo de culpa a assestar ao arguido.

3.4. Aspecto fulcral, conexionado com o anterior, é ainda o da inadmissibilidade constitucional de eventuais presunções incriminatórias, a exigirem do acusado uma *diabolica probatio* de feição negativa, pois que destinada a demonstrar a não-prática ou a prática justificada de um facto *ex ante* classificado como ilícito ou culposo pela lei penal ¹¹³.

¹¹⁰ PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible”, *Revista do Ministério Público*, Ano 40.º (2019), N.º 160, p. 65.

¹¹¹ GIORGIO ILLUMINATI, *La Presunzione...*, *cit.*, pp. 96 e ss. Deve notar-se, quanto a este último aspecto, que, não se tratando o processo penal português de um *processo de partes* no sentido técnico-processual do termo, e devendo guiar-se o Ministério Público, como já enfatizámos (nota 75), por critérios de objectividade na tentativa da descoberta da verdade material e consequente obtenção de uma solução justa (n.º 1 do art. 53.º do C.P.P.), não será verdadeiramente correcto falar de um ónus da prova em processo penal a cargo do acusador, como se pudesse ver este decidido “contra si” o pleito no caso de um insucesso no resultado do exercício de tal ónus (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, pp. 211 a 213 e 242 e ss., CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, *cit.*, p. 46, e RUI PATRÍCIO, *A Presunção da Inocência...*, *cit.*, pp. 39 e 40). Não obstante, percebemos o entendimento comumente expandido da atribuição ao acusador público de um *onus probandi*, dada a função legal do Ministério Público de, além do mais, “deduzir acusação e sustentá-la efectivamente na instrução e no julgamento” — art. 53.º, n.º 2-c) do C.P.P. (a propósito, mencionando um ónus material objectivo, PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, 10.ª reimpressão da edição de 2013, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 217 e 218, e JOSÉ PENIM PINHEIRO, “Princípio *in dubio pro reo* — considerações gerais”, *Julgar Online*, 2021, pp. 17 e 18).

¹¹² RUI PATRÍCIO, *A Presunção da Inocência...*, *cit.*, p. 39.

¹¹³ No sentido da inexistência de um ónus de alegar causas que excluam a ilicitude ou a culpa, ou causas de extinção do procedimento criminal, no processo penal português, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar e de provar em processo

Conquanto com repercussões na concreta *praxis* processual penal (*maxime*, do julgador), o ora aflorado começa por revelar particular incidência e acuidade no modo como as preocupações ínsitas à presunção de inocência deverão erigir-se em referente da própria actividade criadora do legislador penal (e, neste sentido, atinando, antes do mais, à forma como tal legislador deverá encarar o princípio da culpa no direito penal substantivo) ¹¹⁴. Desde logo, no que se prende com o desenho dos tipos legais incriminadores: em rigor, afirmar-se que a presunção de inocência não é compatível com a existência de presunções incriminatórias não pode ter senão como consequência a ilegitimidade de uma qualquer *fattispecie* legal de que seja elemento constitutivo a descrição típica da qual decorra uma presunção de culpabilidade do arguido, com a inversão do ónus da prova em seu desfavor ¹¹⁵. Assim, não poderá a lei penal assentar a sua “técnica” em tipos de crime que, como agora dissemos, exijam do arguido a demonstração de que o facto descrito na norma não aconteceu ou que, a ter acontecido, não permite a *ilação* ¹¹⁶, em termos de ilicitude ou culpabilidade, *presumida* pelo tipo ¹¹⁷.

penal?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 105.º (1972-1973), N.º 3474, p. 142, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, p. 55.

¹¹⁴ HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser...”, *cit.*, p. 453.

¹¹⁵ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* e Volume I *cits.*, p. 213, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “La protection des droits...”, *cit.*, p. 174, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º (2012), N.º 3973, p. 255, MARIA JOÃO ANTUNES e JOANA FERNANDES COSTA, “Proposta de Directiva...”, *cit.*, pp. 33 e 34, RUI PATRÍCIO, *O Princípio da Presunção...*, *cit.*, pp. 37 e 38, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais”, *Julgar*, N.º 6, 2008, p. 90, e ainda LENIO LUIZ STRECK, “A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ónus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF”, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Ano 2, N.º 3, 2015, p. 215; com interesse, cfr. igualmente o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2022, de 15 de Março de 2022 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

¹¹⁶ Porque verdadeiramente de uma *ilação* se trataria, ou seja, de uma inferência ou de uma conclusão *automáticas*, a partir do facto conhecido — *in casu*, do facto descrito no tipo —, inerente ao agente, para a ideia de culpa deste mesmo agente na prática de tal facto ilícito (art. 349.º do C.C.). E, verificado então este

patamar probatório, competiria ao agente o encargo de demonstrar que a consequência presumida não correspondia à realidade das coisas (a propósito, cfr. o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 168, de 24 de Julho de 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 291, 1979, p. 348).

¹¹⁷ Poderemos perguntar se o problema a que vimos aludindo quanto à estruturação dos tipos de crime nos transportará verdadeiramente para o domínio da *responsabilidade subjectiva*, embora assente — quase à maneira do direito civil — em definições ou pressuposições legais de culpa, ou para algo aparentado com uma *responsabilidade objectiva* no campo penal. Segundo o primeiro prisma de análise, a responsabilidade baseia-se em uma ideia de *culpa própria*, ainda que se tratando de uma culpa “fabricada” ou pressuposta pela lei a partir de específicas hipóteses tipificadas; para a tese da responsabilidade objectiva, o tipo legal encerra em si como que um “risco” ou “compensação negativa”, em termos penais, pelos efeitos dos eventos danosos decorrentes do exercício de uma certa actividade que a ordem jurídica entende deverem ser imputados ao agente. Sendo a primeira visão das coisas a que nos parece mais correcta, percebe-se, no entanto, e para o que ao nosso tema mais importa, que qualquer das perspectivas (responsabilidade subjectiva escorada em presunções de culpa, ou responsabilidade objectiva) conduza ao mesmo efeito prático, qual seja, o da postergação de um direito penal da culpa (*efectiva*), tal como deve ser respeitado em um Estado de Direito material. Por isso mesmo (e ainda que, neste momento, a questão revista apenas *valor histórico*), temos dificuldade em acompanhar o sentido da decisão do Tribunal Constitucional n.º 447/1987, de 18 de Novembro de 1987, que julgou não inconstitucional a norma do art. 26.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro (ou seja, da então Lei de Imprensa portuguesa), a qual determinava que, no caso de escritos ou imagens não assinados, publicados na imprensa periódica, e consubstanciando um crime de abuso de liberdade de imprensa, fosse havido como autor do escrito ou imagem o director do periódico, com a sua responsabilização como autor do crime, se o mesmo não provasse que não conhecia o dito escrito ou imagem ou que lhe não fora possível impedir a publicação. Considerou o Tribunal que não se mostrava violado o princípio da presunção de inocência, porquanto o que no aludido preceito estaria em questão seria a presunção de um puro facto e não propriamente uma presunção de culpabilidade (não sendo, pois, a culpa do agente que aí se presumia), tocando o normativo “apenas” a matéria da prova em processo penal e, mais especificamente, a “(...) regra segundo a qual uma situação de *non liquet* na questão de facto deverá ser valorada e resolvida em favor do réu” (texto disponível em www.tribunalconstitucional.pt). Legitimando tal visão das coisas a ideia de ser compatível com a presunção de inocência o ponto de partida (legalmente estabelecido) de que o director do periódico era tido como autor do crime, a não ser que satisfizesse o *onus probandi* previsto pelo tipo e lograsse demonstrar que não conhecia o escrito ou imagem ou que lhe não fora possível impedir a publicação (apesar de o aresto sustentar — a nosso ver *contra legem*, dada a letra da norma — bastar a criação de um estado de dúvida, no julgador, quanto a tal desconhecimento ou impossibilidade). Logo, se

não ocorresse a demonstração legalmente exigida ao visado, *não teria o acusador de provar*, por seu turno, que aquele conhecia o escrito ou imagem não assinados ou que lhe fora possível impedir a respectiva publicação, pois essa factualidade — que remetia essencialmente para uma determinada atitude cognitivo-volitiva do agente — estava já *a priori* pressuposta pela lei. E assentando nessa mesma pressuposição (*ex vi legis*) dos elementos fáctico-psicológicos típicos o consequente juízo de culpa assestado ao director (a propósito, embora reportado ao direito de imprensa francês, MARIO CATERINI, “Presunzione di elementi della fattispecie *versus* presunzione di non colpevolezza”, *L’Indice Penale*, Novissima Serie, Anno II, N.º 2, 2016, p. 481). Ora, não percebemos como a solução acabada de expor se mostraria compatível com um direito penal da culpa (repita-se, com um direito penal que partisse da demonstração da *culpa efectiva* do agente), quando o substracto fáctico do qual decorria o juízo de culpa estava já presumido legalmente e derogava a regra geral de valoração da ausência de prova a favor do arguido. Tudo isto, todavia, não equivale a dizer que não reconhecamos as razões político-criminais que terão estado na origem da responsabilização penal do director do periódico, atenta a relevância social do seu múnus editorial e da exigência que comunitariamente lhe deve ser adscrita, mesmo em termos penais, quanto a um exercício adequado de tal múnus. A dúvida é apenas a de saber se, ao invés de seguir os cânones técnico-normativos próprios de um Estado de Direito na construção dos tipos legais, essa intervenção penal poderia ser levada a cabo através de uma figura não respeitadora dos referidos ditames básicos da presunção de inocência (não consagração de presunções de culpa, não imposição ao arguido de um ónus probatório e garantia de que a ausência de demonstração factual não seria valorada e resolvida em seu desfavor)... Resumindo e concluindo, pensamos que a violação, pelo art. 26.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, dos princípios da culpa e da presunção de inocência era ostensiva e, por isso mesmo (diferentemente do então decidido pelo Tribunal Constitucional), deveria ter sido crismada de inconstitucional [notando a “difícil” compatibilidade da figura com o princípio da culpa, e entendendo-a um caso de responsabilidade penal objectiva, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português”, Separata do Número Especial do *Boletim da Faculdade de Direito — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1981, pp. 34 a 40; sustentando — cremos que certamente — conter o aludido tipo uma especial forma de presunção de culpabilidade, MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, “Sobre o modelo da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa (alguns problemas)”, Número Especial do *Boletim da Faculdade de Direito — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Volume III, 1984, especialmente pp. 74 e ss.]. De modo avisado, não repetiu posteriormente a Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro (que revogou o Decreto-Lei n.º 85-C/75), semelhante via de responsabilização penal, no que ao director (ou qualquer outra pessoa) toca, não dotando os seus arts. 30.º e 31.º de presunções legais de factos (culposos...) ou elementos inculcadores de uma inversão do *onus probandi* com repercussões negativas, em caso de *non liquet*, sobre o arguido.

Perspective-se o seguinte exemplo (por nós propositadamente exacerbado nas respectivas feições): imaginemos que, na ordem jurídico-penal portuguesa, fazia parte da norma que previa o crime de incêndio florestal, para além do conjunto de “clássicos” elementos de cariz objectivo e subjectivo ¹¹⁸, a expressa menção de que competia à pessoa eventualmente avistada nas proximidades do local em uma determinada latitude temporal anterior à eclosão do incêndio o ónus de demonstração de *não haver sido ela* a autora desse mesmo incêndio ¹¹⁹.

Que espaço sobriaria, no contexto acabado de traçar, para a presunção da sua inocência, relativamente a alguém que incorresse no “azar” de ser avistado (e bastaria isso: ser avistado) nas imediações do local incendiado, momentos antes do início da deflagração? Como se compatibilizaria a presunção de inocência com a imposição que passaria a onerar o acusado de demonstração do *facto contrário* ao presumido pela lei penal (ou seja, de que, *apesar* do seu avistamento, *não fora* ele o autor do facto incendiário)?

Segundo cremos, o (intencional, repete-se) exacerbamento do exemplo trará ínsitas as respostas às duas questões formuladas...

Simplemente, as presunções de culpa contidas nos tipos de crime podem revelar-se bem mais subtis e gerar, segundo algumas visões político-criminais, uma ampla (e, por vezes, estrepitosa) adesão por

¹¹⁸ Para uma configuração objectiva e subjectiva do crime de incêndio florestal, a propósito do art. 274.º do nosso C.P., cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (com a direcção de Manuel da Costa Andrade), Tomo II, Volume II, 2.ª edição, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 297 a 304.

¹¹⁹ Percebendo-se bem, no extremado exemplo ora exposto, que, para além de tudo o mais, um preceito legal com a arquitectura imaginada suscitaria, logo *ab initio*, um evidente problema de *desigualdade e desproporcionalidade* quanto à posição probatória dos possíveis destinatários da norma, ou seja, entre aqueles que (embora objecto de uma acusação) não tivessem sido avistados e os que fossem detectados nas proximidades do local onde houvesse deflagrado o incêndio, pois que só estes últimos se veriam a braços com a presunção legal apontada no texto. Situação que, se outros fundamentos não houvesse — e havê-los-ia, manifestamente, como tentamos explicar —, levaria, logo por essa via, a uma fulminante inconstitucionalidade de tal produto normativo. Não é este, porém, o *punctum crucis* que tentamos dissecar no presente momento.

parte dos intervenientes na barganha política antecedente à concretização legislativa ¹²⁰.

Suponhamos, pois — e voltemos à pura cogitação teórica do nosso exemplo —, que não se exigia a demonstração, pelo acusado, do facto contrário ao presumido, mas apenas o suscitar de dúvidas quanto à verificação da matéria factual presumida. Imaginemos, portanto, que, para afastar a presunção de culpabilidade por si definida, se bastava a lei com a criação de dúvidas “sérias” ou “razoáveis” de haver sido o acusado (enquanto pessoa avistada nas imediações do local consumido pelas chamas) o autor do incêndio, e não a demonstração de *não ter sido* o mesmo acusado o autor da deflagração ¹²¹.

Depararíamos, nesta última hipótese, com o respeito pela presunção de inocência?

¹²⁰ Pensemos, em Portugal, nas presunções subjacentes aos crimes de “enriquecimento ilícito” e de “enriquecimento injustificado”, constantes, respectivamente, dos Decretos da Assembleia da República n.ºs 37/XII, de 10 de Fevereiro de 2012, e 369/XII, de 29 de Maio de 2015, figuras delitivas que foram (compreensivelmente) declaradas inconstitucionais. A acrescentar aos argumentos expressos nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 179/2012, de 4 de Abril de 2012, e 377/2015, de 27 de Julho de 2015 (ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt), e para os quais remetemos, vejam-se, no que ao tipo do “enriquecimento ilícito” tange, as análises de JOSÉ DE FARIA COSTA (“Crítica à tipificação...”, *cit.*, pp. 254 e 255) e de RUI PATRÍCIO [“Sete pecados capitais (sobre a criminalização do ‘enriquecimento ilícito’)”, *Revista do Ministério Público*, Ano 34.º (2013), N.º 136, pp. 141 e 142], e, quanto ao crime de “enriquecimento injustificado”, as críticas de PEDRO CAEIRO (“Quem cabritos vende e cabras não tem...”, *Escritos Breves*, N.º 1, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 8 a 11), ainda que não propriamente centradas no prisma da violação da presunção de inocência. Também a propósito de tais projectadas (e abortadas) incriminações, que apelida de “crimes de suspeita”, nas quais não se descreviam quaisquer condutas proibidas, sendo o agente punido apenas por se encontrar em determinada posição patrimonial, cfr. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Enriquecimento ilícito/injustificado”, *Julgar*, N.º 28, 2016, pp. 292 e ss.

¹²¹ Referimos a questão, porque, como veremos (*infra*, 4. e 5.), foi a mesma pensada, em geral, na Proposta de Directiva de 2013, mas já não no texto da Directiva de 2016 (art. 6.º), o que, aliás, nos deixa imersos em algumas aporias sobre o exacto significado do *aparecimento*, na Proposta, e do subsequente *desaparecimento* (meramente escrito?), na Directiva, da menção do “(...) suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido” (n.º 1 do art. 5.º da Proposta).

Pensamos, uma vez mais, que a resposta teria de ser negativa ¹²², perante a necessidade que sempre se imporia ao visado pela presunção de *colocar em crise* um estado de coisas que, *ab initio*, seria já a ele contrário e inculcador, assim, da sua culpabilidade. Presunção de culpabilidade, além do mais, apenas removível pelo surgimento de dúvidas “razoáveis” no espírito do juiz, ou seja, através de algo que, não obstante a necessidade de uma motivação objectivável quanto às razões desse mesmo surgimento (cfr., *infra*, 3.6.), não deixaria de revestir, quer na eclosão, quer na dissipação, um carácter subjectivo (*rectius*, perigosamente subjectivo, atentos os valores em jogo), pois que conexionado com o modo (não só racional, mas inevitavelmente emocional ¹²³) de percepção do mundo e da vida de cada judicante.

Em suma, para sustentar a sua convicção condenatória, não poderá o juiz escorar-se em uma certeza *ex ante* definida pela lei, desligada e independente da prova *realmente produzida* em juízo. A presunção de inocência não deve, nesta perspectiva, ser “maior” ou “menor” (consoante dependa do tal suscitar de meras dúvidas ou da prova do facto contrário), nem situar-se mais “perto” ou “longe” de uma actividade judicativo-decisória que atenda à produção probatória concretamente ocorrida e analisada em audiência (art. 355.º do C.P.P. português). Em um genuíno Estado de Direito, a dignidade humana só é compatível com a *total presunção de inocência* ¹²⁴, apenas

¹²² Assim, em tese, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar...”, *cit.*, p. 142. Diferentemente, parece entender HELENA MAGALHÃES BOLINA que só com a necessidade da prova do contrário do facto presumido a presunção de inocência seria postergada (“Razão de ser...”, *cit.*, p. 453).

¹²³ Sobre esta dimensão conatural à actividade judicativa — em si mesma não necessariamente negativa, desde que não degenerando em pura arbitrariedade —, ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, “Subjectividade e motivação no novo processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 1 (1991), Fascículo 2.º, pp. 205 e ss., MARIA CLARA CALHEIROS, “A base argumentativa na decisão judicial”, *Julgar*, N.º 6, 2008, p. 73, e JAIME FREIRE, “Liberdade e cânone: o tribunal e a prova dos factos (reflexão em torno da livre apreciação da prova em processo penal na era neo-sentimental)”, *Julgar Online*, 2013 pp. 11 e 12.

¹²⁴ Como sugestivamente defende PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, a presunção de inocência é um *direito absoluto* do arguido, insusceptível de restrições ou atenuações

devendo ceder *se e na medida* em que a dinâmica da prova assim o determinar, colocando o decisor na segura convicção de que o arguido é o autor ¹²⁵ dos factos integradores do crime em causa.

Pelo que, logo na sua actividade normativa, estará vedada ao legislador penal a inclusão de presunções de culpabilidade ou elementos similares nas figuras típicas criadas ¹²⁶.

3.5. O expendido quanto a presunções legais não pode, no entanto, ser confundido com uma suposta impossibilidade de recurso, pelo órgão judicial, às “(...) *presunções naturais* (não jurídicas) ligadas ao princípio da normalidade ou da regra geral ou às chamadas máximas da vida e regras da experiência” ^{127 128} (art. 127.º do nosso C.P.P.).

possíveis, tendo ele *todo* o direito a *toda* a presunção de inocência, em *todos* os casos (“Principio de presunción...”, *cit.*, pp. 62 e 63).

¹²⁵ A propósito, TOMÁS VIVES ANTÓN, “El proceso penal...”, *cit.*, pp. 34 e 35. Note-se que utilizamos no texto o termo “autor” em uma acepção mais ampla do que a estritamente ínsita ao art. 26.º do nosso C.P., pois queremos tão-somente significar a conexão fáctico-jurídica do arguido aos factos apurados em audiência (e conexão essa que pode remeter-nos para realidades diversas das apenas adscritas à noção jurídico-penal de “autoria”).

¹²⁶ Sobre o tema, afirma ENRIQUE RUIZ VADILLO, a propósito da lei penal espanhola, que “las presunciones en la parte especial, y también en la general, si son contrarias al inculpado son (...) absolutamente inaceptables y hay que entenderlas derogadas (...) sin más por la Constitución” (“Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”, *Poder Judicial*, 2.ª Época, N.º 3, 1986, p. 81). Algo inquietante nos parece ser a posição do T.E.D.H. a propósito do tema, com derivações claramente “musculadas” acerca da possibilidade de mobilização de presunções (que não meramente judiciais) no processo penal. Como diremos daqui a pouco (*infra*, 4.2.), o órgão jurisdicional de Estrasburgo parece entender que, em determinados casos (e qual o critério operativo para os determinar, ao certo, *on sait jamais*...), a questão merecerá uma abordagem mais em termos de *grau* (admissibilidade ou não da existência de presunções consoante os valores em confronto em cada situação específica) e não tanto de *natureza* (compatibilidade ou incompatibilidade, *tout court*, das presunções legais de culpa com os fundamentos ético-axiológicos do sistema processual penal). Ora, como vimos tentando explicar, parece-nos ser tal posição absolutamente inaceitável no processo penal de um Estado com verdadeiro cunho democrático.

¹²⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar...”, *cit.*, p. 142 (com itálicos do AUTOR).

Aquilo a que agora nos referimos é algo que se encontra a montante da definição da factualidade tida como provada, mas que pode traduzir-se em um importante sustentáculo para a aquisição dessa mesma factualidade. Reportamo-nos à habitualmente denominada *prova indirecta*¹²⁹, em tese geral entendível como a que incide sobre factos não exactamente coincidentes com o objecto (“principal”, digamos assim) de prova, mas que permitem, com o auxílio das regras da experiência da vida¹³⁰ ou de juízos de cariz eminentemente técnico-científico¹³¹, uma ilação da qual se inferem os factos a demonstrar¹³². Da prova indirecta “(...) se induz (...)”, depois, “(...) por raciocínio alicerçado em regras de experiência comum ou da ciência ou técnica, o facto probando. A prova deste reside na inferência

¹²⁸ Na lição de FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, as presunções naturais ou judiciais “(...) assentam no simples raciocínio de quem julga (...)”, e “(...) inspiram-se nas *máximas da experiência*, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana” (*Código Civil Anotado*, Volume I, 4.^a edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 312, com itálicos dos AUTORES).

¹²⁹ Fundamentando, em tese, a razão de ser da prova indirecta ou indiciária (que entende não ser verdadeira prova, mas uma etapa em um percurso meramente indutivo) na necessidade de salvaguarda da tranquilidade social e de protecção da cidadania, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *El Indicio de Cargo y la Presunción Judicial de Culpabilidad en Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 13 e 14.

¹³⁰ Regras da experiência que, derivando da observação de linhas da recorrência do acontecer, se convertem em “(...) critérios generalizantes e tipificados de inferência factual (...)” (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, p. 48). Para uma síntese da análise epistemológica das diversas dimensões pelas quais são entendíveis as regras da experiência e o seu papel no juízo probatório, JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XXXI, Coimbra, 1988, pp. 13 e ss.

¹³¹ Que são, afinal, máximas da experiência especializada, cujo conhecimento só se pode supor em sujeitos que tenham uma formação específica em um determinado sector da ciência, técnica ou arte (JAIME VEGAS TORRES, *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 65 a 69).

¹³² A prova indirecta opõe-se, portanto, à chamada *prova directa*, ou seja, ao meio probatório que não carece de qualquer operação intermédia para alcançar o objecto do conhecimento: caso da testemunha presencial do crime praticado (acerca disto, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *El Indicio...*, *cit.*, pp. 68 e 69).

do facto conhecido ou provado — indício ou facto indiciante — para o facto desconhecido ou a provar, ou tema último da prova. Como tal, constitui uma prova em segundo grau; a prova respeita directamente ao facto indiciante e da comprovação deste se infere um indício — prova indirecta — para comprovação do facto relevante”¹³³. A prova indirecta atende, pois, àquelas acções ou sinais que dão a entender algo que ainda se mantém “oculto”¹³⁴ no domínio da matéria a fixar. Acções ou sinais que merecerão decerto uma interpretação e concatenação guiadas por uma especial cautela e sageza do julgador, cuja *prudentia* é aí verdadeiramente avaliada, à luz das aludidas regras da experiência (com, se for o caso, o contributo de juízos científicos).

Não sendo a prova indiciária proibida pelo princípio geral da liberdade dos meios de prova (cfr. arts. 125.º e 126.º do nosso C.P.P.¹³⁵, havendo até ordenamentos jurídicos nos quais se encontra

¹³³ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* e Volume I *cits.*, pp. 207 e 208; cfr. também PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto delle Prove Penali*, 2.ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pp. 47 a 49, e PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal e as regras da experiência”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III (organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1003 e 1004.

¹³⁴ ENRIQUE RUIZ VADILLO, “Algunas breves consideraciones...”, *cit.*, p. 80.

¹³⁵ Não só a prova indirecta não é proibida pela liberdade dos meios de prova, como (e não obstante a necessidade de uma maior cautela na sua mobilização, nos termos já acima expressos) não existe propriamente um *ranking* de “valia” epistemológica entre a prova por indícios e a prova directa. Por isso, como se sustentou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2022 antes aludido, a distinção entre ambas as realidades probatórias “(...) justifica-se, essencialmente, por razões de comodidade analítica. Possui ainda a virtude *metodológica* de permitir discriminar processos inferenciais de complexidade diversa, na medida em que a prova indirecta implica, por natureza, uma cadeia de raciocínio entre o facto probatório e o facto probando, ao passo que a prova directa do facto probando decorre imediatamente da adesão do julgador ao facto probatório. Porém, tal distinção nada de relevante encerra sobre a *força probatória* dos meios de prova que através dela se classificam, como se demonstra através da comparação entre o depoimento de uma testemunha de credibilidade duvidosa no sentido de que o arguido estava em determinado local a determinada hora e a inferência de que tal não é possível porque o arguido

expressamente consagrada a admissibilidade dos indícios como meio probatório — art. 192., *comma 2.^a*, do *Codice di Procedura Penale* italiano ¹³⁶), sempre se exigirá, contudo, que apenas possa ser extraído o facto probando do facto indiciário quando tal surgir corroborado por outros elementos de prova, assim se afastando, com alguma segurança, distintas explicações factuais *prima facie* igualmente possíveis mas descabidas na situação decidenda ^{137 138 139}.

integra a lista de passageiros de um voo que decorria a essa hora” (com itálicos do texto do aresto).

¹³⁶ Norma que, todavia, exige como condições de admissibilidade dos indícios que sejam estes *graves* (no sentido de consistentes, resistentes a objecções e com capacidade demonstrativa em relação ao *thema probandum*), *precisos* (ou seja, unívocos e claros naquilo que podem significar) e *coerentes* (convergentes e não opostos entre si, nem com outros dados e elementos certos e precisos) (explicitando todos estes conceitos legais, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto...*, *cit.*, pp. 53 a 55; escalpelizando diversas variáveis de valoração dos indícios, tendo em vista a decisão penal neles estruturada, OLIVIERO MAZZA, “Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione”, *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2012, pp. 363 a 366).

¹³⁷ Deste modo, e para voltarmos ao exercício teórico de que falámos *supra*, em 3.4., a circunstância de alguém ser avistado, pouco tempo antes da manifestação de um incêndio, nas proximidades do local onde veio a ocorrer a deflagração, podendo apontar, no plano da cogitação, para um eventual envolvimento da pessoa no facto originador das chamas, não significará, por via de regra, e desacompanhada de quaisquer outros elementos, mais do que uma simples possibilidade ou uma hipótese, seguramente muito frágil ou até insuficiente para se ter a prática do incêndio como imputável ao avistado. Pois que, sendo eventualmente admissível tal hipótese, existirá também todo um conjunto de outras explicações possíveis para a circunstância de a pessoa por ali deambular no instante do seu avistamento. Mas imaginemos, agora, que, no contexto de uma acusação por crime de violação, e logo após a ocorrência da factualidade denunciada, para além de diversas marcas visíveis de lesões físicas na zona genital da suposta vítima, indiciadoras da prática recente de um acto de cópula forçada, são igualmente recolhidas, no saco vulvar da examinada, amostras de sémen pertencente ao arguido (referindo um exemplo desta natureza, JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, “Prova indiciária e as novas formas de criminalidade”, *Julgar*, N.º 17, 2012, p. 13). Ou suponhamos que, em um caso de tráfico de estupefacientes, são apreendidos, dissimulados debaixo de um dos bancos do automóvel utilizado pelo arguido e por este estacionado nas proximidades de sua casa, dois quilogramas de cocaína, alguns minutos após haver ele efectuado a deslocação a uma zona da cidade conotada com a actividade de venda e consumo daquele tipo de substância (semelhantemente, JORGE CASTRO, “Ainda a presunção de inocência”,

Sintetizando, como é relativamente consensual em termos doutrinários e jurisprudenciais, “para que a prova indirecta, circunstancial ou indiciária possa ser tomada em consideração exigem-se alguns requisitos: pluralidade de factos-base ou indícios; precisão de que tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo ¹⁴⁰; que

Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LVIII, N.º 319, 2009, p. 526). Negar, nestes dois últimos cenários, a relevância dos indícios recolhidos, pelo que poderiam sustentar da prova da prática dos factos ilícitos típicos em causa (violação e tráfico de estupefacientes, respectivamente) pelos suspeitos ou arguidos, equivaleria a incorrer em um incompreensível exercício de “ingenuidade” intelectual. Parecendo-nos, pois, abissal a diferença de probabilidade de relevância probatória dos factos indiciantes apreensíveis nos dois casos acabados de apontar, por comparação à que se verificaria na primeira situação (incêndio).

¹³⁸ As presunções judiciais e a prova indirecta tenderão ainda a desempenhar um importante papel no “desvendamento” da componente subjectiva de determinados comportamentos objectivos. Com efeito, e porquanto ínsito ao espírito e à vontade do agente, teremos amiúde de surpreender e captar aquele *animus* na concreta configuração dos factos exteriores e visíveis que integram um tipo objectivo de crime, devendo o julgador, por isso, tentar resolver a questão factual decidindo se o agente agiu internamente (na sua *voluntas*) da forma como foi por si revelada externamente (assim, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* e Volume I *cits.*, p. 206, JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, “Prova indiciária...”, *cit.*, p. 14, ANA MARIA BARATA DE BRITO, “A valoração...”, *cit.*, p. 125, e, em termos jurisprudenciais, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009, disponível em www.dgsi.pt).

¹³⁹ A jusante do acesso aos elementos fácticos (objectivos e subjectivos) constitutivos da(s) infracção(ões) imputada(s), ou seja, na fase em que o julgador, já convicto da prática daqueles factos pelo arguido, analisa as condicionantes ligadas à respectiva situação pessoal (*maxime*, económica), no momento mais actualizado possível, para efeitos de determinação concreta da medida da pena a aplicar-lhe (e, no caso da pena de multa, da fixação do seu quantitativo diário), a prova por presunção natural ou estimativa poderá também assumir um papel importante (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aquitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 133, 134 e 248).

¹⁴⁰ Este é, aliás, um importante ponto prévio, sob pena de, estabelecendo-se uma cadeia de presunções (assente em presunções de presunções, mesmo quanto ao facto indiciário), nenhuma sustentação séria e firme poder ocorrer, depois, com o juízo de inferência para o facto desconhecido [SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indirecta e fundamentação da decisão”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29 (2019), N.º 2, p. 407].

sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto; racionalidade da inferência; expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência (...)”¹⁴¹.

Note-se, todavia, que as regras da experiência da vida, em si mesmas consideradas, não poderão servir para “disfarçar” ou substituir a total ausência de prova (mesmo que indirecta) no caso trazido a juízo. E isto, em um duplo sentido. Por um lado, porquanto as regras da experiência não constituem, enquanto entidade *a se*, um meio probatório¹⁴² nem pertencem ao mundo dos factos¹⁴³, mas antes o referente à luz do qual se interpreta o material fáctico indiciante (conhecido directamente) que poderá, de seguida, conduzir à apreensão do acontecimento presumido¹⁴⁴; por outras palavras, o recurso às regras da experiência só logrará validade desde que ocorrido no decurso de uma concreta actividade probatória, não podendo justificar um qualquer *salto lógico* que vise dispensar esse *prius* probatório indiciador. Depois, porque tais regras — particularmente as de cariz comum ou não especial, enquanto regras gerais empíricas cujo conhecimento se pressupõe existente em qualquer pessoa dotada de um nível “médio” de formação geral¹⁴⁵ —, não estando compiladas em lugar algum¹⁴⁶, e não sendo mais do que

¹⁴¹ Acórdão da Relação de Coimbra de 18 de Agosto de 2004 (www.dgsi.pt); concordantemente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 521/2018, de 17 de Outubro de 2018 (www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁴² A propósito, PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal...”, *cit.*, pp. 1004 e 1011.

¹⁴³ Assim, expressamente, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 49.

¹⁴⁴ Questão que entronca igualmente no papel ancilar das regras de experiência enquanto panorama contextualizador da tarefa de reconstrução “histórica”, pelo juiz, dos factos sujeitos a julgamento (sobre isto, JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Regras de experiência...”, *cit.*, pp. 104 e ss.).

¹⁴⁵ JAIME VEGAS TORRES, *Presunción...*, *cit.*, pp. 65 e 66.

¹⁴⁶ Qualquer eventual tentativa de contenção das regras de experiência comum em imperativos legais estaria, aliás, condenada à irrelevância quanto aos resultados para que tais regras pudessem apontar, pois deixaria “(...) intocado o problema decisivo da *aplicação* — ou seja, a *submissão* (*in*submissão) das afirmações empíricas (“taken for granted”) a uma experiência *falsificante*”, que servisse de (não) comprovação e (não) legitimação concretas das ditas regras (JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Regras de experiência...”, *cit.*, p. 134, com itálicos do AUTOR).

índices corrigíveis de uma normalidade do acontecer ¹⁴⁷, aportam uma inevitável (e compreensível) dose de flexibilidade ou até, em alguns casos, de incerteza nas conclusões para que pareçam apontar, exigindo, conseqüentemente, do julgador o mencionado acréscimo de *sagesse* e prudência na sua mobilização, por forma a poder sustentar-se que, *in casu*, o facto indiciante confirma mesmo o que, em geral, e segundo uma determinada visão daquelas regras, corresponderia ao desenlace tido por expectável ¹⁴⁸.

Não desconhecemos a crítica de que a prova indirecta produz verdadeiras presunções judiciais de culpabilidade, fazendo com que a convicção do tribunal assente em “intuições” derivadas de “sinais” (os indícios) da eventual prática dos factos pelo arguido, mas “sinais” que colocam sobre os ombros deste a necessidade de uma “contra-prova”, amiúde já de antemão “condenada” por tais “intuições” ¹⁴⁹. Não é esta, no entanto, a nossa visão das coisas. Antes do mais, porque a cada indício, *per se* considerado, não é reconhecível um qualquer valor *ex vi legis* previamente definido, no sentido de, uma vez verificado, conduzir, de modo inabalável, a uma conclusão de culpabilidade do suspeito ou arguido. Mas, sobretudo, e fundamentalmente, dado que, em cada situação concreta, os indícios só assumirão um papel de sustentação da convicção do julgador para atingir uma específica consequência factual (e o eventual juízo de culpa daí

¹⁴⁷ Correspondendo a uma espécie de observação do carácter tendencial e repetitivamente (mas não inabalavelmente) certo de uma determinada relação de causalidade (assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 2010, disponível em www.dgsi.pt).

¹⁴⁸ Neste sentido, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 47 e 48, PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal...”, *cit.*, p. 1011, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indirecta...”, *cit.*, p. 408, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, pp. 186 a 188, e OLIVIERO MAZZA, “Il ragionevole dubbio...”, *cit.*, p. 364.

¹⁴⁹ Nestes termos, a propósito da jurisprudência penal espanhola mais recente, e de forma expressa, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, para quem, todavia, como já dissemos (nota 129), os indícios não constituem verdadeiramente nenhum meio de prova, mas sim um método probatório integrado na presunção de culpabilidade (*El Indicio...*, *cit.*, pp. 13, 14, 65, e 110 a 112). Postulado metodológico, este, altamente discutível e que, como há pouco sugerimos (nota 135), esbarra, em um sistema processual penal como o português, de modo frontal, com o princípio geral contido no art. 125.º do C.P.P.

advindo), na estrita medida em que o mesmo julgador o tiver por conveniente perante os demais elementos de que disponha e consiga explicar, de um modo racional, toda essa concatenação e a ilação a que chegou. Podendo perfeitamente acontecer, mesmo sem intervenção de uma “contraprova” da defesa, deparar-se o tribunal com múltiplas vias explicativas da factualidade escrutinada (decorrentes, por exemplo, da existência de vários elementos indiciários que apontam para mais do que uma hipótese de compreensão dotadas de idêntico grau de concreta plausibilidade, à luz das normais regras da experiência comum), e insusceptíveis, portanto, de conduzirem a uma subsequente decisão condenatória.

Em síntese, respeitada a metódica acabada de apontar (a qual consubstancia, simultaneamente, uma indeclinável *ética procedimental de julgamento* ¹⁵⁰), percebemos que, em cada caso trazido à apreciação

¹⁵⁰ Pelo que não deverá nunca acontecer aquilo para que RUI PATRÍCIO chama a atenção enquanto forma de postergação da presunção de inocência: uma decisão *ab initio* “inquinada” pela “pré-compreensão” da matéria fáctica sujeita a julgamento, quando o decisor toma em consideração e valora, antes (ou até mesmo a par) da discussão dessa factualidade em audiência, a circunstância de o arguido contar já antecedentes criminais (sobretudo se do jaez do da matéria decidenda), e o que daí depois extrapola em termos de “pré-conceito” (e preconceito) no tratamento da prova a produzir, ao jeito de uma sub-reptícia presunção de culpa ancorada na máxima popular de que (e perdoe-se-nos o plebeísmo) “quem faz um cesto, faz um cento”, presunção *na prática* a ser removida pelo arguido [*O Princípio da Presunção...*, *cit.*, pp. 80 a 85, aqui focado nos n.ºs 2 e 3 do art. 342.º do C.P.P., na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, que exigiam que o arguido, logo aquando da identificação inicial, respondesse ao tribunal acerca dos seus antecedentes criminais, sob pena de incorrer em responsabilidade penal; exigência legal, aliás, tida por MARIA FERNANDA PALMA como violadora da presunção de inocência (“A constitucionalidade do artigo 342.º...”, *cit.*, pp. 105 e 106), e que veio a desaparecer na redacção trazida a lume pelo Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro]. Para o que ora releva, este aspecto enquadra-se igualmente na questão mais geral, já focada, da inexistência de um *onus probandi* a onerar o arguido no sentido da demonstração da sua inocência e da inadmissibilidade da vigência de presunções de culpa a impender sobre o mesmo, ainda que “mascaradas” de algo supostamente ditado pelas regras da experiência (em tese, TIBOR KIRÁLY, “Significato e valore...”, *cit.*, p. 7). Ou seja, a possibilidade da “pré-compreensão” da matéria factual *sub judicio* a partir da consideração das condenações anteriores do arguido terá que ver com (inconstitucionais) “motivações” condicionadoras do processo valorativo da

judicativo-decisória, a concreta (ir)relevância da prova indirecta atinará “(...) ao princípio da livre apreciação da prova e da livre convicção do juiz, mas de nenhuma maneira contende com o princípio *in dubio pro reo* ou reverte à aceitação — e muito menos à inversão —, em processo penal, de qualquer ónus de alegação e de prova” ¹⁵¹.

Pelo que, diversamente do que acontece com as presunções legais de culpa, a presunção de inocência admite já como possível e é compatível com as presunções naturais e com a chamada prova indirecta ou indiciária ¹⁵².

3.6. Pela sua natureza, o discurso jurídico — e, de um modo particular, o discurso jurídico pragmática e situacionalmente produzido a propósito de um concreto conflito ¹⁵³ — tende à demonstração do bom fundamento dos respectivos alicerces e propende ao convencimento e à adesão dos destinatários pela (almejada) racionalidade dos argumentos fáctico-normativos apresentados ¹⁵⁴. E se a questão assim se apresenta em termos gerais, maior acuidade revelará quando

prova, assentes em presunções de culpa *ad hoc* criadas com base naqueles antecedentes criminais. Para além de o julgador que atenda a tais antecedentes para “orientar” a sua apreciação probatória vivificar a aberta violação da lógica processual penal da *césure* (cfr. art. 369.º do C.P.P.) e promover um *direito penal do agente* e não (como devia) um *direito penal do facto*.

¹⁵¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar...”, *cit.*, p. 142 (com itálicos do AUTOR).

¹⁵² Também assim, os já antes aludidos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 521/2018 e 175/2022.

¹⁵³ Para uma brevíssima síntese dos recorrentes contextos de argumentação jurídica (produção de normas jurídicas, aplicação de normas jurídicas e resolução de casos, dogmática jurídica), JERZY WRÓBLEWSKI, “Motivation de la décision judiciaire”, *La Motivation des Décisions de Justice*, Études publiées par Chaïm Perelman et Paul Foriers, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 111, e também MANUEL ATIENZA, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 1 (1994), pp. 54 e 55.

¹⁵⁴ EDUARDO CORREIA, “Les preuves...”, *cit.*, pp. 29 a 31. Em termos mais estritamente metodológicos, quanto às regras tendentes a emprestarem racionalidade ao discurso jurídico, cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica: la Teoría del Discurso Racional Como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, tradução

cuidamos do discurso jurídico imanente a uma *decisão penal*, porquanto dotada da força própria advinda do exercício do *ius puniendi*. Neste contexto, a presunção de inocência não pode deixar de impor ao órgão jurisdicional, especialmente quando profere uma condenação — sobretudo, se escorada em um acervo de prova de feição indiciária ou indirecta —, uma acrescida tarefa de motivação ¹⁵⁵, por forma a que se compreenda, com clareza, qual o conjunto de fundamentos de facto e de direito que suportam a decisão alcançada ¹⁵⁶. Aspecto (que em muito transcende o objecto destas linhas) a prender-se com a ideia convencional de processo equitativo contida no n.º 1 do art. 6.º da C.E.D.H. ¹⁵⁷, a necessidade constitucional genérica de fundamentação dos actos jurisdicionais (que não sejam de mero expediente — arts. 205.º, n.º 1 da C.R.P. e 97.º, n.º 5 do C.P.P. português) enquanto forma de exercício do controlo democrático da actividade dos tribunais, e ainda o papel da motivação como fonte de legitimação “compreensiva” do percurso decisório ¹⁵⁸, por esta

para castelhano por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 e ss.

¹⁵⁵ Empregamos aqui o termo “motivação”, como se perceberá, na essencial acepção do conjunto de argumentos sustentadores da decisão de um determinado caso concreto (sobre os sentidos possíveis da motivação na teoria da argumentação jurídica, JERZY WRÓBLEWSKI, “Motivation...”, *cit.*, pp. 118 e 119).

¹⁵⁶ Enfatizando este ponto, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indireta...”, *cit.*, p. 409; identicamente, ENNIO AMODIO, “Motivazione della sentenza penale”, *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXVII, Giuffrè Editore, Milano, 1977, pp. 208 a 212. Quanto à exigência de motivação na decisão absolutória, principalmente por causa de uma “dúvida razoável”, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto...*, *cit.*, pp. 76 e 77.

¹⁵⁷ Importando que se diga, em absoluto abono da verdade, que a necessidade de motivação da decisão judicial, em si mesma considerada, não se encontra expressamente prevista no texto da C.E.D.H., tratando-se de uma garantia cujas afirmação e declinação foram sendo desenvolvidas (quanto aos tribunais compostos por magistrados profissionais), de um modo mais ou menos recorrente, pela jurisprudência do T.E.D.H. (a propósito, NAIARA POSENATO, “Fundamentação das decisões judiciais e justo processo segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista Jurídica da Presidência*, Volume 24, N.º 134, 2022, pp. 609 e 613 e ss.).

¹⁵⁸ Assim se evitando, ainda, como justamente assinala ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, que a subjectividade própria de cada juiz degenerere em voluntarismo,

via dotado de *transparência procedimental* e eivado de capacidade de persuasão e convencimento — intra e extra-processual ¹⁵⁹ — quanto ao sentido da decisão tomada ¹⁶⁰.

No essencial, pela motivação da sentença ou acórdão deve ficar a perceber-se o juízo de relação e concatenação críticas por que o judicante formou uma determinada convicção quanto à fixação da matéria de facto e aos corolários daí advindos em termos jurídico-penais ¹⁶¹. Tal fonte de legitimação “compreensiva” do percurso

individualismo ou arbítrio (“Subjectividade...”, *cit.*, p. 213). Igualmente neste sentido, PIERPAOLO DELL’ANNO, “Obbligo di motivazione e ‘ragionevole dubbio’”, *Processo Penale e Giustizia*, N.º 3/2017, pp. 522 e 523.

¹⁵⁹ Ou seja, não só para os directamente interessados no processo, mas também para o que poderemos designar por comunidade jurídica em geral ou até — socorrendo-nos da expressão cunhada por CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA — o chamado “auditório universal”, do qual, porquanto idealmente constituído pela generalidade das pessoas adultas e racionais, importará ganhar adesão no tocante aos argumentos aduzidos pela decisão (*La Nouvelle Rhétorique. Traité de l’Argumentation*, Tome Premier, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, pp. 40 e ss.). Evidentemente que tudo isto pressupõe a cognoscibilidade dos fundamentos da decisão e, portanto, a *publicidade* desta, garantida com o acto — público — da sua leitura (art. 87.º, n.º 5 do nosso C.P.P.) e a subsequente disponibilidade — também pública — daquelas razões ou fundamentos decisórios (ENNIO AMODIO, “Motivazione...”, *cit.*, pp. 192 a 194, e JOSÉ MOURAZ LOPES, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português — Legitimar, Diferenciar e Simplificar*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 101).

¹⁶⁰ Sobre esta função — absolutamente basilar — da motivação, de transparência e controlo democráticos da decisão judicial, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 53 e 54, ENNIO AMODIO, “Motivazione...”, *cit.*, pp. 188 e 194 a 196, MICHELE TARUFFO, “Note sulla garanzia costituzionale della motivazione”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Volume LV, 1979, pp. 29 e ss., ANTÓNIO CORTÊS, “A fundamentação das decisões...”, *cit.*, pp. 292 e 293, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento...*, *cit.*, p. 203, e ainda PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “A livre apreciação...”, *cit.*, p. 255.

¹⁶¹ Quanto à exigência de fundamentação da decisão judicial no tocante a uma opção de cariz essencialmente jurídico-penal substantivo — já a *jusante* da prévia fixação, *fundamentada*, da factualidade relevante —, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 61/2006, de 18 de Janeiro de 2006, julgou inconstitucionais, por violação do art. 205.º, n.º 1 da C.R.P., as normas do art. 50.º, n.º 1 do C.P. e dos arts. 374.º, n.º 2 e 375.º, n.º 1, estes do C.P.P., quando interpretadas no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução de pena

decisório, como lhe chamámos, constituirá, por isso, um meio de autocontrolo e contenção do julgador quanto à sua própria actividade e a plataforma racional a partir da qual (*e sobre a qual*) os atingidos pela decisão poderão tentar fazer valer a defesa dos seus interesses (mormente através do exercício do direito de recurso) no âmbito do processo ¹⁶².

Duas notas, porém, se antolham relevantes quanto à exigência de motivação.

Por um lado, a de que motivar não implica necessariamente descrever (ou “transcrever”) o conteúdo dos elementos probatórios (e são estes que agora mais nos interessam) considerados na sentença ou acórdão ¹⁶³: conquanto essa descrição (ou “transcrição”) possa mostrar-se eventualmente pedagógica segundo a linha argumentativa seguida *in casu*, não corresponde a um qualquer ónus constitucional ou legalmente imposto (o que se compreenderá, em face, até, da exigência de documentação das audiências de discussão e julgamento — arts. 101.º, 364.º, 386.º e 391.º-E do nosso C.P.P.).

Imperioso, sim — segunda nota —, é que, na lógica de um verdadeiro sistema de livre apreciação da prova ¹⁶⁴, ocorra a exposição e a análise crítica dos meios probatórios produzidos e atendidos (e, por contraponto, dos não atendidos), ou seja, a tal explicação (perceptível) do papel que aqueles meios comportaram na convicção do julgador e nas consonantes integração e decisão jurídico-penais depois

de prisão aplicada em medida não superior a três anos (à época, o limite até ao qual era legalmente possível a aludida suspensão de execução) (www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁶² EDUARDO CORREIA, “Les preuves...”, *cit.*, p. 30, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre o dever de motivação das respostas aos quesitos em processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, 1983, pp. 504 a 507, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial...”, *cit.*, pp. 88 e 89, JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, “Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português”, *Julgar*, N.º 21, 2013, pp. 80 e 81, e PIERPAOLO DELL’ANNO, “Obbligo di motivazione...”, *cit.*, p. 523.

¹⁶³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, p. 968.

¹⁶⁴ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “A livre apreciação...”, *cit.*, p. 255, e MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 230.

operadas (cfr., quanto à importância da exigência legal em causa, os arts. 374.º e 379.º do C.P.P. português¹⁶⁵ e, mercê da homologia revelada, o art. 546. do *Codice di Procedura Penale* italiano). O que empresta à motivação um cariz eminentemente *dialógico*, no sentido de que por intermédio da mesma o tribunal esclarece ao seu (vasto) “auditório” os fundamentos pelos quais optou por determinadas provas em detrimento de outras que porventura apontariam para uma decisão de fundo diversa ou até contrária à por si tomada¹⁶⁶.

Em suma, motivar não é descrever ou “transcrever” (ao jeito de um “escriva” ou “assentador”) o teor dos dados probatórios produzidos¹⁶⁷, mas sim (e fundamentalmente) *explicar*, em termos racionais (não arbitrários) e compreensíveis¹⁶⁸, o papel que aqueles (ou

¹⁶⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, pp. 967 a 970, MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova” *cit.*, pp. 228 a 230, e ainda JOSÉ MOURAZ LOPES, *Comentário Judiciário ao Código de Processo Penal*, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 768 e 769.

¹⁶⁶ Assim, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Manuale...*, *cit.*, p. 789. Neste contexto, afirma certeiraamente ANTÓNIO CORTÊS que “a fundamentação é o correlativo da mediação constitutiva do magistrado-decisor que assume o *risco* e a responsabilidade da decisão” (“A fundamentação das decisões...”, *cit.*, p. 306, com itálico do AUTOR).

¹⁶⁷ Sobre isto, ANTÓNIO CORTÊS, “A fundamentação das decisões...”, *cit.*, p. 320, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento...*, *cit.*, pp. 203 e 204, SÉRGIO POÇAS, “Da sentença penal — fundamentação de facto”, *Julgar*, N.º 3, 2007, pp. 31 e 32, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial...”, *cit.*, pp. 96 e 97, JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, “Breves palavras...”, *cit.*, pp. 85 e 86, e ainda JAIME FREIRE, “Liberdade e cânone...”, *cit.*, p. 5. No mesmo sentido, *vide* também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2007, de 17 de Janeiro de 2007 (em www.tribunalconstitucional.pt) e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1999 [que enfatizou não exigir a lei “(...) que em relação a cada facto se autonomize e substancie a razão de decidir, como também não exige que em relação a cada fonte de prova se descreva como a sua dinamização se desenvolveu em audiência, sob pena de se transformar o acto de decidir em uma tarefa impossível” (www.dgsi.pt)].

¹⁶⁸ Esperando-se do discurso, quer na sua *justificação interna* (ou seja, na congruência formal entre as normas jurídicas invocadas enquanto *premissa maior* e a factualidade nelas integrada como *premissa menor*, por forma a conduzir, sem dúvidas, à conclusão decisória), quer, sobretudo, na inerente *justificação externa* (isto é, na necessidade de adução de argumentos adicionais, dotados de racionalidade explicativa, em favor da *premissa menor* invocada, nos chamados “casos difíceis”, como

alguns dos) meios de prova desempenharam no itinerário mental seguido pelo judicante para a definição factual relevante da decisão ¹⁶⁹. Motivar é fornecer uma argumentação convincente quanto à legitimidade das escolhas feitas ¹⁷⁰. Na “(...) motivação da matéria de facto o juiz histórico pretende convencer, e, simultaneamente, está a convencer-se. A convicção que não consegue ser explicada não pode vingar, e não fundamenta a matéria de facto” ¹⁷¹.

Ora, se, por imperativo constitucional e legal, o arguido se presume inocente, a inexistência *tout court* ou a ocultação ¹⁷² da motivação de uma decisão condenatória (ou até uma motivação tradutora de uma “intuição” arbitrária e não explicada) desrespeita essa presunção, pela simples, mas decisiva, razão de que, não sendo apontados ou facultados, ficam naturalmente imperceptíveis e desconhecidos todos os elementos nos quais assentou o juízo que superou a

tenderão a sê-los os que, lidando com dificuldades de prova directa sobre a ocorrência dos factos dados como assentes, carecerão da demonstração da valia, *in casu*, da prova indiciária), uma especial capacidade persuasiva (quanto a estas dimensões do discurso, na teoria da argumentação jurídica, JERZY WRÓBLEWSKI, “Motivation...”, *cit.*, pp. 119 e 120, e MANUEL ATIENZA, “Las razones del derecho...”, *cit.*, pp. 60 e ss.; sobre a distinção entre *clear cases* e *hard cases*, veja-se a classificação de NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 195 e ss.). Mas, como contrapartida daquela persuasão discursiva, cremos que será também de exigir à generalidade dos destinatários do enunciado comunicacional e, sobretudo, à instância de recurso que avalia a motivação da decisão recorrida, uma postura analítica ágil, fluida e muito atenta à lógica da exposição dos argumentos probatórios e jurídicos dessa mesma motivação.

¹⁶⁹ PIERPAOLO DELL’ANNO, “Obbligo di motivazione...”, *cit.*, p. 524.

¹⁷⁰ PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Manuale...*, *cit.*, p. 788.

¹⁷¹ ANA MARIA BARATA DE BRITO, “A valoração...”, *cit.*, p. 122. Sobre o momento em que o produtor do discurso, enquanto pretendida encarnação do “auditório universal” e sua racionalidade intrínseca, se persuade a ele mesmo através da própria argumentação, no sentido de que é *aquela* a decisão correcta a tomar *in casu*, atente-se no conjunto de considerandos de CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique...*, *cit.*, pp. 53 e ss.

¹⁷² MARIA FERNANDA PALMA escreve, precisamente, sobre a ocultação da motivação, o que, para os fins ora tratados, reveste o mesmo efeito da ausência, pura e simples, da motivação: a não cognoscibilidade das razões (designadamente fácticas) alicerçadoras da decisão (“O problema penal...”, *cit.*, pp. 43 e 44; cfr., ainda, *supra*, segunda parte da nota 159).

presunção de inocência e conduziu à condenação. E, todavia, se não se toma contacto com os fundamentos probatórios da asserção de que o arguido, afinal, *não é inocente*, também não se pode presumir essa culpabilidade, devendo presumir-se, isso sim, que o arguido é *inocente* até que se demonstre, de modo efectivo, a sua culpabilidade. Logo, faltando a motivação do juízo que afirma a culpabilidade e a condenação na qual desemboca, não poderá ter-se por respeitada a presunção de inocência ¹⁷³.

Se, à face da nossa actual lei de processo, o aspecto da motivação da decisão judicial goza de uma protecção “reforçada” (por via da nulidade que lhe surge adscrita, nas hipóteses previstas no art. 379.º do C.P.P.) ^{174 175}, está longe, ainda assim, de revestir um carácter académico ou “arqueológico” (no sentido de que, atenta a evidência do seu conteúdo, seria quase desnecessário recordá-lo em um qualquer Estado de Direito contemporâneo) ¹⁷⁶.

¹⁷³ ENNIO AMODIO, “Motivazione...”, *cit.*, pp. 188 e 189, FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade...* e Tomo II *cits.*, p. 1245, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, *cit.*, pp. 78 e 79, HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser...”, *cit.*, p. 450, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial...”, *cit.*, p. 90, e EDITH GUILHERMONT, “Qu’appelle-t-on...”, *cit.*, p. 54.

¹⁷⁴ Sobre a exigência legal contida no art. 379.º do C.P.P., ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES, *Código de Processo Penal Comentado*, 4.ª edição, revista, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 1165 a 1167.

¹⁷⁵ Diversamente do C.P.P. português de 1929, o qual não consagrava qualquer comando expresso de motivação das decisões judiciais penais (a propósito, MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova” *cit.*, p. 228, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Abril de 1987, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 366, p. 280; no entanto, ainda em plena vigência do dito C.P.P. de 1929, mas já no período abarcado pela Constituição de 1976, batendo-se pela necessidade de motivação judicial das respostas aos quesitos enquanto efectiva manifestação de uma concepção democrática do sistema processual penal, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre o dever de motivação...”, *cit.*, pp. 488 e ss., especialmente p. 496).

¹⁷⁶ Focando algumas das raízes históricas mais longínquas da razão de ser da exigência de motivação das decisões judiciais, enquanto instrumento de responsabilização dos juízes perante a Nação e o Poder Legislativo, e constituindo, assim, uma das vias de contrapartida da independência individual e da inamovibilidade dos magistrados judiciais, WLADIMIR BRITO, “A participação dos juízes na política. Do juiz independente à independência dos juízes”, *Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca Por Ocasião dos Seus 70 Anos. Liberdade, Sempre!* (organização de Lígia

Com efeito, bastará que, a título de exemplo, pensemos na admissibilidade, em algumas ordens jurídico-penais europeias, de decisões judiciais condenatórias não motivadas ¹⁷⁷. Ou, mais concretamente, na circunstância de, até 2012, as instâncias jurisdicionais de recurso francesas interpretarem o art. 353 do *Code de Procédure Pénale* ¹⁷⁸ no sentido de não carecerem as decisões dos tribunais de júri (*rectius*, de “escabinato”) ¹⁷⁹ de uma motivação explicadora dos fundamentos factuais em que assentavam os respectivos veredictos ¹⁸⁰, bastando

Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca), Livraria Pedro Cardoso, Praia, e Almedina, Coimbra, 2020, p. 1269.

¹⁷⁷ RENÉE KOERING-JOULIN, “La présomption d’innocence, un droit fondamental?”, *La Présomption d’Innocence en Droit Comparé*, Société de Législation Comparée, Paris, 1998, pp. 19 a 26.

¹⁷⁸ Art. 353 que, até 2012, previa: “La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur prescrit de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: “Avez-vous une intime conviction?””.

¹⁷⁹ Sobre algumas das diferenças fundamentais entre o sistema de júri *stricto sensu* (vigente na generalidade do mundo anglo-saxónico e, com notórias aproximações, na nossa vizinha Espanha desde 1995) e o sistema de escabinato (adoptado, entre muitos outros países, por Portugal, França ou Itália), cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, NUNO BRANDÃO, SÓNIA FIDALGO e ANA PAIS, “Garantia constitucional de julgamento pelo júri e recurso de apelação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º (2016), N.º 3999, pp. 321 e 322, e JOSÉ MARTÍN OSTOS, *Jurado y Escabinado (Participación Popular en la Administración de Justicia)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Editorial Dykinson, Madrid, 1990, pp. 10 e ss.

¹⁸⁰ Na senda de alguma jurisprudência do T.E.D.H. que sustentava não ser a não motivação dos veredictos do júri, por si só, desconforme à ideia de *procès équitable* contida no art. 6.º da C.E.D.H., desde que fossem asseguradas as garantias gerais de defesa (*maxime*, quanto ao efectivo e atempado conhecimento pelo arguido do objecto da acusação, à possibilidade de produção de elementos probatórios de defesa e ainda ao respeito pelo contraditório relativamente aos meios de prova do acusador), e existisse, ademais, uma resposta a todas as múltiplas e precisas questões de facto colocadas ao júri (*vide*, quanto a este último aspecto, a decisão proferida no *Caso Papon versus França*, de 25 de Julho de 2002, disponível em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR).

que os mesmos se baseassem em uma *intime conviction* dos jurados quanto à matéria fáctica por eles dada como assente ou não assente (podendo traduzir-se, por isso, e no limite, as respostas da *cour d'assises* às questões de facto colocadas pelo julgamento em um conjunto de simples “*oui*” ou “*non*”) ¹⁸¹.

4. Breve análise da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Novembro de 2013, sobretudo quanto ao *onus probandi* e ao *in dubio pro reo*

4.1. A Proposta de Directiva em causa insere-se no projecto do Conselho Europeu de consecução de um processo penal equitativo na União Europeia, por via do reforço dos direitos processuais dos suspeitos e arguidos, anunciando-se como fruto da preocupação por

¹⁸¹ A problemática da (falta da) motivação do veredicto dos tribunais penais de júri franceses gerou, ao longo de diversos anos, discussão particularmente acesa na doutrina processualista gaulesa, sobretudo pela (des)conformidade de tais actos, gerados apenas pela subjectiva e *intima conviction* dos jurados, com valores constitucionais e pactícios ligados à ideia de *procès équitable*. Aliás, em bom rigor, parte da referida doutrina sustentava que a interpretação jurisprudencial do art. 353 do *Code de Procédure Pénale* no sentido da não exigência legal de motivação era, além do mais, errada, porquanto o que tal norma permitia era, nas decisões tomadas pelas *cours d'assises*, o desvio a um sistema de prova legal, *mas não a isenção de uma obrigação de motivação* de tais decisões. Ora, como acima apontámos, apenas em 2012 (após pronúncia do *Conseil Constitutionnel* sobre a matéria, e na sequência do importante aresto do T.E.D.H. de 13 de Janeiro de 2009, proferido no *Caso Taxquet versus Bélgica*, disponível em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/) o legislador francês consagrou, com a Lei n.º 2011-939, de 10 de Agosto desse ano, uma nova redacção no aludido art. 353, no sentido de aí passar expressamente a constar “(...) l'exigence de motivation de la décision (...)”, assim acabando com qualquer dúvida que a propósito ainda pudesse ocorrer [sobre a questão, cfr., entre muitos outros, JEAN-BAPTISTE PERRIER, “La motivation des arrêts d'assises (enfin) devant le Conseil Constitutionnel!”, *Recueil Dalloz*, 187.º Année, 17 mars 2011, N.º 11/7460.º, pp. 800 a 802, WANDA MASTOR e BERTRAND DE LAMY, “A propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises: ‘je juge donc je motive’”, *Recueil Dalloz*, 187.º Année, 5 mai 2011, N.º 17/7466.º, pp. 1154 e 1155, e ainda FRANÇOIS SAINT-PIERRE, “Pourquoi la motivation des verdicts de cour d'assises est une garantie de meilleure justice”, *Les Cahiers de la Justice*, 2014/2 (N.º 2), pp. 169 a 174].

aquilo que o *Green Paper* na matéria publicado em 2006 pela Comissão concluiu tratar-se de “(...) uma erosão do princípio da presunção de inocência (...), especialmente em matéria de inquiridos contra nacionais estrangeiros ou não residentes (...)”, e a crescente tolerância do “(...) designado princípio da “presunção de culpabilidade” (...) nos ordenamentos nacionais” dos Estados-Membros (ponto 19. da Exposição de Motivos da Proposta).

O foco essencial da Proposta traduziu-se: na necessidade da aplicação da futura Directiva desde o início até à “conclusão definitiva” do processo penal (art. 2.º), assegurando a presunção de inocência enquanto a culpabilidade do suspeito ou arguido (pessoa singular) não fosse “legalmente provada” (art. 3.º); na questão das referências em público à culpabilidade antes da “condenação definitiva” (art. 4.º); na problemática (primacial objecto do presente estudo) do “ónus da prova” e nível de prova exigido para a condenação (art. 5.º); no direito de o arguido não se auto-incriminar, não colaborar (art. 6.º) e guardar silêncio (art. 7.º) no processo penal; no direito de o arguido comparecer em tribunal a fim de assistir ao seu próprio julgamento (art. 8.º) ou, na eventualidade de não ocorrer tal comparecimento, e dentro de certas condições, poder realizar-se nova audiência (art. 9.º); na via de recurso no caso de violação dos direitos conferidos pela projectada Directiva ao suspeito ou arguido (art. 10.º); *last but not least*, na importantíssima cláusula expressa de não regressão, no sentido de não poder ser a futura Directiva interpretada como limitando ou derogando os direitos e as garantias processuais assegurados na C.D.F.U.E., na C.E.D.H., “(...) noutras disposições relevantes do direito internacional ou no direito dos Estados-Membros que prevêem um nível de protecção mais elevado” (art. 12.º).

4.2. Pelas razões antes expostas (em 3.1.), mostrou-se extremamente positiva a preocupação do legislador europeu quanto à questão da aplicação do princípio da presunção de inocência ao longo de todo o processo, assim como se revelou assaz significativa a questão da exigência, aos poderes públicos, do tratamento a dispensar ao suspeito ou arguido antes da sua condenação (arts. 3.º e 4.º da Proposta).

E se, no que tange aos dois aspectos estritamente “proclamatórios” acabados de enumerar, a Proposta assumiu uma formulação

correcta e consensual — no sentido de se reportar a um lastro de ideário e simultaneamente de concreção adequado (designadamente quanto à injunção, contida no art. 4.º, de os Estados-Membros devem assegurar que, antes de uma “condenação definitiva”, nenhuma declaração pública ou decisão oficial emitida pelas autoridades públicas apresentasse o suspeito ou arguido como condenado) —, já a abordagem à questão do “ónus” da prova — como vimos, algo de nuclear na presunção de inocência — se afigurou bastante mais preocupante ¹⁸².

Após afirmar recair sobre a entidade acusadora (e sem prejuízo dos eventuais poderes *ex officio* do tribunal na matéria ¹⁸³) o ónus de provar a culpabilidade do suspeito ou arguido, acrescentou depois a Proposta deverem os Estados-Membros garantir que qualquer presunção tendo por efeito a inversão do ónus da prova, para além de refutável, fosse “suficientemente importante” para justificar uma derrogação àquele princípio matricial de distribuição probatória (art. 5.º).

Ora, parece-nos haver sido perigosa a utilização de uma cláusula valorativa na matéria. Com efeito, o que se revelaria “suficientemente importante” para justificar uma inversão do ónus da prova em processo penal? E quem avaliaria a *concreta suficiência da importância* das razões justificadoras da apontada inversão?

À primeira interrogação poderia porventura responder-se que as ponderosas finalidades públicas relativas à proficiência da investigação e administração da justiça penal não deveriam nunca ficar aprisionadas de uma (suposta) hipertrofia garantística, sendo precisamente essa, na mesma perspectiva, uma boa razão para a inversão do ónus da prova em determinadas matérias sujeitas ao julgamento penal.

Quanto a nós, no entanto, a mencionada concepção vem acompanhada de um entendimento do próprio direito penal substantivo

¹⁸² Podendo também seguramente suscitar-se alguns interessantes problemas quanto aos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação, previstos, respectivamente, nos arts. 6.º e 7.º da Proposta (sobre estas matérias, atente-se na análise de MARIA JOÃO ANTUNES e JOANA FERNANDES COSTA, “Proposta de Directiva...”, *cit.*, pp. 25 e 26).

¹⁸³ O que, como já dissemos, significa o acolhimento, em sistemas como o português, do princípio complementar de investigação na estrutura acusatória do processo (cfr., *supra*, 3.3.).

assente em pressupostos que não raro derivam de um programa político-criminal de maior pendor punitivo e securitário ¹⁸⁴. Não sendo este o local próprio para a escalpelização do tema, sempre manifestaremos as nossas (muitas) reticências quanto a essa visão das coisas, porquanto estamos convictos de que o processo penal — *maxime*, no campo probatório — constitui o verdadeiro elemento de charneira do modo como o respeito pela dignidade humana e a democraticidade de um Estado no domínio da justiça são ou não efectivamente vividos.

Depois, a resposta à segunda questão — recorde-se, a avaliação da *suficiência da importância* dos motivos justificadores da inversão do ónus da prova — deveria aparentemente entroncar no respeito do legislador europeu pelas “diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros” (n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.), Estados-Membros esses que, portanto, no seu (relativo) livre alvedrio, ponderariam daquela suficiência.

Pois bem, pensamos que o *so called* respeito por diferentes idiosincrasias jurídicas traduziria, por parte da União Europeia, a aquiescência ou mesmo o reconhecimento da tese de que em uma dimensão nuclear da presunção de inocência não seria de estabelecer mais do que um frágil patamar comum aos Estados-Membros. Ou seja, se a presunção de inocência surgiria sempre como património axiológico europeu inalienável, já a concreta forma do possível (des)respeito substancial por tal princípio em termos de dinâmica probatória ¹⁸⁵ no processo tenderia a não caber nas “regras mínimas” definidas na Proposta, a observar (ou não) por cada Estado-Membro.

¹⁸⁴ A propósito, MARIA FERNANDA PALMA, “O problema penal...”, *cit.*, p. 53, AUGUSTO SILVA DIAS, “De que direito penal...”, *cit.*, pp. 315 e 316, JUAN SOTOMAYOR ACOSTA, “El derecho penal garantista en retirada?”, *Revista Penal*, N.º 21, 2008, p. 149, e, com especial ênfase no chamado *direito penal expansionista*, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Direito penal do bem jurídico e direito penal expansionista: ‘gémeos separados à nascença?’”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, N.º 1, 2021, pp. 191 a 198.

¹⁸⁵ Pois que se nos afigura, e mais uma vez o dizemos, não deixar de constituir uma clara entorse a um princípio básico de processo penal de qualquer Estado democrático a existência de presunções incriminatórias.

Não desconhecemos que o n.º 2 do art. 6.º da C.E.D.H. — fonte assumida pela Proposta e subsequente Directiva na temática em análise — tem sido por vezes interpretado pela jurisprudência do respectivo Tribunal no sentido de que a presunção de inocência não é absoluta e pode ser restringida desde que as autoridades estatais consigam operar um balanço entre a importância do que está em jogo e os direitos de defesa, e ao acusado seja facultada a hipótese de refutação da presunção que contra ele exista. Pugnando, assim, a Corte de Estrasburgo pela admissibilidade de certas presunções que invertam o ónus da prova ¹⁸⁶. Aliás, o considerando 32. da Exposição de Motivos da Proposta referiu-se a esta mesma questão, e o n.º 2 do próprio art. 5.º da Proposta preceituava que para refutar a presunção bastaria “(...) que a defesa (...)” produzisse “(...) provas suficientes para suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido”.

Teremos, também aqui, de expressar um *lamento*: quer pela directriz interpretativa acabada de traçar, seguida pelo T.E.D.H., quer pelo *menor arrojo* que a Proposta revelou em relação à matéria ¹⁸⁷. Ainda para mais, quando essa Proposta se autointitulou de descendente directa de uma linhagem legislativa europeia destinada à obtenção

¹⁸⁶ Sobre a compatibilidade, sustentada pelo T.E.D.H., entre as presunções legais de culpa e o art. 6.º, n.º 2 da C.E.D.H., cfr. ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, pp. 98 a 102, ED CAPE, ZAZA NAMORADZE, ROGER SMITH e TARU SPRONKEN, *Effective Criminal Defence...*, *cit.*, pp. 27 e 28, WILLIAM SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 288 a 300, e decisões jurisprudenciais para que remetem, especialmente as relativas aos Casos *Salabiaku versus França*, de 7 de Outubro de 1988, *Pham Hoang versus França*, de 25 de Setembro de 1992, *Telfner versus Áustria*, de 20 de Março de 2001, *Krumpholz versus Áustria*, de 18 de Março de 2010, e *Nicoleta Gheorghe versus Roménia*, de 3 de Abril de 2012 (todas disponíveis em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/); para uma dissecação crítica da primeira das decisões ora citadas, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, pp. 486 a 491.

¹⁸⁷ *Menor arrojo* que, em todo o caso, se compreende (embora, repitamo-lo, se *lamente*) no contexto dos instáveis equilíbrios político-ideológicos ligados à convivência dos vários Estados-Membros, orientados por visões distintas acerca do maior ou menor *enforcement* que entendem dever inerir ao sistema processual penal.

de um *elevado nível de efectivos direitos de defesa* dos suspeitos e arguidos em processo penal ¹⁸⁸.

Pareceria estar em jogo uma ânsia de *proporcionalidade* entre duas valências essenciais: a tal (suposta) melhor proficiência do aparelho de justiça e a assunção das garantias de defesa dos arguidos. E — dir-se-ia —, desde que não se concluísse por uma óbvia *desproporcionalidade* entre o nível de (des)respeito por um e outro dos valores, seria justificável uma “ligeira” *compressão* das garantias de defesa em prol da proficiência punitiva, admitida que fosse a hipótese de refutação da presunção visando o arguido.

Não partilhamos, contudo, da visão agora exposta, e por três razões fundamentais.

Em primeiro lugar, porque ficamos sem perceber, confessamo-lo, se ínsita à argumentação estaria — ou estaria sempre — uma verdadeira tomada de posição substancial sobre o peso e a valia dos bens em si mesmos, ou antes uma ideia radicalmente *utilitarista* acerca daquilo que, em termos de aparente assertividade e eficácia do sistema, uma diminuição de garantias de defesa poderia trazer na chamada “luta contra o crime”. Cabendo perguntar se a dignidade humana “suportaria” ser colocada em xeque por essa diminuição de garantias de defesa inerente à vigência de presunções incriminatórias, sem que, ainda assim, tal realidade revestisse especial significado em um Estado de Direito democrático. Como se, em suma, aquele valor — dignidade humana — não revelasse, *per se*, uma magnitude a dever ser *sempre* respeitada pela administração da justiça penal...

Acrescendo — segunda razão — não poder ser o problema, precisamente por tocar o núcleo essencial da dignidade humana, perceptível em termos de uma estrita metódica de proporcionalidade ou concordância prática ¹⁸⁹, visto que a presunção de inocência vale por

¹⁸⁸ Cfr. considerandos 1. a 9. da Exposição de Motivos da Proposta.

¹⁸⁹ Desenvolvendo esta ideia, embora a propósito das proibições de prova, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º (2016), N.º 4000, pp. 9, 10, 13 e 15, e, mais recentemente, quanto ao modo de obtenção da verdade processual, “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’...”, *cit.*, pp. 583 a 585.

si mesma e é indissociável de um processo penal de estrutura democrática ¹⁹⁰ ¹⁹¹, não devendo a investigação criminal e a administração da justiça *lato sensu* escorar-se em meios (substantivos ou processuais) que garantam (de um modo mais “fácil”) condenações ¹⁹².

Por fim, porque, como atrás já dissemos, a ideia de proporcionalidade é garantida (e tem *sempre* de ser garantida) nas restrições de liberdade atinentes à imposição das medidas de coacção ¹⁹³, orientadas ainda pelos critérios constitucionais e legais da necessidade e adequação na respectiva aplicação. Simplesmente, as preocupações cautelares a pacificar aquando da definição das medidas coactivas não podem erigir-se, depois, em estalão de análise e decisão do material probatório trazido a julgamento, visto, desde logo, o espectro de abrangência futura, na vida de cada visado, de uma potencial condenação penal.

5. O que (não) transitou para a Directiva (UE) 2016/343, de 9 de Março de 2016

5.1. Em termos de mera escrita, não são descortináveis significativas alterações entre a Proposta e a concretização textual da Directiva que se lhe seguiu.

O que acabamos de notar, todavia, não equivale a afirmar uma qualquer ausência de problemas hermenêuticos, em especial se tentarmos avançar para além da superficialidade da grafia e penetrar nas reais intenções legislativas. Porque o ponto não estará tanto

¹⁹⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, p. 51.

¹⁹¹ Tal como é também indissociável do processo penal de um Estado de Direito, e a título de exemplo, a garantia — sempre — de um tribunal independente e imparcial a julgar o arguido (art. 203.º da C.R.P.) (sobre esta garantia, à luz da C.E.D.H., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES, “La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N.º 4, 1990, pp. 734 a 737).

¹⁹² Neste exacto sentido, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, p. 51.

¹⁹³ Cfr., *supra*, 3.1., especialmente nota 66.

naquilo que o texto da Directiva ostenta e é facilmente apreensível por uma qualquer leitura simplista, mas porventura mais na *ausência* de uma clara tomada de posição sobre determinados aspectos, a seguir enunciados, da matéria que vimos analisando.

5.2. Importará começar por perceber se, no contexto normativo da Directiva, a possibilidade da existência de presunções de culpabilidade (e não estamos a reportar-nos, reafirme-se, a presunções judiciais conaturais à actividade do decisor ¹⁹⁴) é admitida, negada, ou — em jeito de um *tertium genus* — pura e simplesmente ignorada.

É verdade que, diversamente do teor textual do n.º 2 do art. 5.º da Proposta — o qual, como há pouco referimos, previa a possibilidade da ocorrência de presunções tendo como primacial efeito a inversão do ónus da prova —, o n.º 1 do art. 6.º da Directiva proclama que “os Estados-Membros asseguram que recai sobre a acusação o ónus da prova da culpa do suspeito ou do arguido (...)”. Mas consubstanciará essa afirmação uma inequívoca proibição quanto à hipotética mobilização, por um qualquer Estado destinatário da Directiva, de presunções de culpa na construção dos seus tipos incriminadores ou, até, uma interdição de regras processuais penais de apreciação da prova facilitadoras, em alguns casos (a tocarem interesses julgados *importantes* pelos Estados), de uma inversão do *onus probandi*? É que, se percorrermos o intróito de considerandos justificadores do produto normativo agora em questão (Directiva), continuaremos a deparar com a afirmação, *ipsis verbis*, por parte do legislador europeu, da possibilidade de utilização, pelos Estados-Membros, “(...) de *presunções de facto ou de direito em relação à responsabilidade penal de um suspeito ou de um arguido* (...)”, as quais “(...) deverão ser delimitadas de forma razoável, tendo em conta a *importância dos interesses em causa* e mantendo os direitos de defesa, e os meios empregues deverão ser razoavelmente proporcionados ao objectivo legítimo visado” (considerando 22., com itálicos nossos) ¹⁹⁵. Parecendo, pois,

¹⁹⁴ Vide, *supra*, 3.5.

¹⁹⁵ Em comentário à Directiva, o Forum Penal — Associação de Advogados Penalistas defende que o referido considerando 22. deverá ser interpretado de “forma

admissível a interpretação segundo a qual permanece a União convicta de que a vigência de presunções de culpa (*legais, de facto* ou *de direito*), longe de constituir uma absoluta e intransponível “linha vermelha”, ganhará porventura justificação nos casos em que a “importância dos interesses em causa”, e dentro de “limites razoáveis”, como tais vistos pelos Estados, o sustente ¹⁹⁶ ¹⁹⁷.

Concluindo, continuará a existir margem (uma margem pouco clara, concede-se, mas apesar de tudo não obliterada) para se advogar a “tolerância” da União quanto à verificação de presunções de culpa em todo o domínio do ónus probatório em processo penal. Pois que, repitamo-lo, podendo a Directiva tê-las expressamente proibido, a verdade é que não o fez.

5.3. Depois, constata-se a ausência de menção, na Directiva (tal como, aliás, já acontecia na Proposta), à exigência de motivação das decisões penais, *maxime* condenatórias.

Trata-se, como tentámos explicar, de algo de absolutamente nuclear à percepção e ao escrutínio da via cognitiva adoptada pelo julgador na apreciação do material probatório e na subsequente decisão tida como apta a estruturar.

Pelo que a pergunta se impõe: se a Directiva não estabeleceu como mandamento dirigido à lei processual penal dos Estados da União a expressa necessidade de explanação, pelos decisores, do dito percurso

cautelosa”, tendo em conta, além do mais, a própria história do processo legislativo que conduziu à redacção final do art. 6.º da Directiva (www.forumpenal.pt).

¹⁹⁶ Assim seguindo a União Europeia, segundo parece, a (perigosamente) “generosa” posição jurisprudencial do T.E.D.H. na matéria (cfr. nota 186) (a propósito, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, p. 487, e WILLIAM SCHABAS, *The European Convention...*, *cit.*, pp. 299 e 300).

¹⁹⁷ Aliás, se entendermos que a Directiva não proibiu a operatividade de eventuais presunções legais de culpa (mesmo na estruturação dos tipos) a onerar a posição processual do arguido, e essa constituir a prática — *ex vi legis* — consagrada em um determinado Estado-Membro, nenhuma alteração ocorrerá por força da Directiva, *na prática das coisas*, em termos das garantias (ou da falta delas...) inerentes ao *onus probandi* e ao princípio *in dubio pro reo* em processo penal vigentes em tal Estado... (em tese, CRISTIANA VALENTINI, “La presunzione d’innocenza...”, *cit.*, p. 195).

de cognição e valoração probatórias, como poderá compatibilizar-se a *inocência presumida* do arguido com uma eventual condenação *não explicada* que lhe seja assestada?

5.4. Embora consubstanciando um *thema* de cariz mais geral (no sentido de não especificamente atinente ao *onus probandi*), manteve o art. 3.º da Directiva, na senda de semelhante norma da Proposta que a antecedeu, a proclamação de que “os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou arguido se presume inocente enquanto a sua culpa não for *provada nos termos da lei*” (itálicos nossos) ¹⁹⁸. O que nos deixa intacto, também aqui, um sentimento de aporia sobre a falta de assunção clara de propósitos por banda do legislador europeu. Acima de tudo, porque a Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos da União Europeia havia proposto, *sem sucesso*, em 21 de Abril de 2015, uma alteração de redacção de tal art. 3.º, por forma a que a gama de efeitos ínsitos à presunção de inocência se mantivesse enquanto a culpabilidade do suspeito ou arguido não fosse provada por meio de *decisão definitiva* (ou seja, não susceptível de recurso) proferida em processo penal, no decurso de um julgamento público que assegurasse todas as garantias de defesa ¹⁹⁹. Ora, se tal proposta de alteração não vingou, qual será, então, o exacto significado da formulação “culpabilidade legalmente provada”, que viu a luz na Directiva? Não, seguramente, o de que (como sucede em Portugal ²⁰⁰) só o trânsito em julgado da decisão condenatória “desfará” a presunção de inocência...

¹⁹⁸ Reconheça-se que diversos textos constitucionais europeus (a *Constitution* francesa ou, em termos até mais genéricos, o art. 24, n.º 2 da *Constitución* da nossa vizinha Espanha, por exemplo) não contêm, como a Lei Fundamental portuguesa (art. 32.º, n.º 2) ou a *Costituzione* italiana (art. 27., *comma* 2.ª), a expressa menção do trânsito em julgado de uma decisão condenatória como marco temporal para o termo da aplicabilidade da presunção de inocência, fazendo apenas referência a este princípio e à necessidade de, para o desfazer, a culpa do acusado ser “legalmente estabelecida”.

¹⁹⁹ Cfr. o texto do Relatório da aludida Comissão em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/64baa12c-b75c-11ed-8912-01aa75ed71a1/language-pt>.

²⁰⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 250 e 251. No entanto, como nota — e bem — JORGE CASTRO,

Assim, em uma certa visão das coisas, a fórmula adoptada no art. 3.º, conjugada com a plasmada no art. 4.º (atinentes às referências em público à culpa do suspeito ou arguido) da mesma Directiva, parece mostrar como a União Europeia, *na prática*, acaba por considerar a presunção de inocência uma garantia sacrificável após o juízo de primeira instância ²⁰¹. O que valerá para dizer que, no contexto de um Estado onde a lei consagra a possibilidade de execução de decisões condenatórias ainda não transitadas em julgado ²⁰², com todas as gravosas consequências daí advenientes para a posição do condenado, a plenitude das garantias associadas ao princípio da presunção de inocência não será seguramente promovida pela Directiva de que vimos cuidando ^{203 204}.

a presunção de inocência poderá até “renascer”, no sistema processual português, mesmo *depois* do trânsito em julgado da decisão condenatória, em alguns casos de interposição de recurso extraordinário de revisão (arts. 449.º e ss. do C.P.P.) (“Ainda a presunção...”, *cit.*, pp. 534 a 537).

²⁰¹ No mesmo sentido se pronuncia CRISTIANA VALENTINI, “La presunzione d’inocenza...”, *cit.*, pp. 195 e 196.

²⁰² Não desconhecemos haver quem entenda, na lógica do afirmado na nota 198, que a execução de decisões condenatórias ainda não completamente estabilizadas em termos de apreciação jurisdicional de recurso é justificável em um Estado de Direito democrático. Um exemplo de tal entendimento pode ser encontrado na jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir (sobretudo) de 2016, no sentido de, em uma interpretação dita “flexível” do proclamado no art. 5.º, LVII da Constituição brasileira (segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), autorizar a execução da pena a partir das decisões proferidas por tribunais de apelação, estando ainda pendentes de julgamento recursos extraordinários, com base em uma ideia de ponderação entre os valores da presunção de inocência e da eficiência do sistema judicial penal (contra, advogando que um entendimento do referido jaez fere, de modo inadmissível, a garantia constitucional da presunção de inocência, GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, *Processo Penal*, 4.ª edição revista, actualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 539 e 540, e, mais especificamente sobre a concreta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em questão, RENATO BELINI, “Execução provisória da pena no Brasil: as irracionalidades da actual jurisprudência do STF”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 26, Volume 145, 2018, pp. 282 e ss.).

²⁰³ Já assinalámos também (nota 198) que a opção do legislador constitucional português (como do italiano), com natural densificação ordinária (arts. 467.º, n.º 1 e 477.º, n.º 1 do nosso C.P.P. e arts. 650. e ss. do *Codice di Procedura Penale*

italiano), foi a de não abdicar, para a execução de uma decisão penal condenatória, do respectivo trânsito em julgado, por só assim lhe ser reconhecido o atributo da normal e tendencial *irrevogabilidade* (MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, “Execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 480). E em nada mudará esta visão das coisas a possibilidade de um arguido condenado em pena de prisão efectiva por decisão penal ainda não transitada se encontrar privado da liberdade por efeito de uma medida coactiva de cariz detentivo e assim poder continuar até ocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória. É que, como atrás demos igualmente a entender (3.1., e nota 66), a aplicação da medida de coacção teve a justificá-la um conjunto de exigências de natureza cautelar (enunciadas, em termos gerais, no art. 204.º do nosso C.P.P.), actuaes *in casu* — e que, aliás, uma vez desaparecidas, ou esgotado o prazo máximo de duração da medida, deverão levar à extinção da mesma, com a libertação do arguido [arts. 212.º, n.º 1-b) e 215.º a 218.º, todos do C.P.P.] —, não podendo funcionar como a *antecipação de um castigo* (pena de prisão decidida na sentença ou acórdão) que, em rigor, nem se sabe se virá a concretizar-se após a decisão do recurso (muito embora, confirmando-se a aplicação da pena de prisão, e por óbvias razões de respeito pela dignidade do condenado, terá, nos termos do n.º 1 do art. 80.º do nosso C.P., de ver descontado no respectivo *quantum* o período de privação de liberdade entretanto decorrido por efeito da manutenção da medida coactiva em causa). Ou seja, não estando nós, de todo em todo, a lidar com qualquer execução provisória ou antecipada de uma decisão condenatória ainda não transitada em julgado.

²⁰⁴ Nada do que vimos afirmando é abalado pela existência daquilo que, em termos doutrinários e jurisprudenciais, é chamado de efeito do *caso julgado parcial* ou *caso julgado sob condição resolutiva* na delimitação do âmbito do recurso, quando este não se fundar em motivos estritamente pessoais (acerca deste tipo de motivos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, pp. 1064 e 1065). Assim, em caso de comparticipação criminosa, se um co-arguido não recorrer da decisão condenatória, esta adquire a força de caso julgado parcial quanto a ele, podendo, por isso, ser executada, sem prejuízo de esse mesmo arguido não recorrente vir eventualmente a beneficiar — até pela virtualidade contida no n.º 2-a) do art. 402.º e no n.º 3 do art. 403.º, ambos do C.P.P. — da hipotética procedência do(s) recurso(s) interposto(s) pelo(s) outro(s) co-arguido(s) (a propósito, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Recursos”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 387 e 388, e Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 2007 e 27 de Setembro de 2007 e da Relação do Porto de 14 de Outubro de 2020, todos disponíveis em www.dgsi.pt). O que significa, pois, que, podendo permitir a execução da pena de prisão de um arguido não recorrente, o caso julgado sob condição resolutiva tem como pressuposto, note-se bem, *uma situação de trânsito em julgado quanto a esse não recorrente* (e ainda que, como dissemos, a execução se mostre passível de uma eventual modificação posterior pelo sucesso — que aproveite àquele — do recurso de um co-arguido).

5.5. Dada a ausência de resposta apodíctica aos aspectos acabados de enunciar, não temos grande pejo em afirmar que não apenas no ónus da prova o legislador europeu adoptou uma visão menos garantística do que a preconizada pela ordem processual portuguesa actualmente vigente ²⁰⁵.

Mesmo com alterações legislativas como a protagonizada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro (que aportou importantes — e, porventura, não totalmente isentos de crítica — reflexos na questão da valoração, em audiência de julgamento, de declarações prestadas pelo arguido anteriormente a tal fase), o nosso C.P.P. continua a proporcionar, em termos de produção e apreciação probatórias, na decorrência do princípio geral contido nos n.ºs 1 e 2 do art. 32.º da C.R.P., um relativo equilíbrio (porventura mais instável, após as ditas alterações legislativas de 2013) entre os interesses subjacentes ao processo penal. Relativo equilíbrio que, por tudo o que já atrás focámos, não se manteria com a introdução de cláusulas como as que atinem à possibilidade de presunções tendentes à inversão do “ónus da prova” [e ainda que, como preconizava o n.º 2 do art. 5.º da Proposta de Directiva, “bastasse” “(...) que a defesa (...)” produzisse “(...) provas suficientes para suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido”, assim devendo gerar-se a sua absolvição]. Efectivamente, assentar a possibilidade de punição (com os efeitos deletérios que a mesma contém em si) não a partir “(...) daquilo que o agente *fez*, mas sim daquilo que, salvo prova em

Sem embargo, afigura-se-nos relevar de alguma prudência que, em certas e contadas situações, a apreciar em concreto pelo juiz competente — *maxime*, quando o condenado não recorrente se encontra em liberdade —, possa aguardar-se o desenrolar do recurso e a completa estabilização da decisão que dele conheça e só depois, no caso de essa decisão não comportar nenhuma interferência *in mellius* na situação do não recorrente, se ordenando a efectiva execução da respectiva pena privativa da liberdade (art. 478.º do C.P.P.).

²⁰⁵ Igual raciocínio não valendo, por exemplo, quanto aos julgamentos *in absentia*, matéria na qual as directrizes emanadas pela Directiva certamente que demandariam um cuidado trabalho de transposição por parte do legislador português, tendo em vista o incremento da protecção processual do arguido em tal domínio (assim, MIGUEL JOÃO COSTA e PEDRO CAEIRO, “Portugal. The implementation of the Directives...”, *cit.*, pp. 185 a 188).

contrário” — ou, diremos nós, adaptando-nos à circunstância concreta, salvo o suscitar de “dúvidas razoáveis quanto à sua culpabilidade” —, “*se presume ter ele feito (...)*”²⁰⁶, introduziria um *tonus* (globalmente) estranho ao nosso processo penal.

O grau de certeza necessário a uma condenação penal terá de ser sempre aquele que nos é imposto pelo ideário de um Estado de Direito democrático, que não abdica de regras mínimas (aqui, sim, “regras mínimas”) sustentadoras de um *fair trial* e dos direitos de defesa essenciais a qualquer arguido. E se esses direitos de defesa não são colocados em crise com a intervenção das presunções naturais e da denominada prova indirecta — que, como vimos atrás, exigem um sustentado trabalho de relação, inferência e concatenação lógico-racional —, já seguramente o seriam com a criação de presunções legais, para as quais não importaria tanto se o arguido praticara ou não o facto proibido, *bastando que pudesse presumir-se* que ele o praticara. Logo, o enquadramento de algumas situações de facto em tais presunções teria como inexorável resultado o desrespeito (*prático*) pela possibilidade de exercício de direitos de defesa básicos como a auto-remessa ao silêncio²⁰⁷ e a

²⁰⁶ As palavras são de PEDRO CAEIRO [“Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21 (2011), n.º 2, p. 301, com itálicos do AUTOR], que, embora aplicadas em um outro contexto problemático, traduzem o “salto” permitido pela Proposta, e que a Directiva parece não ter proibido categoricamente.

²⁰⁷ Com efeito, não vemos como sustentar que o exercício do silêncio, pelo arguido, em uma qualquer questão factual coberta por uma presunção legal de culpabilidade, não conduziria a um objectivo prejuízo decorrente daquele mesmo exercício. Se, como por vezes é afirmado jurisprudencialmente entre nós (*vide*, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008, disponível em www.dgsi.pt), o uso do silêncio não deve, *ipso facto*, beneficiar o arguido (fórmula porventura algo equívoca, pois que aplicada ao exercício de um direito constitucional e legalmente consagrado — embora dependente, em termos de efectiva valia probatória, da ponderação daquilo que a globalidade de cada processo contenha de mais ou menos condenatório em relação ao arguido (cfr. nota 91) —, não tendo, por isso mesmo, como traduzir-se em uma espécie de benesse *a priori* supostamente não devida], também é certo que não o poderá prejudicar, sob pena de

não colaboração em termos probatórios para a respectiva condenação, bem como pela garantia de não imposição de um *onus probandi* ao arguido.

6. Síntese conclusiva

6.1. Se Portugal, enquanto Estado-Membro da União Europeia, não pode deixar de estar consciente do espírito do “contrato” assumido quando aderiu ao projecto de uma “Europa Unida”, também não é menos verdade que a idiosincrasia europeia actual não é (e não pode ser) a mesma de há décadas atrás. E a perspectiva da criação do espaço europeu de “liberdade, segurança e justiça” almejado pelos Tratados comporta, nos campos penal e, sobretudo, processual penal, um conjunto de problemas ligados a duas realidades nem sempre facilmente compagináveis: a cooperação inter-estatal no seio da União, e a preservação da ideia de soberania que a administração da justiça naturalmente aduz a cada Estado.

Por outro lado, importará questionar se a eventual aproximação entre aspectos sensíveis das ordens jurídico-processuais penais enquanto elemento útil a uma melhor consecução da referida cooperação e do reconhecimento mútuo (tal como, aliás, expressamente consagrado no n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.²⁰⁸) não parecerá estar

defraudamento, claro e inequívoco, da previsão contida no n.º 1-d) do art. 61.º do C.P.P. Por consequência, de novo o afirmamos: a admitirem-se presunções legais de culpabilidade — não assentes em nada mais para além de uma ficção legal *contra reo* —, dar-se-ia um passo em frente no *esvaziamento* do exercício do direito ao silêncio em determinados casos-limite, de contornos fácticos dúbios, pois que, *na prática*, desse mutismo deveria o arguido necessariamente prescindir para assim tentar ver desfeito ou atenuado o gravame inerente à presunção que sobre ele recaísse. Não se tratando, portanto, apenas de deixar de entender legalmente (como seria suposto) o silêncio do arguido enquanto *nullum* jurídico (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, pp. 128 e 129), mas de algo até mais grave: potenciar um contributo probatório do arguido sem ter na respectiva génese o exercício livre do seu direito de prestar (ou não) declarações.

²⁰⁸ MIGUEL JOÃO COSTA e PEDRO CAEIRO, “Portugal. The implementation of the Directives...”, *cit.*, p. 172.

a ceder a uma política *praticamente* uniformizadora, porventura não atreita a uma visão tão humanista e garantística do processo penal quanto *prima facie* poderia supor-se ²⁰⁹.

6.2. A complacência da Proposta de Directiva analisada relativamente à possibilidade da consagração de uma inversão do “ónus da prova”, por via do estabelecimento de verdadeiras presunções legais em sede probatória, deveria ter suscitado, portanto, e logo *ab initio*, firmes reservas por parte dos Estados, como Portugal, imbuídos de um espírito que se crê verdadeiramente democrático no modo como edificaram a sua estrutura processual penal contemporânea ²¹⁰. E apesar de parecer que o legislador europeu decidiu, depois, “emendar a mão” na versão final da Directiva, a verdade é que, como procurámos alertar, não cortou cerce (*como podia e devia*), em tal instrumento normativo, quanto à inadmissibilidade de presunções legais no processo penal. Se a atitude legislativa europeia ficou a dever-se ao suposto respeito por eventuais “tradições” jurídicas próprias de alguns Estados apegados a um figurino processual penal de feições porventura mais “musculadas”, essa não é, quanto a nós, razão justificativa bastante (nem sequer necessária) para a opção tomada. Desde logo, porque, ao procurar a harmonização enquanto valor *a se* considerado, não pode a União divisar essa mesma harmonização como objectivo em si mesmo, a obter a qualquer custo. Diversamente, o intuito uniformizador só ganhará genuína legitimação e razão de ser se ao serviço de valores caros ao património axiológico

²⁰⁹ Aludindo expressamente à tentação de uma deriva cada vez mais securitária a partir da harmonização no espaço europeu, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, cit., p. 126.

²¹⁰ Estrutura em que — para utilizarmos a *alegoria do relógio* pensada por PEDRO CAEIRO a propósito da (in)coerência dos sistemas penais nacionais relativamente ao direito europeu — a possibilidade de existência de presunções legais conducentes à obrigação de demonstração da não culpabilidade por parte do arguido geraria, parece-nos, uma forma de *medição do tempo no sentido contrário ao dos ponteiros do relógio*, perante o padrão constitucional vigente (a propósito da *alegoria do relógio*, cfr., do referido AUTOR, “A coerência dos sistemas penais...”, cit., pp. 243 a 247).

européu ²¹¹. Neste conspecto, o princípio da presunção de inocência, assente (entre outros pilares) na ausência de presunções legais de culpa e de (ainda que meramente latentes) inversões do *onus probandi*, não pode ser percebido como resquício (mais ou menos “elegante”, mas anacrónico ²¹²) de um liberalismo iluminista *démodé* e incompatível com a proficiência exigida pelos tempos hodiernos. Pelo contrário, nunca a afirmação e a correcta perspectivização da presunção de inocência se mostraram tão necessárias em um mundo, como o europeu, cada vez mais confrontado com solicitações e desafios — po(n)derosos e díspares — abaladores dos alicerces democráticos que grande parte dos Estados do “Velho Mundo” tradicionalmente reclama como inerentes à sua mundividência.

Pelo que, a orientarem-se por um espírito que apele a ideias (ainda que sub-reptícias) de securitarismo exacerbado, as concretas medidas propostas pelo legislador europeu tenderão a gerar menos *confiança ou vontade* de cooperar por parte daqueles que, como Portugal, têm sabido manter-se do lado (pensamos que mais) correcto da administração da justiça penal.

²¹¹ Património axiológico no qual, como vimos, o princípio da presunção de inocência ganha um insubstituível poder agregador comum (realçando este aspecto, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, pp. 484 a 486).

²¹² Também assim, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, p. 486.

Jurisprudência Crítica

Legitimidade e interesse em agir recursórios do assistente

Anotação ao acórdão do STJ n.º 2/2020,
passando pelo “assento” n.º 8/99

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2020
Processo n.º 254/13.2JAPDL.L2-A.S1
(Fixação de jurisprudência)

Acordam no pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de
Justiça:

I.

1. O Ministério Público junto do Tribunal da Relação de Lisboa veio, em 21 de Setembro de 2017, interpor recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 22 de Junho de 2017, no Proc. n.º 254/13.2JAPDL.L2 e transitado em julgado em 10 de Julho de 2017, alegando encontrar-se em oposição com o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães proferido no Proc. n.º 1602/12.8TABRG.G1 em 2 de Junho de 2014 e transitado em julgado em 16 de Junho de 2014 (acórdão fundamento), cuja publicação se encontra em *www.dgsi.pt*.

Recebido o processo no Supremo Tribunal de Justiça, a conferência da 5.ª secção julgou verificada a oposição de julgados e determinou o seu prosseguimento.

Notificados os interessados, apenas o Ministério Público apresentou alegações que finalizou com as seguintes conclusões:

«I. Verificada no acórdão interlocutório a oposição de julgados, entre o decidido no acórdão recorrido (Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 254/13.2JAPDL.L2-9.^a secção) e no acórdão fundamento (Tribunal da Relação de Guimarães, proc. n.º 1602/12.8TABRG. G1, importa dirimir a *vexata quaestio* que vem colocada. Com efeito,

II. Sobre a questão de saber se o assistente tem interesse em agir para em recurso autónomo impetrar que a suspensão da pena de prisão aplicada seja decretada *sub conditio*, qual seja a de o arguido pagar ao assistente, parte ou a totalidade da indemnização cível em que no processo penal foi aquele concomitantemente condenado, os dois arestos pronunciaram-se em sentido diametralmente oposto. Na verdade, enquanto no acórdão recorrido se respondeu afirmativamente a tal questão, já no acórdão fundamento se concluiu pela negativa.

III. Não sofre dúvida que o MP constitui no nosso processo penal um “órgão de administração de justiça autónomo”, tendo a seu cargo, entre outras relevantes atribuições, o exercício do *ius puniendi* estatal. O assistente tem essencialmente (na tradição do nosso processo penal, reforçada com o novo Código de Processo Penal) um papel de auxiliar e colaborador do MP no exercício da acção penal. Todavia, não deixa o mesmo, em certas situações legalmente previstas, de ter alguns poderes de intervenção *a se*, ainda que no caso do recurso tal direito fica restrito às “decisões contra ele proferidas” — *ut* CPP 401.º, n.º 1, alínea *b*). Importa aqui,

IV. Chamar à colação que o STJ, no Assento n.º 8/99, in *DR* n.º 185/1999, Série I-A, de 10 de Agosto, estabeleceu que: “[o] assistente não tem legitimidade para recorrer desacompanhado do MP relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”.

V. Conforme se disse *inter alia* no Ac. do STJ de 29 de Março de 2000, “o interesse em agir é a necessidade concreta de recorrer à intervenção judicial, à acção, ao processo”. Contudo,

VI. Pretendendo o assistente interpor recurso autónomo, isto é, desacompanhado do MP, impende sobre ele um “um específico

ônus de demonstração de um particular interesse”, de evidenciar na sua motivação que o seu direito está carecido de tutela, conquanto a decisão foi proferida “contra ele” sendo uma decisão “que o afecta”, no sentido de que foi proferida contra pretensões que havia formulado no processo.

VII. Poder-se-á, cremos, então afirmar (...) que:

- Entre os poderes de intervenção autónoma do assistente figura o de interpor recurso, sendo que a sua intervenção no processo penal, ainda que legitimada pela ofensa a um interesse individual, que pretende afirmar, contribui ao mesmo tempo para a realização do interesse público da boa administração da justiça;
- O assistente tem legitimidade para interpor o recurso quando tem interesse em agir: deste modo, para o assistente poder recorrer não há que fazer-lhe outras exigências para além das que o artigo 401.º, n.º 1, al. b) comporta: que a decisão seja relativa a um crime pelo qual se constitua assistente (legitimidade) e seja contra ele proferida (interesse em agir);
- Haverá, por fim, que entender que “o assistente tem um interesse próprio e concreto na resposta punitiva, que é paralelo ao interesse comunitário na realização da justiça”.

VIII. De resto, conforme já se escreveu, *inter alia* no ACSTJ, proc. 06P2172, de 13-07-2006, relatado pelo Conselheiro Santos Carvalho, exemplificando o exarado num trecho do aresto, com o sumário do ACSTJ, proferido no proc. n.º 683/2001, de 17.05.2001, do seguinte teor:

“Pretendendo a assistente acautelar o seu direito à indemnização, procurando com o recurso interposto a alteração das condições da suspensão da execução da pena imposta ao arguido (por crime público), de modo a subordinar-se aquela ao pagamento da indemnização devida, manifesta dessa forma um interesse concreto e próprio em agir, nos termos do e para os efeitos do Assento 8/99, do Plenário da Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça (...)”;

IX. Neste conspecto, sugere-se a resolução da oposição de julgados *sub judicio*, formulando-se a seguinte jurisprudência:

“O assistente tem legitimidade e interesse em agir para interpor recurso autónomo propugnando que a suspensão da execução da pena de prisão decretada seja condicionada à imposição ao arguido do dever de pagamento, de toda ou de parte da indemnização em que aquele vem condenado, cumprido que se mostre o específico ónus de alegação”».

2. Colhidos os vistos, o processo foi à conferência do pleno das secções criminais, cumprindo decidir.

3. Previamente e uma vez que o pleno pode decidir em sentido contrário ao da conferência da secção (artigo 692.º, n.º 4, do CPC, *ex vi* artigo 4.º do CPP), importa verificar se, como aí então se decidiu, se verificam os pressupostos do recurso, designadamente a oposição de julgados.

Os pressupostos formais e substanciais dos artigos 437.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 438.º n.ºs 1 e 2, do CPP, estão preenchidos: o recorrente dispõe de legitimidade, o recurso foi interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão recorrido, foi devidamente identificado o acórdão com o qual o acórdão recorrido se encontra em oposição (acórdão fundamento), bem como foi mencionado o lugar da respectiva publicação, ambos são de Tribunal da Relação e transitaram em julgado, respeitam à mesma questão de direito, foram proferidos no domínio da mesma legislação (artigo 401.º, n.ºs 1, alínea *b*) e 2, do CPP, cuja redacção não sofreu qualquer modificação durante o intervalo da prolação de qualquer deles que interfira, directa ou indirectamente, na resolução da questão de Direito controvertida) e assentam em soluções opostas a partir de idêntica situação de facto, sendo expressa a oposição das respectivas decisões.

Conforme se fundamentou no acórdão preliminar, nos autos está assente o seguinte:

- a)* No Proc. n.º 254/13.2JAPDL.L2 (acórdão recorrido), o arguido foi condenado, em 1.ª instância, pela autoria material de um

- crime de burla, na pena de 200 dias de multa, à taxa diária de 6 (euro) e de um crime de burla qualificada, na pena de 4 anos e 3 meses de prisão, suspensa na sua execução, por igual período de tempo, com sujeição a regime de prova;
- b) Foi ainda condenado na proibição do exercício da actividade de advocacia pelo período de 4 anos, bem como no pagamento aos demandantes assistentes das quantias de 100.000,00 (euro) e 1.000,00 (euro), acrescidas dos correspondentes juros de mora;
- c) A 1.^a dessas quantias respeitava ao recebimento indevido pelo arguido, enquanto advogado constituído pelos assistentes em processo judicial, da indemnização paga por uma seguradora e a eles devida pela morte de um filho, em acidente de viação e, a 2.^a, a uma multa imposta ao próprio arguido no âmbito desse processo;
- d) Inconformados, os assistentes recorreram para a Relação de Lisboa, pugnando para que a suspensão da execução da pena de prisão fosse condicionada ao dever de pagamento dessa indemnização, dentro de determinado prazo (6 meses);
- e) A Relação (acórdão recorrido), em questão prévia, sobre “a ilegitimidade dos assistentes para recorrerem” entendeu que “[...] os assistentes alegaram factos que a nosso ver demonstram “um concreto e próprio interesse em agir”, não nos parecendo que se esteja face a um mero desejo de vindicta privada”.

Donde, verificamos existir um real e atendível interesse em agir dos recorrentes e a necessidade do presente recurso para o tentar fazer valer.

O que os assistentes alegam tem, como vimos, consubstanciação nos autos, designadamente nos factos dados por provados no acórdão recorrido e na prova documental produzida, sendo do seu interesse próprio que em concreto o arguido veja a suspensão, na sua execução, da pena de prisão que lhe foi imposta na decisão condenatória ora sob recurso, ficar condicionada ao pagamento da indemnização que lhes é devida.

Obviamente que o *supra* referido não constitui critério para fixação ou agravação das penas. Mas constitui, também salvo melhor opinião, a demonstração de um concreto e próprio interesse dos

assistentes/recorrentes em ver a pena única de prisão ser suspensa na sua execução condicionada ao pagamento da indemnização que lhes é devida.

Assim, tendo os assistentes/recorrentes “[...] demonstrado um concreto e próprio interesse em agir, não estando a pôr em crise a medida das penas parcelares e única e a sua suspensão, mas tão-só uma condicionante a esta e nos moldes e motivações com que o fazem, têm legitimidade para recorrer, nos termos do mencionado Assento n.º 8/99”.

- “[...] Não há, destarte, motivo para a rejeição do recurso, improcedendo a suscitada questão prévia”;
- f) E, apreciando o recurso, veio conceder-lhe provimento e a julgar adequado e razoável subordinar a suspensão da execução da pena de 4 anos e 3 meses de prisão por igual período ao efectivo pagamento aos assistentes da quantia de 101.000,00 (euro), acrescida dos juros legais, mas pelo prazo de 2 anos, em vez de 6 meses como vinha da 1.ª instância.
 - g) No Proc. n.º 1602/8TABRG.G1 (onde foi proferido o acórdão fundamentado), foi condenado o arguido pela prática de um crime de abuso de confiança, na pena de 3 anos e 6 meses de prisão, declarada suspensa na sua execução pelo mesmo período, bem como foi condenada a massa insolvente do mesmo arguido no pagamento à demandante assistente da quantia de 88.086,61 (euro);
 - h) Inconformada, a assistente recorreu para a Relação de Guimarães, sustentando que a suspensão deveria ter sido subordinada ao dever de pagamento total ou parcial daquela indemnização;
 - i) Conhecendo “a questão prévia da rejeição do recurso por falta de interesse em agir”, essa Relação entendeu que “a assistente viu proferida decisão em plena satisfação dos seus interesses e seus pedidos quer do ponto de vista criminal, quer do ponto de vista civil. Do que recorre é de uma vertente da pena, a suspensão.

Todavia, fá-lo desacompanhada do MP

Analisemos então qual é o interesse da assistente — se é que ele existe — que pode legitimar o recurso que interpôs nestes autos. E o

que desde já se dirá é que nos parece manifesto que o interesse da assistente tem a ver somente com a facilidade na sua obtenção da indemnização.

De facto, a assistente/demandante tem nos autos o seu direito à indemnização reconhecido, dispõe de um título executivo, mas é evidente que com a sua pretensão de ver sujeita a suspensão da execução da pena à condição do pagamento da indemnização, tudo lhe poderia ficar mais facilitado, já que o arguido, para não cumprir a pena que lhe foi imposta, teria de satisfazer a indemnização num prazo certo.

Entendemos, assim, que tal interesse não é suficiente para legitimar o recurso da assistente”.

“[...] Todavia, há que salientar que a pretensão formulada pela recorrente se situa no campo da medida da pena, ou seja, no âmbito de uma condição para ser decretada a suspensão da sua execução.

E, como anteriormente referimos, não seria tal condição que, só por si, facilitaria à assistente ou defenderia os seus interesses. Basta analisar os fundamentos previstos no n.º 1 e n.º 2 do artigo 50.º do C. Penal.

Estes interesses não cabem na apreciação da eventual suspensão da execução da pena e muito menos nos casos de condição da mesma suspensão.

Mesmo no caso dos deveres impostos, como é o caso [artigo 51.º, n.º 1, alínea a)], destinam-se a reparar o mal causado pelo crime, mas sempre na perspectiva criminal, no âmbito da medida da pena e não numa perspectiva de satisfação dos interesses patrimoniais do ofendido.

Seria algo chocante que para defender tais interesses dos assistentes se viesse a agravar a posição criminal do arguido, quando o tribunal entendeu, tendo em conta os respectivos pressupostos, que a pena não deveria ir tão longe.

Do que se conclui que a assistente não tem legitimidade para o recurso que interpôs.

Daí que a suscitada questão prévia não pode deixar de proceder, devendo assim o recurso ser rejeitado”.

4. Do exposto resulta, pois, sem margem para dúvidas, ser manifesta a verificação dos requisitos de ordem formal, desde logo a legitimidade do requerente, para quem a interposição do recurso é, aliás, obrigatória (artigo 437.º, n.º 5, do CPP), o mesmo acontecendo quanto aos requisitos substanciais, dado que a situação de facto subjacente a ambos os acórdãos é essencialmente idêntica do ponto de vista dos efeitos jurídicos e, por outro lado, no domínio da mesma legislação, configurada pelo artigo 401.º, n.os 1, alínea *b*) e 2, do CPP, ambos adoptaram soluções opostas relativamente à mesma questão de Direito, qual seja, a da legitimidade e interesse em agir do assistente que em recurso e desacompanhado do Ministério Público vise condicionar a suspensão da execução da pena de prisão aplicada a arguido à obrigação de pagamento de indemnização em que foi condenado, no mesmo processo, tendo o acórdão recorrido decidido expressamente pela sua verificação, não rejeitando o recurso, enquanto o acórdão fundamento sustentou o seu contrário, rejeitando-o.

II.

1. Dispõe o n.º 1, alínea *b*), do artigo 401.º n.º 1 do CPP, que tem legitimidade para recorrer o assistente de decisões contra ele proferidas e, o n.º 2, que não pode recorrer quem não tiver interesse em agir, preceituando também o n.º 1, alíneas *a*) e *c*), do artigo 69.º que o assistente tem a posição de colaborador do Ministério Público, a cuja actividade subordina a sua intervenção, salvas as excepções da lei e que compete em especial aos assistentes interpor recurso das decisões que os afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito.

Resulta dessa normas que o assistente em processo penal é um colaborador do MP, mas um colaborador subordinado, ressalvadas as excepções da lei (artigo 69.º, n.º 1), desde logo dispondo do direito de recorrer de decisões que o afectem, mesmo que esse órgão o não tenha feito.

Ainda assim, e no dizer de CLÁUDIA CRUZ SANTOS ¹, o interesse próprio e concreto do assistente na resposta punitiva é paralelo ao

¹ “Assistente, Recurso e Espécie e Medida da Pena. Anotação ao acórdão do TRC, de 12.12.2007”, *RPCC*, 2008, p. 160.

interesse comunitário na realização da justiça e “se tanto a questão da culpa como a questão da pena [globalmente considerada] se incluem no exercício do *ius puniendi* do Estado, a solução relativa à possibilidade de o assistente delas recorrer deverá ter idêntico sentido”.

Também DAMIÃO DA CUNHA ² refere que “o interesse que o assistente eventualmente corporize (que tem de ser um interesse particular, autónomo) tem que estar subordinado ao interesse público, pelo que a actuação do assistente, fundada no interesse particular, só assume relevância (processual) na medida em que contribua para uma melhor realização da Administração da Justiça”.

Daqui decorre, desde logo, que a autonomia do assistente no direito ao recurso não põe em causa o *ius puniendi* estatal, nem traz qualquer desejo de vindicta privada.

Sobre o direito ao recurso do assistente, o STJ já por duas vezes foi chamado a fixar jurisprudência.

A primeira, através do acórdão de fixação de jurisprudência (AFJ) (então assento) n.º 8/99 (Ac. de 30.10.1997, DR, I-A, de 10.08.1999), no sentido de que “[o] assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”.

A segunda, mediante o AFJ n.º 5/2011, (Ac. de 09.02.2011, DR, 1.ª, de 11.03.2011), em como “[e]m processo por crime público ou semipúblico, o assistente que não deduziu acusação autónoma nem aderiu à acusação pública pode recorrer da decisão de não pronúncia em instrução requerida pelo arguido, e da sentença absolutória, mesmo não havendo recurso do Ministério Público”.

Ambos os arestos, tratando obviamente de situações diferentes, assinalaram os poderes autónomos do assistente, entre os quais o de recorrer, em especial o segundo, que fez ainda eco daquela posição doutrinária, de que qualquer interesse do assistente tem de estar subordinado ao interesse público da realização da justiça penal ³.

² “A Participação dos Particulares no Exercício da Acção Penal”, RPCC, 1998, p. 638.

³ V. o Ac. do STJ de 22.01.2015, Proc. 520/13.7PHLSB.L1.S1, em www.dgsi.pt, que pôs em confronto o teor de ambos os arestos.

A legitimidade, enquanto pressuposto processual para recorrer, não é problema diferente da legitimidade para a constituição de assistente, isto é, o recorrente só pode recorrer de decisões na medida da sua legitimidade, ou seja, pelos crimes em que se tenha constituído assistente ⁴.

É a qualidade adjectiva que do ponto de vista previamente definido pela lei e, portanto avaliada *a priori*, justifica que alguém possa mormente impugnar, perante tribunal superior, decisão que a afecte e que obviamente tenha relação com o objecto do processo ⁵.

Já o interesse em agir, igualmente verdadeiro pressuposto processual e também designado de interesse processual, conceito oriundo da processualística civil ⁶, consiste na necessidade de recorrer à via judiciária, com vista a reagir contra uma decisão que comporte uma desvantagem para o recorrente e que só por esse meio possa ser acautelada ⁷.

Na síntese de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ⁸, tem interesse em agir aquele que tem carência do recurso.

Trata-se de uma posição objectiva perante o processo, de apreciação casuística, a avaliar *a posteriori*.

Esse interesse existe no caso do acórdão recorrido, perante a pretensão autónoma dos assistentes (diversa de qualquer agravação da pena ou de alteração da qualificação jurídico-penal), relacionada com a reparação do prejuízo por eles sofridos com a prática do crime e cuja condição da suspensão não deixa de estar associada às finalidades preventivas da pena, de forma a melhor defender os interesses patrimoniais lesados.

Nas palavras de CLÁUDIA CRUZ SANTOS ⁹, o interesse em agir não existe apenas “nas circunstâncias em que ele exprime uma pretensão ressarcitória que pretende que seja considerada na operação de determinação da pena em sentido amplo (ainda que nesses casos deva considerar-se que tal interesse de facto existe, na medida em que tal

⁴ DAMIÃO DA CUNHA, *ob cit.*, p. 646.

⁵ PEREIRA MADEIRA, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.^a ed., Almedina, p. 1214.

⁶ ANTUNES VARELA *et al.*, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., Coimbra Editora, p. 180.

⁷ V. Acórdão do STJ de 18.01.2012, Proc. 1740/10.1JAPRT.P1.S1, em *www.dgsi.pt*.

⁸ *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.^a ed., UCE, p. 1051.

⁹ *Ob. cit.*, p. 165.

pretensão expressa a necessidade de encontrar uma resposta — no caso, a reparação — que considere justa para o mal de que foi vítima)”, indo, contudo, essa Autora mais longe quando destaca que “enquanto assistente, ele tem o poder de procurar conformar a resposta à questão penal que engloba quer a questão da culpa, quer a questão da pena”, caso a decisão seja contra ele proferida e tiver interesse em agir.

2. A questão de Direito que opõe os arestos em confronto consiste, pois, em saber se o assistente tem ou não legitimidade e interesse em agir para recorrer autonomamente, isto é, desacompanhado do Ministério Público, da decisão que não subordinou a suspensão de execução da pena de prisão que condenou o arguido ao pagamento da indemnização fixada a seu favor.

A resposta negativa que lhe foi dada pelo acórdão fundamento assentou em dois pressupostos.

O primeiro, de que a pretensão formulada pelo assistente se situa no campo da medida da pena e o seu interesse vai no sentido de facilitar, somente, a obtenção da indemnização, para o que o mesmo dispõe já de título executivo, funcionando a condição como “forma de pressão” ao cumprimento da pena em caso de não pagamento.

O segundo, de que o dever de pagamento da indemnização como condição da suspensão destinar-se-á a reparar o mal causado pelo crime, mas sempre na perspectiva criminal, no âmbito da medida da pena e não, como no caso, numa perspectiva de satisfação dos interesses patrimoniais do ofendido.

Começando desde já por aqui, trata-se de uma visão redutora, a não poder ser subscrita, na medida em que esse dever, bem como os demais deveres que dão corpo às alíneas do n.º 1 do artigo 51.º do CP, para lá da função de reparação do mal do crime, visam, também, a realização dos fins das penas, conforme a doutrina e jurisprudência vária têm assinalado.

FIGUEIREDO DIAS¹⁰ refere, a esse propósito (tendo em conta a então redacção do artigo 49.º, n.º 1, do CP de 1982 que, ao contrário da actual

¹⁰ *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, 4.ª reimpr., p. 348.

versão do Código Penal, não distinguia com clareza os deveres das regras de condutas, o que viria a ser feito pela revisão de 1995, que no artigo 51.º se refere aos deveres, que têm por objectivo reparar o mal do crime, e no artigo 52.º às regras de conduta, que têm por objectivo promover a reintegração do condenado na sociedade que atribuir a tais deveres natureza predominantemente económica, “uma tal concepção restritiva dos deveres condicionantes da suspensão, é terminantemente de repudiar. A própria lei acentua que tais deveres podem destinar-se não apenas a “reparar o mal do crime”, mas também a “facilitar a readaptação social do agente””, sendo, por isso, que a sua imposição não constitui mera faculdade para o tribunal, mas um poder-dever.

“[À] reparação deve atribuir-se, em geral, um acentuado efeito ressocializador [...] o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada e contribui poderosamente para o restabelecimento da paz social jurídica quebrada pelo crime” [...], “ao que deverá acrescentar, em todo o caso, a consideração da reparação como condição de aplicação de certas penas de substituição”, como desde logo o é a pena (autónoma) de suspensão de execução da pena de prisão ¹¹.

A propósito do concreto dever de pagamento da indemnização sublinhou o Ilustre Professor que “[d]o que se trata em suma, neste dever de indemnizar, é da sua função adjuvante da realização da finalidade da punição” ¹².

Na jurisprudência releva, entre muitos outros, o Ac. do STJ de 19.06.2002 ¹³, de onde se extracta que “a obrigação de indemnizar imposta nos termos do artigo 51.º, n.º 1, alínea a), do CP, embora não constitua um efeito penal da condenação, assume natureza penal, na medida em que se integra no instituto da suspensão da execução da pena, no quadro do qual este dever de indemnizar se destina a reparar o mal do crime, como forma complementar idónea das finalidades da punição” ¹⁴.

¹¹ *Ob. cit.*, pp. 78 e 79.

¹² *Ob. cit.*, p. 353.

¹³ Proferido no Proc. n.º 02P1680, em *www.dgsi.pt*.

¹⁴ No mesmo sentido, os Acórdãos do STJ de 20.09.2006, no Proc. n.º 06P1611 e 21.12.2006, no Proc. n.º 06P2040, em *www.dgsi.pt*. Também o Tribunal

3. Poder-se-á, pois, concluir, sem esforço, 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.

Daí que não possa ser-lhe negado o seu interesse processual em pugnar, por meio de recurso, pela imposição ao arguido desse dever como condição da suspensão.

De resto, a posição sustentada, de que o assistente tem legitimidade para recorrer quando formule pretensão de que a suspensão da pena suporte a condição de pagamento de indemnização em certo prazo, assim se visando o ressarcimento do lesado pelos danos sofridos em consequência de um facto ilícito criminal, é a que tem tido acolhimento maioritário na jurisprudência do STJ ¹⁵.

4. A legitimidade de recurso autónomo do assistente para questionar a falta de subordinação da suspensão da pena de prisão de cumprimento ao dever de pagar, dentro de certo prazo a indemnização a ele devida enquanto lesado é, de resto, a que melhor se coaduna com a outra realidade do crime, a dos interesses da vítima, cuja importância tem vindo a ser reconhecida em crescendo, sendo que, embora a figura da vítima se não confunda com a do assistente (este, enquanto sujeito processual), ambas as figuras coexistem, as mais das vezes, na mesma pessoa.

Constitucional, no Acórdão n.º 305/2001, Proc. n.º 412/2000 (DR, II, de 19.11.2001), sufragando essa jurisprudência, concluiu que a indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal é tida “como que um *tertium genus*, com uma natureza jurídica própria (cumprindo a “função adjuvante da finalidade da punição”), onde desde logo avulta como traço diferenciador o facto de ela não ser exigível pelo lesado”.

¹⁵ V. Acs. de 01.07.1998, Proc. n.º 517/98-3.ª, 02.06.1999, Proc. 379/99 — 3.ª, 17.05.2001, Proc. n.º 683/01 — 5.ª, 27.03. 2003, Proc. 3127/02 — 5.ª, todos em SASTJ, no *site* do STJ e 13.07.2006, Proc. 06P2172, 21.12.2006, Proc. n.º 06P2040, em *www.dgsi.pt*. De destacar, também, o Ac. RE de 21.03.2007, em *www.dgsi.pt*. Em sentido contrário, Acs. STJ de 12.10.2000 e 18.10.2000, em *www.dgsi.pt*.

Refira-se, sumariamente, que, por força do Direito Comunitário ¹⁶, a Lei n.º 130/2015, de 04.09, ao transpor a Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10.2012, deu foros de cidadania à “vítima”, aprovando o respectivo Estatuto e aditando à sistemática do CPP um novo título sob a epígrafe “vítima”, composto pelo artigo 67.º-A (artigo 4.º, n.º 2), em cujo n.º 4, além do mais, se afirma o direito de “participação activa no processo penal”, o que vai ao encontro da possibilidade de o assistente, enquanto vítima/lesado/ofendido, poder, sem peias, lançar mão do recurso, em situações como a que temos entre mãos, em que o assistente tem não só legitimidade para o recurso, como interesse em agir.

Isso mesmo reconheceu o Ac. do STJ de 20.11.2014 ¹⁷, quando referiu que se tem assistido, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a um reforço da posição processual do assistente a partir de novo enfoque sobre a figura do ofendido/lesado, “olhando a outra margem do crime, ao nível do resultado, do ofendido, não apenas do seu autor, mas da vítima” ¹⁸.

5. Há, pois, que concluir, na senda do acórdão recorrido, que, pretendendo os assistentes acautelar o seu direito à indemnização, com o recurso visando condicionar a suspensão da execução da pena imposta ao arguido ao dever de pagamento da quantia fixada, em certo prazo, manifestam um interesse concreto e próprio em agir.

III.

Face ao exposto, os juízes que constituem o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça decidem:

a) Confirmar o acórdão recorrido;

¹⁶ Sobre a evolução legislativa comunitária e internacional dos direitos das vítimas pode ver-se o estudo de MARIA DO CARMO S. M. SILVA DIAS, “Ofendida, lesada, assistente, vítima — definição e intervenção processual”, em *Julgar Online*, Fevereiro de 2019.

¹⁷ Proferido no Proc. 87/14.9YFLSB, em *www.dgsi.pt*.

¹⁸ Terá sido o reconhecimento do interesse específico do ofendido/lesado/vítima, que subjaz à figura do assistente, que levou a lei de revisão constitucional de 1997 (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20.09) ao aditamento do n.º 7 ao artigo 32.º da Constituição (“o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei”).

b) Fixar a seguinte jurisprudência:

— *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.*

Sem custas.

Cumpra-se o disposto no n.º 1 do artigo 444.º do CPP.

Lisboa, 13 de Fevereiro de 2020. — *Francisco Manuel Caetano* (Relator) — *Manuel Pereira Augusto de Matos* — *Carlos Manuel Rodrigues de Almeida* — *José Luís Lopes da Mota* — *Maria da Conceição Simão Gomes* — *Júlio Alberto Carneiro Pereira* — *António Manuel Clemente Lima* — *Nuno António Gonçalves* — *Maria Margarida Blasco Martins Augusto* — *Maria Teresa Féria Gonçalves de Almeida* — *Raul Eduardo do Vale Raposo Borges* — *Manuel Joaquim Braz* — *Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira* — *Nuno de Melo Gomes da Silva* — *Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha* (Vencido, aderiu à declaração do Exmo. Sr. Cons.º Santos Cabral) — *José António Henrique dos Santos Cabral* (Vencido de acordo com declaração junto) — *António Pires Henriques da Graça* (vencido conforme declaração anexa) — *António Joaquim Piçarra* (Presidente).

•

A aplicação duma pena de substituição está sujeita à verificação de pressupostos específicos, nomeadamente os respeitantes a considerações de prevenção especial de socialização e de defesa do ordenamento jurídico.

Quando o assistente pretende, através do recurso interposto, que se condicione a suspensão de execução da pena ao pagamento duma indemnização dentro de um determinado prazo, não pretende discutir qualquer um daqueles pressupostos, mas única, e simplesmente, munir-se de um meio reforçado de obter a defesa do seu direito. Visa um interesse particular e não um interesse colectivo.

O assistente tem interesse naquela suspensão, mas tal interesse não é um interesse directo no que respeita à escolha ou substituição da medida da pena, mas sim um interesse reflexo que, só por si e em nosso entender, não configura o necessário interesse directo em agir a que alude o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/99, de 2 de Julho de 1998.

Repristinando e condensando alguma da jurisprudência oriunda deste Supremo Tribunal de Justiça para que aquele interesse em agir na interposição de recurso exista é necessário que o “direito do assistente careça de tutela...” “seja necessário para defender o seu direito”. Nos termos referidos, a imposição duma indemnização como condição de suspensão de execução da pena apenas de forma mediata, ou indirecta, se conjuga com o direito do assistente.

Lisboa, 13 de Fevereiro de 2020

SANTOS CABRAL

Rec. fix. jur. n.º 254/13
Declaração de voto

Voto vencido pelo seguinte:

Conforme Artigo 401.º do CPP, sobre Legitimidade e interesse em agir:

“1. Têm legitimidade para recorrer:

- a) O Ministério Público, de quaisquer decisões, ainda que no exclusivo interesse do arguido;
- b) O arguido e o assistente, de decisões contra eles proferidas;
- c) [...]
- d) [...]

2. Não pode recorrer quem não tiver interesse em agir.”

Nos termos do Artigo 69.º do mesmo diploma legal referente à Posição processual e atribuições dos assistentes:

“1. Os assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei.

2. Compete em especial aos assistentes:

- a) [...];
- b) [...]

- c) Interpor recurso das decisões que os afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito, dispondo, para o efeito, de acesso aos elementos processuais imprescindíveis, sem prejuízo do regime aplicável ao segredo de justiça”.

Por sua vez, de harmonia com o Assento n.º 8/99, publicado no *Diário da República*, n.º 185/1999, Série I-A de 1999-08-10, “[o] assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”.

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 305/2001, Proc. n.º 412/2000 (*DR*, II, de 19.11.2001), concluiu que a indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal é tida “como que um *tertium genus*, com uma natureza jurídica própria (cumprindo a “função adjuvante da finalidade da punição”), onde desde logo avulsa como traço diferenciador o facto de ela não ser exigível pelo lesado”.

Conforme jurisprudência deste Supremo Tribunal, (bold meu):

Acórdão de 18-01-2012, prc. 1740/10.1JAPRT.P1.S1, cujo sumário se transcreve:

I. A circunstância de haver ou não recurso do MP não condiciona as possibilidades de recurso do assistente. A única exigência da lei como pressuposto do recurso de uma decisão é **que seja proferida contra o assistente**, isto é, que tenha interesse em agir — n.º 2 do art. 401.º do CPP.

II. O interesse em agir do assistente, como pressuposto do recurso, significa a necessidade que tenha de usar este meio para reagir contra uma decisão que comporte uma desvantagem para os interesses que defende, ou que frustre uma sua expectativa ou interesse legítimos, que significa que só pode recorrer de uma decisão que determine uma desvantagem; não poderá recorrer quem não tem qualquer **interesse juridicamente protegido na correcção da decisão**.

III. A definição do concreto interesse em agir supõe, pois, que se identifique qual o interesse que, no caso, a assistente pretende realizar no processo, e especificamente em cada fase do processo.

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

IV. O STJ (Assento de 30-10-97) ficou jurisprudência no sentido de o assistente não ter legitimidade para recorrer, desacompanhado do MP, relativamente à espécie e medida da pena, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir. Na interpretação do sentido da jurisprudência fixada, o assistente não fica impedido de recorrer, desacompanhado do MP, no que respeite à espécie e medida concreta da pena; impõe-se-lhe, no entanto, a obrigação ou o ónus processual de demonstrar um concreto e próprio interesse em agir.

V. As finalidades da punição, que justificam a espécie e a medida da pena, **não visam dar satisfação ao ofendido pelo crime**; a determinação da concreta medida da pena não pode, por isso, considerar-se que possa afectar os interesses do assistente.

Não tendo invocado qualquer interesse específico — um “concreto e próprio” interesse ou vantagem — em que a obrigação condicional que pretende, da suspensão da execução da pena, distinto das finalidades públicas de aplicação da pena, seja obrigatória para o Tribunal, não apresenta ao tribunal base suficiente para poder determinar se a decisão, que foi de condenação, foi proferida “contra” a assistente, e se existe “interesse em agir” relevante que possa integrar o pressuposto de admissibilidade do recurso, uma vez que **o objecto do recurso não assegura um direito do assistente** sobre o modo de definição da pena, ou seja, o modo da condição da suspensão da execução da pena não constitui um direito do recorrente que tenha de ser concretizado.

Como também se referia no sumário do Acórdão de 01-03-2006, proc. 6P113:

I. Os assistentes têm a posição de colaboradores do MP, embora com o poder de deduzirem acusação independente e, no caso de

procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele a não deduza.

II. Entre as atribuições que são conferidas aos assistentes figura a de poderem interpor recurso das decisões que os afectem, mesmo que o MP o não tenha feito (art. 69.º, n.º 2, al. c), do CPP).

III. Mas a lei não reconhece ao assistente em processo penal, desacompanhado do MP, um direito substantivo a exigir do Estado a punição de um crime público com determinada pena. Tal significaria uma manifestação do espírito de vindicta privada, que progressivamente tem sido postergado por sistemas penais modernos.

IV. Sobre esta matéria foi proferido acórdão pelo Pleno das Secções Criminais deste Supremo Tribunal, em 30-10-1997, fixando jurisprudência no sentido de o assistente não ter legitimidade para recorrer desacompanhado do MP relativamente à espécie e medida da pena, salvo quando demonstrar um concreto interesse em agir.

V. No fundo, o “interesse em agir tem de ser concreto e próprio, pelo que é insuficiente se o tribunal, concluindo que não se está face a um mero desejo de vindicta privada, nada mais encontrar” — cf. acórdão referido.

VI. Parece assim líquido, face aos fundamentos do referido acórdão para fixação de jurisprudência, que o direito dos assistentes ao recurso passa pela verificação de um interesse em agir concreto e próprio.

VII. No domínio do processo penal, a legitimidade para recorrer é uma posição de alguém dentro das categorias previstas no art. 401.º, n.º 1, do CPP (em regra um sujeito processual) que, confrontado com uma decisão judicial, lhe permite impugnar tal decisão por via de recurso.

VIII. Tem interesse em agir para efeitos de recurso (designadamente em processo penal, ressalvada a posição do MP quando actua no exclusivo interesse da defesa) quem tiver necessidade deste meio de impugnação **para defender um seu direito** (cf. GONÇALVES DA COSTA, *Jornadas de Direito Processual Penal*, pág. 412).

Também o sumário do acórdão de 16-05-2002, sobre Recurso

penal Assistente Legitimidade Interesse em agir Medida da pena, refere:

I. Além do mais, o direito de recorrer pressupõe a existência de interesse em agir e de legitimidade por parte do recorrente.

II. Enquanto pressuposto processual, o interesse em agir (também conhecido por interesse processual) consiste na necessidade de usar o processo, de instaurar ou fazer prosseguir a ação. O recorrente tem interesse processual **quando a situação de carência em que se encontra necessita da intervenção dos tribunais.**

III. Em sede de recursos, como pressuposto processual-penal, excepcionando os recursos interpostos pelo Ministério Público, a legitimidade pressupõe por parte do recorrente um interesse directo na impugnação do acto, concebendo-se tal pressuposto como uma posição de um sujeito processual relativamente a determinada decisão proferida em processo penal que justifica **que ele possa impugnar tal decisão através de recurso.**

IV. Em sede de recursos, relativamente à legitimidade, enquanto o Ministério Público pode recorrer de “quaisquer decisões” — cf. art. 401.º, n.º 1, al. *a*), do CPP — o assistente apenas pode lançar mão do recurso relativamente a **decisões contra ele proferidas** — cf. art. 401.º, n.º 1, al. *b*), do CPP.

V. Por tal deve entender-se toda e qualquer decisão contrária à posição processual assumida pelo assistente.

VI. Ora, ao deduzir acusação ou ao aderir à deduzida pelo Ministério Público o assistente **não toma posição quanto à espécie e medida da pena aplicável**, isto é, tal matéria exorbita da posição processual que ali assume que, no fim, visa a condenação (qualquer que ela seja) do arguido.

VII. **A justificação da pena em caso algum representa a satisfação ou sequer a consideração dos interesses privados das vítimas.**

VIII. E se assim é, impõe-se a conclusão de que o assistente, porque portador de interesses alheios às ideias e exigências transcendentes que o Estado visa com a aplicação das penas, **carece de legitimidade para atacar a sentença na parte em que esta fixa a espécie e medida da pena por não o afectar e não ser contra ele proferida.**

IX. Uma tal conclusão se atingiria também por via da atenta localização processual do assistente ante a posição do Ministério Público, mormente nos chamados crimes públicos: sendo o assistente um colaborador do Ministério Público, a cuja actividade subordina a sua intervenção no processo, não se vê bem onde ancorar a pretensão de, por único alvedrio do assistente, contra o entendimento do titular da causa — o Ministério Público — e necessariamente movido por motivações que não prescindirão da contemplação do processo penal à lupa de interesses pessoais, emancipá-lo do estatuto subordinado para, em suma, lhe permitir a assunção, a partir de certo momento de titular efectivo da causa penal, invertendo claramente os papéis de cada um deles.

X. Pode mesmo ir-se mais longe e sustentar que, em casos de crimes públicos, o assistente careceria de interesse em agir, já que, não sendo sua a titularidade da acção, repousa sobre os ombros de quem tem a responsabilidade de a levar até ao fim, nomeadamente quanto ao acerto da medida da pena, a responsabilidade da condução do processo.

XI. A doutrina do acórdão uniformizador n.º 8/99 do STJ, de 30-10-97, publicado no DR de 10-09-99, ao exigir “um concreto e próprio interesse em agir” ao assistente para recorrer — e que melhor teria ficado redigido se se tivesse dito apenas “um concreto e próprio interesse — parece, mesmo, na lógica das coisas, ir ao encontro deste entendimento.

XII. Tal acórdão veio concretizar em sede de recursos uma configuração específica — mais exigente — do interesse em agir como pressuposto processual

2. Não pode recorrer quem não tiver interesse em agir”.

Em síntese e, como elucida o Acórdão deste Supremo, de 07-05-2009, proc. 09P0579, cujo sumário se explicita:

I. O princípio da oficialidade, que domina o nosso processo penal, faz do MP o detentor da acção penal, assumindo a queixa, ou a constituição de assistente e a dedução de acusação particular,

a natureza de condições de procedibilidade, nos casos em que são exigidas para que haja procedimento criminal.

II. Por outro lado, a realização dos fins das penas é de interesse público, e está ao serviço, mesmo no caso dos crimes semi-públicos e particulares, de toda a comunidade. Não é uma pretensão que se identifique só ou prevalentemente com o interesse da vítima, do ofendido, ou de quem os represente. Daí que, desse carácter público do *ius puniendi*, se tenha que fazer eco o próprio processo penal.

III. O que dito fica não obsta a que o nosso sistema tenha integrado uma componente acusatória particular, através do assistente, mas que surge necessariamente numa posição subordinada em relação ao MP, e é apresentado como colaborador deste. Ou seja, como auxiliar do MP, na prossecução das finalidades que compete a este levar por diante, sob pena de se postergar o princípio da oficialidade acima invocado.

IV. É o que consagra o art. 69.º do CPP, no seu n.º 1, certo que se previnem aí situações pontuais, em que o assistente pode actuar com autonomia em relação ao MP. É o caso da hipótese da alínea c) do n.º 2 do preceito, em que se permite a interposição de recurso por parte do assistente, desacompanhado do MP, das decisões que o afectem.

V. O art. 401.º do CPP refere-se, no seu n.º 1, à legitimidade dos vários sujeitos processuais para recorrer e, no seu n.º 2, distingue esta legitimidade do interesse em agir. Afirma então que “Não pode recorrer quem não tiver interesse em agir”. A propósito deste normativo, o Acórdão 8/99 do Pleno deste STJ, de 30-10-97 (DR, 2.ª série-A, de 10-08-99), considerou que “O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”.

VI. Não pode evidentemente extrair-se desse assento, a contrario, que haveria sempre interesse em agir, não estando em causa a espécie e medida da pena.

VII. Enquanto que a legitimidade do assistente se avalia para efeito de recurso, à partida, face ao seu posicionamento no processo perante a decisão proferida, assumindo pois um carácter mais subjectivo e formal, o interesse em agir resultará da análise da pretensão do recorrente, em concreto, quando confrontada com a respectiva **necessidade**

ou indispensabilidade para fazer vingar um direito ou interesse seu. Em matéria de legitimidade averiguamos quem pode recorrer, e no domínio do interesse em agir apreciamos que interesse tem a pessoa que quer recorrer, em interpor aquele concreto recurso. É dizer, averiguamos se o **direito ou interesse prosseguido pelo assistente é atendível para o efeito**, tendo em conta o respectivo estatuto processual e, no limite, aquilo que se pretende com a punição.

VIII. A jurisprudência não tem, a este respeito, sido uniforme, e pode na verdade exigir-se, numa posição mais restritiva, que o assistente tem que demonstrar que só através do recurso assegura a tutela de um direito subjectivo seu. No extremo oposto estarão todos quantos entendem que a simples discordância do assistente em relação à justiça da decisão lhe atribui a possibilidade de recorrer confundindo-se legitimidade com interesse em agir. A nosso ver, a solução deverá situar-se, partindo da análise do caso concreto, num campo em que se evite a transposição pura e simples, para o domínio penal, da doutrina civilística dos pressupostos processuais, mas obviando também à subversão do princípio da oficialidade do processo penal bem como do papel do MP.

IX. O sancionamento penal dos delinquentes satisfaz um interesse colectivo que compete ao MP prosseguir. **Não existe um direito pessoal público do assistente a um certa punição**, como única forma de reparação moral sua, de tal modo que lhe fosse permitido exigir determinada prestação do tribunal na satisfação desse desiderato. Prestação que se cifraria numa decisão, em que se considerassem provados certos factos, que implicassem certa qualificação, e a aplicação de certa pena, pretendida pelo assistente.

X. Se a punição do arguido está dominada por um interesse público, não pode competir ao assistente ser ele o intérprete do interesse colectivo, designadamente se conflitar com a posição assumida a esse respeito pelo MP. No que contende com o cerne do *ius puniendi* do Estado, o assistente não pode pois deixar de estar subordinado ao MP.

XI. Daí que, sempre que o assistente pretenda recorrer desacompanhado do MP, não interesse tanto discriminar as situações em que terá um interesse em agir relevante (na linha do assento, concreto e pessoal), mas tão só excluir da possibilidade de recurso

aquelas situações em que o assistente se confina ao **interesse geral da justiça da punição do delincente, porque esse é um interesse colectivo, e não pessoal, seu**. Assistente que nestes autos, sublinhe-se nem sequer foi vítima do crime.

Conforme sumário do Acórdão de 8-10-2008, sumário retirado da *CJ (STJ)*, t. 3, pág. 200:

I. A legitimidade para recorrer pressupõe e limita-se à discordância com a decisão e não com os fundamentos da decisão.

II. Se os recorrentes aceitam a decisão não podem recorrer só porque discordam dos fundamentos, pois falta-lhes legitimidade e interesse em agir.

III. O interesse em agir consiste na necessidade de usar o processo, de instaurar ou fazer prosseguir a acção **para tutelar um direito**; se os recorrentes não alcançam com o recurso qualquer efeito útil não têm interesse em agir.

A possibilidade de recurso autónomo por banda do assistente — artigo 69.º, n.º 2, c), do CPP — refere-se, pois, e tão só, às situações processuais em que aquele é directamente afectado, a decisão directamente o desfavorece, enfim, atinge algum “concreto próprio interesse” seu, **digno de protecção** e é, nessa medida, **contra si proferrida**, o que, sem estar inteiramente arredado na acção penal por crime público, naturalmente com mais frequência, terá oportunidade de acontecer quando o procedimento criminal é instaurado nos termos dos artigos 49.º e (ou) 50.º, do CPP, citados.

O que tudo vale para concluir que, na qualidade de assistente, carece de legitimidade para o recurso que interpôs, limitado que é o objecto deste à mera discordância relativa à quantificação concreta da pena aplicada, com a qual se conformaram o Ministério Público e o próprio arguido.

Como alegou o Ministério Público em suas alegações:

V. Conforme se disse *inter alia* no Ac. do STJ de 29 de Março de 2000, “o interesse em agir é a necessidade concreta de recorrer à intervenção judicial, à acção, ao processo”. Contudo,

VI. Pretendendo o assistente interpor recurso autónomo, isto é, desacompanhado do MP, impende sobre ele um “um específico ónus de demonstração de um particular interesse”, de evidenciar na sua motivação que o seu direito está carecido de tutela, conquanto a decisão foi proferida “contra ele” sendo uma decisão “que o afecta”, no sentido de que foi proferida contra pretensões que havia formulado no processo.

Com efeito como se disse a dado passo, no *supra* referido assento:

6. A medida da culpa é o limite máximo da medida da pena. Se o assistente tiver ficado vencido quanto à matéria da culpa (considerar a decisão, *v. g.*, que concorreu culposamente para a produção do facto ou para o agravamento das suas consequências) e houver pedido cível deduzido, ao assistente interessa demonstrar que a culpa do arguido deve ser graduada em percentagem superior ou mesmo que é exclusiva ou, inclusive, que foi grosseira. E, a sê-lo, embora tal se vá reflectir no pedido de indemnização pelo dano causado pelo ilícito penal, não sofre dúvida que comporta uma carga “mais” em relação ao que vinha estabelecido, razão por que, nos termos do artigo 72-1 e 2 do CP, provocará um [...] mais forte juízo de censurabilidade que se irá traduzir num agravamento da pena.

A decisão final, em processo penal, pode, pois, afectar o interesse do assistente, máxime em sede de atribuição (e eventual repartição) e graduação (e sua intensidade) da culpa, sendo que a medida da culpa é o limite máximo da medida da pena e interessa à determinação da espécie da pena.

Se a discordância deriva de causa que afectou o interesse do assistente e em razão de tal se possa considerar vencido [CPP — 401, 1 b) e 2, e 69,1 e 2 c)], tem este interesse em agir, pelo que pode recorrer. [...]”.

A Lei n.º 43/86 fixou a competência exclusiva do MP para promover o processo penal quanto aos crimes públicos,

“15. No acórdão recorrido, admitiu-se o recurso do assistente para impugnar quer a espécie da pena (suspensão da execução da

pena — medida penal de conteúdo pedagógico e reeducativo) quer a medida concreta da pena”.

A correcção desta decisão depende da existência de, no caso, haver um concreto e próprio interesse em agir.

In casu, o recurso do assistente apresenta-se numa dupla vertente que configura associada — discordância quanto à espécie da pena e ao quantum indemnizatório.

A decisão final, em processo penal, pode, pois, afectar o interesse do assistente, [...]

Se a discordância deriva de causa que afectou o interesse do assistente e em razão de tal se possa considerar vencido [CPP — 401, 1 b) e 2, e 69,1 e 2 c)], tem este interesse em agir, pelo que pode recorrer.

Este interesse em agir tem de ser concreto e do próprio, [...]

Com isto não se esgota a problemática da admissibilidade de recurso do assistente na sua relação com o interesse em agir.

[...]

Mutatis mutandis, ainda aqui, caso a caso, se terá de conhecer da existência ou não de um concreto e próprio interesse em agir”.

A jurisprudência fixada, repete-se, é que

“O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”.

A questão da medida concreta da pena na sua espécie e amplitude, pertence à dogmática jurídico-penal, conforme Artigo 50.º do Código Penal sobre Pressupostos e duração da suspensão da execução da pena de prisão:

1. O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2. O tribunal, se o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina a suspensão da execução da pena de prisão, nos termos dos artigos seguintes, ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova.

3. Os deveres e as regras de conduta podem ser impostos cumulativamente.

4. A decisão condenatória especifica sempre os fundamentos da suspensão e das suas condições.

5. O período de suspensão é fixado entre um e cinco anos.

De harmonia com o Artigo 51.º do mesmo diploma legal, acerca de Deveres:

1. A suspensão da execução da pena de prisão pode ser subordinada ao cumprimento de deveres impostos ao condenado e destinados a reparar o mal do crime, nomeadamente:

- a) Pagar dentro de certo prazo, no todo ou na parte que o tribunal considerar possível, a indemnização devida ao lesado, ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea;
- b) Dar ao lesado satisfação moral adequada;
- c) Entregar a instituições, públicas ou privadas, de solidariedade social ou ao Estado, uma contribuição monetária ou prestação de valor equivalente.

2. Os deveres impostos não podem em caso algum representar para o condenado obrigações cujo cumprimento não seja razoavelmente de lhe exigir.

3. Os deveres impostos podem ser modificados até ao termo do período de suspensão sempre que ocorrerem circunstâncias relevantes supervenientes ou de que o tribunal só posteriormente tiver tido conhecimento.

4. O tribunal pode determinar que os serviços de reinserção social apoiem e fiscalizem o condenado no cumprimento dos deveres impostos.

Por sua vez, o Artigo 55.º sobre Falta de cumprimento das condições da suspensão, determina:

Se, durante o período da suspensão, o condenado, culposamente, deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de conduta impostos, ou não corresponder ao plano de reinserção, pode o tribunal:

- a) Fazer uma solene advertência;
- b) Exigir garantias de cumprimento das obrigações que condicionam a suspensão;
- c) Impor novos deveres ou regras de conduta, ou introduzir exigências acrescidas no plano de reinserção;
- d) Prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de um ano nem por forma a exceder o prazo máximo de suspensão previsto no n.º 5 do artigo 50.º.

Resulta do exposto que os deveres ou obrigações condicionais da suspensão da execução da pena, não dependem de contraditório, nem da vontade dos sujeitos processuais, mas porque ínsitas à concretização da função da pena pela decisão condenatória, constitui matéria da exclusiva ponderação e competência do tribunal da condenação.

Inexiste direito do assistente à definição da condição da suspensão da execução da pena de prisão.

Por isso, fixaria jurisprudência do seguinte teor:

“O assistente, desacompanhado do Ministério Público, não pode recorrer da suspensão da execução da pena de prisão, em que o arguido foi condenado, pretendendo que a mesma fique condicionada ao pagamento, dentro de certo prazo, da indemnização que lhe foi arbitrada, porque os deveres ou condições de subordinação da suspensão da execução da pena de prisão são ponderados e definidos apenas pelo tribunal”.

ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA

ANOTAÇÃO ¹⁹

A diferença entre uma aristocracia e uma democracia é que numa aristocracia os governantes são uma classe (...); ao passo que numa democracia os governantes são, não uma classe, mas uma acumulação de indivíduos.

FERNANDO PESSOA, *Páginas de Pensamento Político 1 (1910-1919)*

Sumário: I. O problema. II. Entre a subordinação e o *ergo sum*: a posição processual e atribuição dos assistentes. III. O complexo normativo dos artigos 69.º, n.º 2, al. c) e 401.º, n.º 1, al. b). IV. O AUJ n.º 20/2020. V. Síntese conclusiva.

Resumo: A posição processual do assistente é complexa e oscila entre dois pontos: a sua consideração como um mero colaborador do Ministério Público ou como um colaborador qualificado e que está dotado de um campo de acção bastante amplo. Um desses exemplos é a interposição de recurso autónomo, para discutir a espécie e medida da pena ou para dotar a sua posição processual de maiores garantias quando o arguido é condenado no pagamento de uma indemnização cível.

Palavras-chave: assistente, suas atribuições, recurso, legitimidade, penas de substituição.

Abstract: The procedural position of the “assistente” (assistant to the Public Prosecutor) is complex and oscillates between two points: his consideration as a mere collaborator to the Public Prosecutor or as a qualified collaborator who is endowed with a very broad field of action. One of those examples is the filing of an autonomous appeal to discuss the type and measure of the sentence or to provide its procedural position with greater guarantees when the defendant is ordered to pay civil damages.

Keywords: “assistente” (assistant), his attributions, appeal, legitimacy, alternative measures to imprisonment.

I. O problema

O acórdão para uniformização de jurisprudência (doravante, abreviadamente, AUJ) n.º 2/2020, de 13 de Fevereiro ²⁰ (relatado pelo

¹⁹ Por expressa vontade do autor, o presente artigo não segue as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

²⁰ Publicado no *Diário da República*, I série, de 26/3/2020.

Sr. Conselheiro FRANCISCO CAETANO ²¹), que se anota, debruçou-se sobre o conflito existente entre dois arestos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que, inequivocamente, davam respostas contrárias à questão de saber se o assistente, de modo autónomo, ou seja, desacompanhado do Ministério Público (MP), dispõe ou não de legitimidade e interesse em agir para recorrer ordinariamente de uma decisão final que aplica ao condenado pena suspensa, mas não a torna dependente do cumprimento, por este, de indemnização arbitrada a favor do assistente (art. 51.º, n.º 1, al. *a*), do Código Penal).

Como é de meridiana clareza, o aresto contende com a posição processual do assistente como sujeito processual e com o que são e como funcionam as penas de substituição ²². Para responder à questão assim delimitada, essencial se torna que, antes de mais, nos debruçemos sobre o conteúdo funcional do assistente para, depois, colocarmos em diálogo as duas linhas argumentativas e tomarmos posição. É o que nos propomos fazer.

II. Entre a subordinação e o *ergo sum*: a posição processual e atribuição dos assistentes

1. O título desta secção é exactamente o mesmo que o legislador utiliza na epígrafe do art. 69.º do Código de Processo Penal (CPP) ²³.

²¹ E com os votos de vencido dos Srs. Conselheiros PAULO FERREIRA DA CUNHA, SANTOS CABRAL e PIRES DA GRAÇA.

²² O tema geral das sanções substitutivas foi o escolhido para a nossa dissertação de doutoramento intitulada *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*, Porto: FDUP, 2015. Também sobre o que vai em texto, «As “penas de substituição” e figuras afins: traços distintivos», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 30, 2 (2020), pp. 319-362, e “Contributo para a noção de penas substitutivas”, in: MARIA FERNANDA PALMA *et al.* (orgs.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado Neves*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 41-63.

²³ Doravante, qualquer referência a uma norma jurídica sem indicação do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o CPP. SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, I vol., 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2003, p. 374 propõem a divisão das atribuições dos assistentes em direitos

É sabido que o assistente é um sujeito processual, por oposição às figuras do ofendido, do lesado, da parte civil e da vítima que lhe são próximas, mas que, tirando esta última, são meros participantes processuais. A destriça passa pelo *poder de conformação do objecto do processo*, ou seja, os sujeitos estão legalmente dotados de poderes jurídicos que lhes permitem carrear factos para o concreto processo ou eliminá-los, demonstrando que os mesmos se não verificaram, com o sucessivo grau de certeza cada vez mais exigente, desde o momento da constituição do suspeito como arguido e aplicação de medidas de coacção processual ou de garantia patrimonial, seguido da dedução de acusação, do eventual despacho de pronúncia à decisão condenatória e à eventual confirmação da mesma pelos tribunais superiores ou pelo Tribunal Constitucional. Ao invés do que se poderia pensar numa primeira aparência, em relação ao assistente não é a posição que ele vai assumindo ao longo da tramitação que determina a sua legitimidade ou ilegitimidade para o recurso, como já foi julgado para o MP através do acórdão uniformizador do Supremo de 27/10/1994²⁴, desde logo porque o art. 68.º, n.º 3, al. c) veio terminar com as dúvidas hermenêuticas sobre se o ofendido se podia constituir como assistente com o único fito de impugnar a decisão, respondendo-lhes afirmativamente.

Em nosso modo de ver, não obstante a correcção jurídica do que vem de escrever-se, corresponde melhor à realidade e proporciona uma visão mais consentânea com o que sucede se defendermos que *o participante processual apenas está legitimado a modificar de algum modo a sua própria posição processual e não a de outros*. Dito por outra forma, a distinção entre participante e sujeito processual passará mais por um *conceito em relação e de relação* com os demais. Assim, p. ex., a parte civil, como decorre do art. 74.º, aceita o processo na forma

de “intervenção processual”, de “introdução do feito em juízo” e de “impugnação de decisões desfavoráveis”.

²⁴ *Em face das disposições conjugadas dos artigos 48.º a 53.º, e 401.º, do Código de Processo Penal, o Ministério Público não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo*. Disponível em www.dgsi.pt e consultado em Abril de 2024, como qualquer outro aresto citado ao longo deste trabalho, excepto indicação em contrário.

em que ele se encontra quando com o mesmo tem contacto e toda a sua actividade processual repercute-se tão-só e apenas no que são os seus objectivos. Continuando com o exemplo, a parte civil não pode intervir no que contende com a vertente criminal do conflito, mas somente com os pressupostos de uma das fontes das obrigações do Direito Civil que é a responsabilidade civil (em regra extraobrigacional — art. 483.º do Código Civil). Tudo o que for para além disso já extravasa a sua esfera de actuação. É evidente, todavia, que há factos (positivos ou negativos) que relevam para a verificação da responsabilidade criminal e civil, mas há outros em que tal não sucede. A benefício de ilustração, se um hospital vem aos autos para ser ressarcido dos danos patrimoniais que lhe foram causados pelo tratamento médico de uma pessoa, não importará a esta parte civil quem venha a ser o responsável pelo pagamento; se o devedor será um ou outro arguido, em caso de pluralidade destes. Destarte, esta parte civil só pode modificar — como dissemos — a sua própria posição processual, ou seja, se vai ou não ver os danos ressarcidos.

Já o arguido, p. ex., influi não somente na modelação do processo, *maxime* do seu objecto, mas também no que contende com outros sujeitos e intervenientes processuais. Usando o último exemplo do lesado que vem ao processo nas vestes de parte civil, o lesante ou demandado ocupa uma posição próxima da do arguido (art. 74.º, n.º 3), o que importa que, por via da contestação e da prova que produza (artigos 78.º e 79.º), dispõe da faculdade de modelar o interesse do demandante, tornando-o juridicamente inatendível. Ou o papel que o tribunal desempenha em relação a todos quantos tenham de participar na audiência final, usando os seus poderes de inquisitório (art. 340.º) e os de direcção da dita audiência (art. 323.º). Mais: ouve as razões de facto e de Direito de quem participa no julgamento e decide a questão da culpabilidade e, sendo caso disso, da sanção (artigos 368.º e 369.º, respectivamente). Dispõe um sujeito processual do *âmbito de intervenção máximo*. Vemos, pois, que o tribunal, no normal desempenho das suas atribuições legais, pode influir na posição processual de vários sujeitos processuais. Dizemos vários para não errarmos, pois, no que tange a participantes como as testemunhas, os peritos, o funcionário de justiça e até o público, não se vê, excepto por via de uma rebuscada construção teórica sem

adesão à realidade, que estes vejam a sua posição modificada pelas específicas acções do tribunal (tirando eventuais ordens ou injunções que o tribunal lhes dirija, mas que não põem em causa o substracto último da sua própria natureza).

2. É lugar-comum sublinhar a singularidade do ordenamento jurídico-criminal português no que contende com a figura do *assistente*, referindo-se que estamos à frente de outras latitudes no que concerne à protecção dos direitos e interesses do ofendido. E isto exactamente pelo conjunto de atribuições que o art. 69.º lhe confere. Tudo, em bom rigor, no sentido em que, infelizmente, nem sempre o legislador tem sabido sopesar o que são normas de Direito derivado da União Europeia que podem ou não implicar a sua transposição e o que é já Direito positivo constituído. Assim se crê ter sucedido, p. ex., com a Lei n.º 130/2015, de 4/10, que criou o Estatuto da Vítima e que a transformou num sujeito processual (art. 67.º-A) quando, até aí — e bem —, o conceito tinha um interesse marcadamente criminológico (dentro da Vitimologia) que convivia em harmonia com as demais pessoas que, se quisermos usar uma linguagem do processo civil, ocupam uma posição passiva. Dir-se-á tratar-se de um *tique legislativo de novo-riquismo*.

A figura do assistente é o reflexo, em boa medida, do cumprimento do mandamento constitucional ínsito no art. 32.º, n.º 7, da CRP — *[o] ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei*. Pretendeu-se sinalizar que a legislação penal e processual penal não pode deixar de atender aos direitos do ofendido, configurado este como toda a pessoa (singular ou colectiva) que é titular do bem jurídico (ou dos bens jurídicos, no caso destes se afirmarem como complexos ou crimes pluriofensivo) protegido pela norma ou normas penais em causa (art. 68.º, n.º 1, al. *a*). De forma mais simples e com menores preocupações de correcção técnica, o ofendido é a pessoa a favor de quem o delito foi construído. Como se viu da transcrição do inciso constitucional, apenas se obriga o legislador ordinário a ter em conta os direitos do ofendido, sem que haja qualquer definição deste e sem que se estabeleçam quais são esses mesmos direitos. Trata-se, portanto, de uma norma que faz impender a sua concreta conformação da vontade do legislador ordinário, pelo que sempre será de

afirmar que o seu espaço de concretização é relativamente indeterminado. Tal terá por consequência que a *inconstitucionalidade por omissão* do legislador comum seja de verificação muito mais complexa que em hipóteses em que o legislador foi mais específico. Por outro lado — como a pura lógica imporia —, sendo vasto o campo de concretização do que sejam os direitos do ofendido que reclamam tutela legal, menos se acha o legislador ordinário vinculado a qualquer injunção constitucional, de tal modo que não é desprezível a dificuldade de, ao invés da inconstitucionalidade omissiva, se saber se o legislador extravasou o que seria necessário à protecção dos direitos do ofendido. Dir-se-á que está em causa, como *verdadeiro direito de primeira geração*, o princípio da proporcionalidade do art. 18.º, n.º 2, da CRP, ou seja, em última análise aquele concreto direito atribuído ao ofendido não pode lesar os direitos de outros sujeitos ou intervenientes processuais, mas também a própria estrutura do modelo processual penal imposto pela Lei Fundamental, no que implicará o recurso ao princípio da concordância prática, percorrendo os três sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Defender que o assistente poderá recorrer em função de cada caso concreto, para além de outros problemas, sobretudo de índole prático-normativa, convoca ainda a concepção de que a sua intervenção impugnatória está dependente de um verdadeiro incidente processual para se aferir da reunião desses mesmos requisitos, o que é pouco curial com o art. 32.º, n.º 7, da CRP e vai contra o *esprit du temps* de valorizar a vítima no processo penal.

Ora, está fora de dúvidas que o nosso ordenamento jurídico-criminal, no que às suas vestes diz respeito, logo em 1988 estava, na protecção do ofendido, em linha e até, cremos, mais além do que outros ordenamentos que nos são jurídico-culturalmente próximos. Um dos pontos em que tal se nota é aquele que foi objecto deste AUJ, ou seja, da hipótese de recurso autónomo pelo ofendido constituído assistente, requerendo que a eventual suspensão executiva da pena o seja de acordo com o dever do art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP, ou seja, do pagamento do valor da indemnização civil que tiver sido arbitrado no mesmo processo.

A questão contende ainda com a extensão dos poderes do assistente e da específica forma como ele modela o processo. Donde, se

é verdade que ele é um “colaborador” do MP (art. 69.º, n.º 1), é essencial saber que nível de colaboração é este, *rectius*, que espaços de liberdade são deixados ao assistente. Dependendo da resposta teremos uma sua visão mais restrita ou ampla, que poderá justificar a bondade do aresto que se anota. Adiante-se que propendemos para a última, ou seja, *o assistente não é um colaborador que subordine sempre a sua vontade à do MP, dispondo mesmo de poderes de conformação contra o julgamento desse órgão de administração da justiça*, devendo entender-se o assistente como tendo ainda por missão a protecção do interesse público, naturalmente para além do seu próprio e natural interesse egoístico, de tal forma que se pode afirmar que o assistente contribui para um melhor processo penal, mais ágil e cumpridor das finalidades punitivas do art. 40.º, n.º 1, do CP, ao invés do que se argumenta (e que analisaremos *infra*).

Fazendo um apressado périplo pelo CPP, sem preocupações de exaustividade plena²⁵, no sentido de ser mais impressiva a intervenção do assistente, vejamos que atribuições concretas são conferidas àquele sujeito processual, seguindo, em regra, a ordem da tramitação.

Assim, em primeiro lugar, o assistente dispõe de *poderes de fixação da competência concreta da estrutura do tribunal (e de intervenção quanto às garantias de imparcialidade)* que irá apreciar os factos: o art. 13.º, n.os 1 a 3 atribui ao assistente — não de jeito monopolista, é certo — a faculdade de determinar a competência do tribunal quanto à sua estrutura, *in casu*, o tribunal do júri; o art. 23.º confere ao ofendido que pode ser assistente a faculdade de impedir que o julgamento decorra naquele tribunal onde deveria, de acordo com as regras de competência territorial; a separação de processos pode ser espoletada pelo assistente (art. 30.º, n.º 1, e, em especial, a al. b) do n.º 1: *[a] conexão puder representar um risco para a realização da justiça em tempo útil, para a pretensão punitiva do Estado ou para o interesse do ofendido, do assistente ou do lesado*), não sendo despicando que o interesse do assistente seja tratado como algo que parece estar na linha da pretensão punitiva do Estado — assim

²⁵ Cf. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Ofendida, lesada, assistente, vítima — definição e intervenção processual”, in: *Julgar online*, Fevereiro de 2019.

interpretamos a disjuntiva *ou*; o assistente pode deduzir o incidente da (in)competência do tribunal (art. 32.º, n.º 1); o assistente pode suscitar o conflito de competência nos termos do art. 35.º, n.º 2, sendo notificado da decisão final (art. 36.º, n.º 3); o assistente é parte legítima no pedido de atribuição de competência pelo tribunal obstruído (art. 38.º, n.º 1); é um dos motivos dos impedimentos do art. 39.º, n.º 1, als. *b*) e *c*); no impedimento por participação em processo do art. 40.º é também parte legítima para o suscitar (art. 41.º, n.º 2); o assistente pode invocar a recusa do art. 43.º, n.º 3.

A este propósito, fica já descartado o argumento de que o MP, ao dispor da competência do art. 16.º, n.º 3, demonstra que o papel de colaborador do assistente é em grau bastante inferior ao que aqui defendemos. Cremos que assim não é. Antes de mais, como se assinala no “assento” n.º 8/99, estamos em face de uma norma excepcional que, por isso, não comporta aplicação analógica (art. 11.º do Código Civil), para além de, por via da procedência de um recurso, pode o tribunal competente deixar de ser o singular e passar a ser o colectivo. Acresce que ainda hoje partilhamos das dúvidas de (in) constitucionalidade desta determinação concreta da competência do tribunal, considerando existir uma inadmissível violação da esfera de competências de um órgão de soberania pelo MP e, por conseguinte, uma vulneração clara do princípio da reserva de juiz. Certo é que o Tribunal Constitucional, como se sabe, em fiscalização preventiva, entendeu em sentido oposto. Em segundo lugar, a capacidade de o MP determinar que intervém o tribunal singular e que este pode aplicar no máximo penas até 5 anos de prisão não faz, uma vez mais, com que o assistente seja um colaborador totalmente despiciendo, pela normal preparação para cada um dos processos, mas sobretudo pela circunstância de, havendo recurso da decisão de 1.ª instância no sentido do reenvio nos termos da revista ampliada do art. 410.º, n.º 2, nada impedir, em nosso juízo, que se esse recurso importar a necessidade de apurar nova matéria de facto e/ou de Direito, tal pode conduzir a que o MP, ele próprio, entenda que já não deve fazer uso do art. 16.º, n.º 3, decorrendo o segundo julgamento (parcial ou total) perante tribunal colectivo ou do júri. Não se diga que a tal obsta um qualquer trânsito em julgado da decisão do MP determinar a aplicação do art. 16.º, n.º 3, na medida em que, como sempre sucede,

esse efeito reside sobre um dado conjunto de factos que, agora, após o recurso, pode ser diferente.

Sinal de que o legislador pretendeu que o assistente tivesse uma intervenção o mais qualificada possível²⁶ retira-se da obrigatoriedade de constituição de advogado (art. 70.º), sendo estes, constitucionalmente, “elemento[s] essenc[ia]is à administração da justiça” (art. 208.º da CRP, para além de vincular essa representação ao cumprimento de um conjunto de normas deontológicas constantes do Estatuto da Ordem dos Advogados — Lei n.º 145/2015, de 9/9 —, garantindo, de entre o mais, que esses profissionais se achem no âmbito da alçada

²⁶ É ponto em relação ao qual existe largo consenso doutrinal. Assim, logo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 512, e depois, com NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os sujeitos processuais*, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 178. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 60-61 lembra-nos mesmo que há diplomas que parecem incentivar os ofendidos a constituírem-se assistentes — p. ex., a Lei n.º 19/2008, de 21/4 —, por isentarem do pagamento de taxa de justiça por esse acto, o que igualmente sucede nos crimes mencionados no art. 4.º, n.º 1, als. z) e aa), do Regulamento das Custas Processuais, bem como na acção popular (art. 20.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto). GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 279 afirma que “verdadeiramente o assistente só é colaborador do MP durante a actividade do inquérito e só nessa fase lhe está subordinado”. Antes disso, logo na sua dissertação de doutoramento (*Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa: s/ ed., 1990, p. 425), o autor havia citado VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, que considerava o assistente “uma excelente e democrática instituição”, com o que MARQUES DA SILVA concordava. AUGUSTO SILVA DIAS, “A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português”, in: MARIA FERNANDA PALMA (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, p. 55 entende que as faculdades de o assistente modelar o objecto do processo não podem ser vistas como excepcionais. Propende, destarte, para um conceito amplo de ofendido, considerando que é o mais adequado político-criminalmente e em ligação com os ensinamentos vitimológicos, bem como ao nível da coerência do sistema penal e processual penal (pp. 63-65). PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 133 afirma que é desadequado designar o assistente como simples colaborador do MP, o que sucede igualmente com RUI SOARES PEREIRA e JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2023, p. 167, e DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Processual Penal*, t. I, Lisboa: UCP Editora, 2023, p. 333.

disciplinar desta associação pública), pelo que este é um inegável argumento da existência de um *interesse público* na figura. Na mesma linha, o art. 66.º, n.º 5 estabelece que o assistente pode ter de custear, ao menos em parte, o valor a liquidar ao defensor nomeado; o art. 77.º, n.º 1 atribui ao assistente a faculdade de deduzir pedido de indemnização civil na própria acusação, tal como o MP, o que é uma parificação de poderes, embora limitada aos delitos particulares.

Ainda no que tange ao segredo de justiça motivado pela protecção dos interesses pessoais em presença, mas sobretudo pelo interesse público — de novo — na boa administração da justiça, afastando qualquer empecilho à descoberta da verdade. Assim, o art. 86.º, n.º 2 atribui ao assistente a legitimidade, para além do arguido ou do ofendido, de requerer ao juiz de instrução a sujeição do processo a segredo de justiça, ouvindo-se o MP, o que é uma faculdade de grande importância, sobretudo na protecção dos interesses do assistente a salvaguardar direitos como a honra e a permitir o necessário resguardo e pudor na apreciação de determinados crimes, sobretudo de natureza pessoal; se o segredo de justiça foi imposto para salvaguardar a investigação, o assistente pode requerer o seu levantamento (interno) — art. 86.º, n.º 4 — e recorrer verdadeiramente do despacho do MP para o juiz de instrução. Note-se que, aqui, estamos perante um verdadeiro recurso interlocutório e simplesmente se defende uma ampla margem de decisão ao assistente (art. 86.º, n.º 5). E note-se que também se refere o legislador a “prejuízo dos direitos”, *in casu* do assistente, o que não anda longe da locução “decisões que o afectem”, em matéria recursória (art. 69.º, n.º 2, al. c)). O assistente pode requerer que as audiências decorram com exclusão de publicidade (art. 87.º, n.º 1), o que assume grande relevo, atendendo a que o princípio contrário é estruturante de qualquer processo penal típico de um Estado de Direito democrático, pelo que a Lei não deixou a sua concretização para um qualquer conceito indeterminado ou cláusula geral, mas afivelou a excepção a factos concretos, que descreveu no art. 87.º, n.ºs 2 e 3 (neste último havendo uma presunção *iuris tantum* quanto a certos tipos legais de crime). No acesso aos autos em fase de inquérito (art. 89.º), o assistente pode requerer ao MP a sua consulta ou envio, mesmo por via electrónica, desde que não haja segredo de justiça e o MP não se

oponha a essa consulta que terá de ser fundamentalmente devida a interesses da investigação e de outros sujeitos que não o assistente (dado que o interesse da “vítima”, neste inciso, é o do assistente).

Em matéria de ultrapassagem de prazos — indicativos — de duração de cada fase processual (melhor, do inquérito e da instrução, dado que, pela sua própria natureza, o julgamento não pode conviver com prazos de duração), o assistente é um dos sujeitos processuais que pode espoliar o incidente da aceleração processual (art. 108.º); em regra, as notificações ao assistente podem sê-lo na pessoa do seu mandatário, o que deve ser visto com o que já se assinalou a propósito do art. 70.º, com excepção de peças processuais mais relevantes, por marcarem o objecto do processo, em que o assistente também deve ser notificado (art. 113.º, n.º 10); existe o benefício do prazo nas hipóteses de pluralidade de assistentes (art. 113.º, n.º 14). A presença do assistente em acto processual é sublinhada, na sua importância, pela cominação de uma nulidade relativa do art. 120.º, n.º 1, al. b), sempre que a lei impuser a sua presença, como sucede na audiência final em que tenha sido determinada ou pedida a sua tomada de declarações (art. 145.º) ou em diligência instrutória requerida pelo assistente e em que este (embora nas vestes de vítima) deva ser ouvido (art. 292.º, n.º 2); como é natural, reforçando a natureza de sujeito processual, a partir do momento em que o assistente ocupa esta posição não mais pode ser testemunha (art. 133.º, n.º 1, al. b)), sendo que está sujeito ao dever de verdade (art. 145.º, n.º 2), embora não preste juramento (n.º 4).

Quanto aos meios de prova, o assistente é um dos intervenientes que pode ser sujeito a acareação (art. 146.º), assim como pode realizar reconhecimento de pessoas ou de objectos (artigos 147.º a 149.º), bem como participar na prova por reconstituição do facto (art. 150.º), podendo requerer a produção de prova pericial (art. 154.º) e indicar consultores técnicos (art. 155.º), para além de, em regra, poder estar presente ou representado no acto material em que se traduz a perícia (art. 156.º, n.º 2) e pedir esclarecimentos adicionais (art. 157.º, n.º 1) ou mesmo nova perícia (art. 158.º); de igual modo, nada impede que o assistente requeira à autoridade judiciária a realização de perícia médico-legal e psiquiátrica, veterinária ou sobre a personalidade do arguido (artigos 159.º a 160.º). Os outros meios de prova, como a

documental, estão totalmente disponíveis para o assistente (artigos 164.º, ss.). Já em sede dos meios de obtenção da prova, focando-nos nas escutas telefónicas, *v. g.*, ele é um dos sujeitos que tem acesso ao material recolhido, pugnando pela transcrição e manutenção dos autos do que entenderem conveniente para a sua posição (art. 188.º, n.ºs 8 e 9, al. *b*)).

Passando para as medidas de coacção processual, o assistente deve ser ouvido no tocante à sua revogação e substituição (art. 212.º, n.º 4), o que mais uma vez demonstra o *paralelismo entre a sua posição e a do MP*, uma vez que, sendo essas medidas aplicáveis somente a arguidos, bem podia o legislador ter entendido que o assistente não devia ser para nada considerado neste particular. Pode ainda requerer a excepcional complexidade do processo (art. 215.º, n.º 4) e a revisão e confirmação de sentença penal estrangeira (art. 236.º), tudo questões com inegável interesse público — e prático, se considerarmos a extensão de vários prazos processuais a que a primeira conduz —, em especial a última, por se tratar, para além do mais, do exercício de poderes de jurisdição entre Estados e por, na verdade, ao admitir-se essa intervenção, se colocar nas mãos de um ofendido erigido em assistente a faculdade de proteger as normas cogentes do nosso Direito Internacional Privado, em especial as que contendem com a ordem pública.

Para além de poder requerer o que tiver por conveniente, em particular em matéria probatória, durante o inquérito (art. 69.º, n.º 2, al. *a*)), em sede de actos jurisdicionais nesta sede, o assistente pode requerer ao juiz de instrução que pratique qualquer um dos previstos no art. 268.º, bem como as declarações para memória futura (art. 271.º, n.ºs 1, 2, 5 e 7; também em instrução — art. 294.º), mais uma vez se detectando um interesse público claro, visto que as declarações *ad perpetuam rei memoriam* visam sempre garantir que um depoimento que pode não ser possível, por circunstâncias várias, no momento processual em que ele é normalmente produzido, o seja com anterioridade, assim se cumprindo a tarefa antecipatória de custódia da prova. Quanto à duração máxima dos prazos (indicativos) de inquérito, o assistente deve ser sempre notificado da sua ultrapassagem e dos motivos em que se funda, para conhecimento e eventual recurso ao incidente da aceleração processual (art. 276.º, n.ºs 7 e 8).

O inquérito pode terminar com um despacho de arquivamento com o sentido dos n.ºs 1 ou 2 do art. 277.º, o qual tem de ser notificado ao assistente (n.ºs 3 e 4, al. *a*) e *c*). Como forma de reacção, pode o assistente requerer a abertura de instrução (art. 287.º, n.º 1, al. *b*)) ou suscitar a intervenção hierárquica do art. 278.º, sendo que nesta hipótese não tem de se constituir assistente, bastando ser ofendido. Diga-se, antes do mais, que o nosso Código foi tão cuidadoso nos *checks and balances* que implementou que, a fim de descobrir a verdade — finalidade precípua do processo penal —, instituiu uma fase intermédia e facultativa como é a instrução, em que nos casos de arquivamento o mais activo sujeito processual é necessariamente o assistente. Mais: o Código não prevê apenas que a decisão de reagir à acusação, por desfavorável ao arguido, repouse somente nas suas mãos, mas abre tal faculdade de suscitar uma fase intermédia e eventual também ao assistente (que já não apenas o ofendido, repare-se). Isto só se compreende, de novo, com o afivelar ao assistente de uma *função paralela ao interesse público* que o MP desempenha, visto interessar ao ordenamento jurídico não sujeitar a julgamento pessoas relativamente às quais não foi bem ponderado qualquer aspecto de Direito ou o conceito de “indícios suficientes da prova de crime”²⁷. Devemos ir ainda mais longe, dado que o legislador pretendeu abrir a possibilidade deste controlo mesmo nas hipóteses em que o MP entendeu acusar, o que poderia importar uma chancela suficiente para julgamento. Ainda aí — e bem —, num gesto que em 1987 era ainda mais admirável, permitiu que um sujeito processual como o assistente pusesse em questão o que o MP havia decidido. Sempre com o desiderato de se alcançar a verdade, aqui através da valoração sobre a posição daquele órgão de administração da justiça, o que demonstra um papel totalmente autónomo, nesta particular, em relação ao MP.

Em termos de formas de oportunidade e consenso de encerramento do inquérito, pode o assistente requerer a aplicação da suspensão

²⁷ Pelo menos foi esta — e quanto a nós muito bem — a opção do legislador ordinário. Sobre o tema, veja-se o nosso “*Requiem* pela fase de instrução no processo penal português?”, in: *Julgar online*, Março de 2024.

provisória do processo, devendo sempre dar o seu acordo quando exista nos autos (art. 281.º, n.º 1 e al. a)). Aqui está uma situação em que, se pensarmos somente do prisma da vindicta privada, nunca faria sentido atribuir tal faculdade ao assistente, de onde se conclui que ele desempenha também outras funções a par do MP ou mesmo contra este último. Os espaços de oportunidade e consenso interessam sobremaneira ao processo penal, razão pela qual se pode ainda dizer que o legislador pretendeu que o assistente fosse também, à sua medida, artífice da política criminal desenhada, o que, segundo cremos, não encontra paralelo em outras latitudes. Por forma a facilitar a aplicação do art. 207.º, n.º 2, do CP, atinente ao chamado *shoplifting*, não se exige a concordância do assistente, quando ele exista, para se suspender provisoriamente o processo ²⁸.

Ainda quanto ao termo do inquérito, a Lei prevê a faculdade de o assistente, querendo, deduzir acusação nos termos do art. 284.º, introduzindo novos factos que não constam da acusação pública do art. 283.º, mas sempre com o limite de tal não conduzir a uma alteração substancial dos factos, tal como se acha definida no art. 1.º, al. f). Para além desta importante finalidade, serve este mecanismo para o assistente introduzir provas que não constem do art. 283.º e que, tirando as hipóteses de requerimento ferido de nulidade (porque uma prova é proibida, por ex.), devem ser aceites pelo juiz de julgamento. Esta é uma norma de grande importância na concepção do papel do assistente no que toca ao objecto processual, podendo modelá-lo directamente e mostrando que o papel de auxiliar face ao MP *não é de supra e infra-ordenação* ²⁹. No mesmo sentido, se da fase de instrução resultar a alteração não substancial de factos (art. 303.º), ocorre a normal comunicação ao arguido para que este, querendo, se pronuncie quanto a essa alteração, o que é norma igual

²⁸ Cf. o nosso “Penas acessórias, questões de género, violência doméstica e *shoplifting*”, in: ANDRÉ LAMAS LEITE (org.), *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma “cirúrgica”?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 32-87.

²⁹ A mesma ideia é exposta por PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Anotação ao art. 69.º do CPP”, in: ANTÓNIO GAMA *et al.*, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, t. I, Coimbra: Almedina, 2019, p. 811.

à constante da fase de julgamento (artigos 358.º e 359.º). De novo existe a prova de conformação do objecto processual por acção directa do assistente, o que renova a sua importância e esta concepção de um “colaborador interventor”. Mais ainda, como se sabe — pois aí é condição *sine qua non* de prossecução criminal —, nas hipóteses de crimes particulares em sentido estrito (art. 285.º), pelo que sempre haveria *perdas do sistema jurídico como um todo* se se não admitisse a hipótese recursória. Pode também a decisão instrutória ser nula por violação da vinculação temática constituída pelo complexo normativo dos artigos 293.º e 284.º (art. 309.º), abrindo-se neste e noutros casos — de discordância com a decisão instrutória — o direito ao recurso também ao assistente (art. 310.º). Ainda quanto à segunda fase (eventual) da instrução, o assistente pode participar dos actos instrutórios (art. 289.º), ao invés, p. ex., das partes civis. Se o assistente for o requerente da instrução e pedir para ser ouvido (ainda que apenas vítima), o tribunal não pode deixar de o fazer (art. 292.º, n.º 2), ao invés do que é regra quanto aos actos instrutórios (art. 291.º, n.ºs 1 e 2). A demais intervenção do assistente no debate instrutório consta do art. 302.º, em que se verifica uma igualdade de armas ente este e o arguido.

Ao nível do saneamento do processo, fase inicial da audiência de discussão e julgamento, pode o juiz recusar o recebimento da acusação do art. 284.º, por importar uma alteração substancial. O despacho que designa dia para a audiência é sempre notificado ao assistente (art. 313.º), pois este terá nela uma participação activa, interrogando o arguido (se este se não remeter ao silêncio) — art. 345.º, n.º 2 —, tomando declarações ao assistente (art. 346.º), às partes civis (art. 347.º), a terceiros titulares dos instrumentos, produtos ou vantagens susceptíveis de serem declarados perdidos a favor do Estado (art. 347.º-A), a testemunhas (artigos 348.º e 349.º) e a peritos e consultores técnicos (art. 350.º, se se mostrar necessário que prestem esclarecimentos). Exerce o contra-interrogatório e alega no final da produção da prova (art. 360.º). Tudo ao invés do que sucede com o ofendido, que pode até contar com o seu mandatário presente na audiência final, mas que nada poderá dizer, restando-lhe um papel quase passivo, com invocação de eventuais invalidades processuais. Na mesma senda, pode o assistente adicionar ou alterar o rol de testemunhas, nos termos do

art. 316.º, de idêntico modo que as suas declarações podem não ser tomadas na audiência final (art. 318.º) ou até sê-lo na respectiva residência (art. 319.º). A falta do mandatário do assistente não conduz ao adiamento da audiência final nos delitos públicos e semi-públicos, ao invés dos particulares, em que tal acontece uma vez só, sendo que, repetindo-se a falta, a mesma equivale, como regra, a desistência da acusação (art. 330.º). Do mesmo modo, a falta do assistente não dá, em princípio, lugar ao adiamento da audiência (art. 331.º).

Quanto a outros aspectos da dinâmica da audiência final, o advogado do assistente pode realizar exposições introdutórias (art. 339.º, n.º 2), requerer perícia sobre o estado psíquico do arguido (art. 351.º), solicitar o afastamento do arguido da sala nas hipóteses do art. 352.º, requerer o exame ao local (art. 354.º), as declarações por si prestadas em fases anteriores do processo só podem ser lidas e valoradas em audiência de discussão e julgamento nos casos do art. 356.º, n.ºs 2, 3 e 5 e as declarações do arguido podem ser lidas nas hipóteses taxativas do art. 357.º, também a solicitação do assistente. Na reabertura da audiência para a determinação da sanção (art. 371.º), também o assistente pode sugerir perguntas ao juiz que preside ao acto e alegar.

No processo sumário (um dos processos especiais), o assistente goza, por intermédio do seu advogado, de novo, da faculdade de modelar o objecto do processo (artigos 386.º, 388.º e 389.º, n.º 6), podendo requerer que se aplique o art. 280.º ou o art. 281.º (art. 384.º, n.º 1) e interpor recurso (art. 391.º). Também no processo abreviado se pode lançar mão das formas pactícias de encerramento do inquérito (art. 391.º-B, n.º 4), pode o juiz recusar a acusação do art. 284.º (art. 391.º-C) e as regras gerais do processo comum são aqui aplicáveis (art. 391.º-E), incluindo o recurso (art. 391.º-F e G). Já no processo sumaríssimo, esta forma de oportunidade e consenso, nas hipóteses de delitos particulares, só se aplica se o assistente em tal consentir (art. 392.º, n.º 2).

No que tange ao recurso, apenas algumas palavras, uma vez que é o fulcro deste trabalho, para afirmar o princípio regra da recorribilidade do art. 399.º, as excepções do art. 400.º e o interesse em agir do assistente quanto a “decisões contra ele proferidas” (art. 401.º, n.º 1, al. *b*)). Sobem imediatamente os recursos de “despacho que

não admitir a constituição de assistente ou a intervenção de parte civil” (art. 407.º, n.º 2, al. g)); o recurso extraordinário de fixação de jurisprudência pode ser suscitado pelo assistente (art. 437.º, n.º 5), o mesmo sucedendo quando o tribunal *a quo* decide contra jurisprudência uniformizada (art. 446.º, n.º 2) ou nas hipóteses de recurso extraordinário de revisão (art. 449.º).

III. O complexo normativo dos artigos 69.º, n.º 2, al. c) e 401.º, n.º 1, al. b)

1. À primeira vista, dir-se-ia que a faculdade de interpor recurso da decisão final pelo assistente não é irrestrita, referindo-nos, para já à legitimidade processual. O art. 401.º, n.º 1, al. b) exige que a decisão tenha sido “proferida contra” ele e o art. 69.º, n.º 2, al. c) atribui a legitimidade recursória quanto a decisões “que o afectem”. É exactamente no preenchimento destes segmentos que o essencial deste trabalho se resolverá, sem esquecer — porque muito relevante — o que vimos já quanto à posição processual do assistente que, como o caracterizámos, é um “*colaborador-interventor*”.

Uma decisão (judicial, composta por um conteúdo que põe termo à relação jurídico-processual ou que em si mesma solucione uma matéria que compete à autoridade judiciária apreciar) afecta o assistente se e na medida em que *for contrária aos seus interesses*, ou seja, se for capaz de produzir efeitos de Direito Penal substantivo e/ou adjectivo na sua esfera jurídica ³⁰. Dito de outra forma, a legitimidade do assistente para recorrer quando desacompanhado do MP é uma *legitimidade reforçada ou qualificada*, pois que exige um *plus* adicional à circunstância de prejudicar ou poder — mesmo que em

³⁰ Para MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 291-292, as decisões afectam o assistente se são contrárias às suas pretensões, mas sempre no sentido em que se não trata somente de interesses particulares, mas também colectivos, uma vez que só o ofendido pode ser assistente e, por isso, é titular do bem jurídico-penal que, por definição, é um conceito em que repousa todo o Direito Penal enquanto ramo de Direito Público. Igualmente manifesta o autor “muitas dúvidas” quanto à orientação jurisprudencial que saiu do “assento” n.º 8/99.

abstracto — prejudicar os interesses do assistente. Mas não se trata somente de uma questão de legitimidade, que acaba por ser, como em qualquer outro processo (civil, laboral, constitucional), a exigência de uma *dada posição do recorrente face ao objecto processual*.

Junta-se a ela — mas dela sendo distinto — um outro pressuposto processual que é o *interesse em agir*. Por ele entende-se a necessidade de recurso às vias judiciais, a imperiosidade de o ordenamento prever formas de um sujeito ou participante processual poder ver uma questão em que é parte legítima ser apreciada por um tribunal, *hoc sensu*, a exigência de que *haja forma processual para a materialidade factual*. Trata-se, ao fim e ao cabo, da *concretização processual do direito de acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva* do art. 20.º da CRP.

2. Não se pode entender o acórdão que ora se anota sem referência ao impropriamente designado “assento” n.º 8/99, de 30/10/1997. No mesmo foi considerado que “o assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir.”

A linha argumentativa passou por considerar o assistente como um colaborador que não é visto com o campo de intervenção com o que enquadrámos e por entender que não há qualquer protecção à vindicta privada no nosso ordenamento jurídico, defendendo que admitir o contrário seria uma concessão inadmissível a um conjunto de atribuições de que o MP não dispõe e uma violação da sua própria intervenção como órgão da administração da justiça que se preocupa com a verdade processual e que está empenhado no cumprimento dos seus deveres de forma objectiva e imparcial (art. 219.º da CRP).

De outra banda, pode entender-se que considerações como a culpa não podem ser esgrimidas pelo assistente em sede de recurso, competindo apenas ao MP e dando-se como exemplo a impossibilidade de o assistente actuar desacompanhado nos crimes públicos e semi-públicos, nem tal conduzir a uma alteração substancial dos factos (art. 1.º, al. f)). Esgrime-se ainda com o já visto art. 16.º, n.º 3, considerando-se que o assistente não dispõe desta faculdade, não podendo, assim, e ao menos neste particular, conformar o processo. Mobiliza-se o art. 280.º, n.º 3 (e o art. 375.º, n.º 3), segundo o qual,

no arquivamento em caso de dispensa de pena, não pode o MP recorrer da decisão, como aliás nenhum dos sujeitos processuais. Daqui resulta ainda que, como se sabe, apenas e tão-só nas hipóteses de dispensa de pena facultativas se exige que o dano tenha sido reparado (art. 74.º, n.º 3, do CP), com a possibilidade de protraimento do n.º 2 do art. 74.º do CP. Esta distinta forma de encerrar o inquérito demonstra, pelo que agora se disse, que a mesma exige uma reparação que tem um conteúdo público, ou seja, se é certo que o titular concreto é uma pessoa singular ou colectiva — donde, por via da reparação, deixaria de existir interesse em agir do assistente (art. 401.º, n.º 2) —, no espírito do sistema está o cumprimento das finalidades punitivas que só se conseguem por via de tal reparação. Sumariamente: o argumento só em parte é verdadeiro, uma vez que na dispensa de pena obrigatória o juiz não tem de verificar do cumprimento das condições do art. 74.º, n.º 1, als. *a)* a *c)*, do CP.

Conexionado com isto — e em complemento da crítica que se sumariou —, é um facto que os defensores da ilegitimidade do assistente para o recurso esgrimem a questão do cumprimento dos fins das penas e das medidas de segurança (art. 40.º, n.º 1, do CP). Diz-se que quem tem de cuidar dessa observância é o tribunal, pois está assim a desempenhar uma função pública. O mesmo se diga quanto à culpa do art. 40.º, n.º 2, do CP. E ambas as funções não são privadas ou privatizáveis, sob pena de deixarmos de ter um Estado de Direito. Donde, se o assistente só prossegue — nesta visão — fins particulares, não pode imiscuir-se em tarefas exclusivamente públicas, ou seja, não tem legitimidade recursória desacompanhado do MP quanto à espécie e medida da pena. *Quid inde?* Pelo que em anterior secção analisámos, o assistente não é, no ordenamento jurídico português, um *simples colaborador obediente* que a orientação contrária patrocina. Assim, as finalidades punitivas, tendo por certo o órgão judicativo como o seu destinatário maior, não deixam também de ser construídas pelo arguido e pelo assistente. De outro modo, para quê a sua intervenção no processo se o tribunal tudo poderia fazer? Para quê o *fair trial*, a igualdade de armas, o contraditório? Só nesta tensão dialéctica podemos alcançar a verdade intraprocessualmente válida. Quando o tribunal se decide pela condenação e inicia o processo de determinação da pena, a sua decisão (e fundamentação) deverá ter em

conta o que foi defendido pelo arguido e pelo assistente, sob pena de a decisão não convencer os seus destinatários e originar recursos. Só uma *visão excessivamente estatizante* do processo penal e das atribuições do MP, a que se liga uma perspectiva do assistente como pretendendo sempre a vindicta privada, autorizam a linha argumentativa que vem de criticar-se.

3. Vejamos agora as razões que se alinham no sentido de defender posição contrária, ou seja, a de que *o assistente tem legitimidade recursória autónoma em qualquer hipótese em que discuta, de entre o mais, a espécie e/ou a medida da pena.*

Se tivéssemos de uniformizar jurisprudência seria esse o nosso voto, que não quadra totalmente com nenhum dos acórdãos que se debruçaram sobre o tema. Não vemos como se possa harmonizar com o sistema, numa sua visão teleológica, que a possibilidade de o assistente interpor recurso esteja dependente de uma casuística de todo desconhecida ³¹ e que, por isso, pode alimentar uma série de incidentes (como o da reclamação do art. 405.º e eventual julgamento pelo Tribunal Constitucional), tornando a marcha do processo mais lenta, quando se visa o contrário. Da mesma forma, é para nós

³¹ Defendendo esta posição, todavia, e dando como exemplo as hipóteses em que o assistente deseja suscitar a prescrição, MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 760. Próximos, SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, II vol., 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2000, p. 681. No entanto, em obra posterior, estes autores (SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *Recursos em Processo Penal*, 6.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2007, p. 52) escreveram que “os assistentes surgem no Direito moderno como uma instituição rica de potencialidades que, ao lado do MP, buscam a verdade e contribuem de modo marcante para a boa e sã administração da justiça”. O mesmo para HENRIQUES GASPAR, “Anotação ao art. 69.º do CPP”, in: HENRIQUES GASPAR *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 2010. Também VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal. Notas e Comentários*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 1193, fornecendo ainda o exemplo de recurso da “matéria da culpa reflectindo-se esse vencimento no montante do pedido cível formulado”. Do mesmo modo, por entender não existir nenhum resquício de intervenção pública por banda do assistente, entende que está “fora da sua [do assistente] esfera o superior interesse da realização da justiça” (*idem*).

insuportável a falta de certeza e segurança jurídicas que o “assento” de 1999 veio introduzir. Tendo decidido em sentido contrário ao que defendemos, também admitiu a exceção “do caso concreto”, com isto abrindo uma verdadeira “caixa de Pandora”. Não pode o sistema conviver com este nível de incerteza, de entre o mais — como se procurará demonstrar — visto que a previsão da faculdade recursória para o assistente consta da mesma norma da aplicável ao arguido. Ora, aí ninguém discute que as decisões foram “tomadas contra si” *em todos os casos, excepto quando há uma absolvição plena*. Toda e qualquer outra combinação abre o recurso ao arguido como direito fundamental do art. 32.º, n.º 1 que, para este efeito, não fica atrás do predito n.º 7 do mesmo inciso da CRP. Mais ainda: quando a decisão, na parte criminal, for irrecurável, nada impede o arguido de impugnar a condenação resultante do pedido de indemnização civil, na sua própria existência e/ou no seu concreto valor, desde que para o efeito exista alçada e sucumbência (art. 400.º, n.ºs 2 e 3). E veja-se que a função de colaborador do MP é sempre calçada, no art. 69.º, n.º 1, *in fine*, com as exceções previstas na lei (para além do acesso a todos os “elementos processuais imprescindíveis”), desde logo advertindo o intérprete para a menor correcção que detectámos nos casos em que o assistente se limita a ser — perdoe-se-nos a linguagem — um *yes man* ou uma *yes woman*. Se a razão de ser da norma relativa ao arguido é a mesma da do assistente (naturalmente que vista em perspectiva contrária da condenação ou da absolvição), então trata-se ainda de uma hermenêutica enunciativa, usando um argumento *a pari*.

Seja-nos permitida uma pausa a fim de nos referirmos ao AUJ n.º 5/2011, segundo o qual, “[e]m processo por crime público ou semi-público, o assistente que não deduziu acusação autónoma nem aderiu à acusação pública pode recorrer da decisão de não pronúncia, em instrução requerida pelo arguido, e da sentença absolutória, mesmo não havendo recurso do Ministério Público.”. Não sendo o mesmo problema que nos ocupa, apenas do sumário retiramos uma série de argumentos que coonestam aquilo que defendemos. Atribuiu-se legitimidade recursória autónoma ao assistente de uma sentença absolutória, o que importa, na senda do “assento” n.º 8/99, que esta é uma decisão em que aquele sujeito processual tem um interesse

próprio a defender ³². Sendo assim, então é contraditório que se afirme que o assistente é o colaborador simples e simplista do MP, dado que, ante a posição silente deste órgão de administração da justiça, o assistente, por si só, vai discutir o sentido da decisão e, por essa via, participa também na concretização dos fins das penas. Do mesmo modo, o recurso da decisão de não pronúncia, em face do qual não existem dúvidas sobre a legitimidade do assistente, é um exemplo claro e já admitido pela jurisprudência de que este sujeito processual não apenas participa nas finalidades punitivas, mas também nas específicas do processo penal. O legislador pretendeu que, ainda que o órgão que o representa entenda inexistirem indícios suficientes para a perseguição criminal, se abra a porta à possibilidade de tal ser uma visão errada, confiando-se assim ao assistente uma função que pode ser correctiva não apenas do defendido pelo MP, mas também pelo juiz de instrução. Sublinhe-se apenas, por fim, neste ponto, que se não entende um dos pressupostos de base deste AUJ, qual seja o de que o assistente não deduziu nem aderiu à acusação do MP. Nos crimes públicos e semi-públicos tal pode somente acontecer se o assistente o desejar (art. 284.º), ao invés dos delitos particulares *stricto sensu*, pelo que se não alcança que se pudesse exigir do assistente essa acção processual.

Outra questão de grande relevo contende com a resposta à pergunta: que interesses jurídicos prossegue o assistente? A visão contrária à nossa dirá que apenas interesses particulares. Nós começaremos por não ser farisaicos e admitir que, na grande maioria dos casos, o assistente vem ao processo — e até porque, sem prejuízo do apoio judiciário e das isenções previstas no Regulamento das Custas Processuais, tal implica trabalho e custos — para obter a condenação do arguido na parte criminal e na civil, se existir. O que nos parece menos sublinhado é que esta predominância de um interesse privado na condenação não é, ao menos na

³² SOARES DE ALBERGARIA, *op. cit.*, pp. 819-820 entende que aqui estamos perante um afastamento face ao “assento” n.º 8/99, criticando-o. Em sentido oposto, HELENA MORÃO e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art. 69.º do CP” e “Anotação ao art. 401.º do CPP”, in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (org.), *Comentário do Código de Processo Penal*, 5.ª ed., vol. I, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2023, pp. 293-296 e 285, respectivamente.

arquitectura do sistema (podendo sê-lo na volição do assistente), totalmente incompatível com a abertura da via recursória como é entendida entre nós (simples remédio jurídico e não um segundo — ou mais — julgamento) a quem, ao suscitar a questão junto de um tribunal *ad quem*, está a dar a possibilidade a esse órgão de soberania de revisitar o que é o âmbito do recurso e, assim, a matéria de facto e de Direito. Isto é *também* uma tarefa de interesse público e não pode argumentar-se — nesta fase histórica — com um possível aumento das pendências, visto que isto mesmo, *de per se*, nunca é argumento para nada, a que haverá de crescer que o “assento” de 1999 já admitiu a impugnação, embora excepcionalmente, com o uso de critérios no mínimo porosos. Tão rarefeitos que, p. ex., nos questionamos se, para esta visão casuística, os assistentes podem ou não recorrer apenas quanto a crimes particulares, por aí ter ocorrido uma decisão que indubitavelmente afecta interesses jurídicos seus. A resposta afirmativa seria inaceitável a todas as lentes. Poderemos ainda, por fim, nesta sede, como vincado por VIRGÍLIO DA FONSECA OLIVEIRA no seu voto de vencido no AUJ n.º 8/99, dizer com propriedade que, mesmo perseguindo interesses com mais notas de pessoalidade ou apenas pessoais, sempre haverá de lembrar que se tratam de bens jurídicos e, por isso, reclamam protecção que lhes é dada, desde logo, pelo legislador constituinte. Dizemos nós, agora, que sempre que o assistente intervém, independentemente da acção processual empreendida, ele afirma bens jurídico-penais e, por isso, compartilha a tarefa de salvaguarda do quadro axiológico que subjaz à Constituição.

Se dúvidas houver quanto a este ponto, é importante sublinhar que se vem assistindo, na nossa jurisprudência, a um muito saudável, político-criminal e dogmaticamente (para além do prisma da Vitimologia ³³), movimento no sentido de admitir a constituição como assistente do ofendido, o que, via de regra, não era admitido. Isto significa que, de novo, o sistema como um todo se abre à verificação de que os bens jurídicos protegidos pelo nosso ramo de Direito contêm, amiúde, uma nota de

³³ Catapultado por via da justiça restaurativa e, em especial, da mediação penal. Sobre o tema, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A justiça restaurativa — um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, e o nosso *A mediação penal de adultos. Um novo “paradigma” de justiça penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

pessoalidade capaz de preencher o art. 68.º, n.º 1, al. a). Aconteceu isto mesmo com o crime de falsificação de documento ³⁴, com a desobediência ³⁵, com a denúncia caluniosa ³⁶ ou, em processo em que intervimos, com o descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público para darmos apenas alguns exemplos. Ora, se existe este movimento, então é porque se alargam as atribuições concretas do assistente. Assim, julgamos que se pode retirar daqui mais um argumento no sentido de que, tirando os casos de condenação em medida máxima da pena, todas as demais combinações admitirão recurso pelo assistente. A partir do momento em que o ofendido entra na discursividade penal mais elevada, também ele se transforma em alguém que colabora com a administração da justiça. E não se diga que para tal existe o MP, por haver campo de intervenção para ambos e porque os interesses de ambos não são em absoluto compatíveis. Num sistema que conhece alguma sobrecarga, aquele processo será sempre único para o assistente, ao passo que, para o MP, será mais um entre muitos.

O argumento de que o assistente não pode estar nos autos por si só nos crimes públicos e semi-públicos, dado que cabe ao órgão estadual deduzir acusação, e, por isso, é um colaborador totalmente dependente do MP, não é, quanto a nós, definitivo. Antes de mais, como se disse já, há bens jurídicos supra-individuais em que o seu reflexo numa esfera jurídica concreta pode ser inexistente ou de muito difícil verificação (pense-se, p. ex., na categoria dos “delitos sem vítima”), o que impõe que só o MP possa introduzir o feito em juízo. Coisa contrária se passa com os delitos particulares *stricto sensu*, em

³⁴ Acórdão do STJ n.º 1/2003, de 16/1/2003: *No procedimento criminal pelo crime de falsificação de documento, previsto e punido pela alínea a) do n.º 1 do artigo 256.º do Código Penal, a pessoa cujo prejuízo seja visado pelo agente tem legitimidade para se constituir assistente.*

³⁵ Acórdão do STJ n.º 10/2010, de 16/12/2010: *Em processo por crime de desobediência qualificada decorrente de violação de providência cautelar, previsto e punido pelos artigos 391.º do Código de Processo Civil e 348.º, n.º 2, do Código Penal, o requerente da providência tem legitimidade para se constituir assistente.*

³⁶ Acórdão do STJ n.º 8/2006, de 12/10/2006: *No crime de denúncia caluniosa, previsto e punido pelo artigo 365.º do Código Penal, o caluniado tem legitimidade para se constituir assistente no procedimento criminal instaurado contra o caluniador.*

que a intervenção do assistente e o que dele se exige para assegurar a regularidade das instâncias criminal e/ou civil é um conjunto de acções qualificadas³⁷. Mas não deixa de ser eloquente, no que à verdadeira posição de “colaborador” do MP diz respeito, que nesta tipologia de crimes atendendo ao princípio da oficialidade, o assistente possa deduzir acusação sem aquele órgão de administração da justiça ou *mesmo contra* aquela que é a sua leitura da existência ou não de “indícios suficientes”. Aqui está um exemplo em que o colaborador se transforma em “mandador”, naturalmente arcando com as consequências processuais de uma acusação infundada. Nunca um mero colaborador, na acepção defendida pela tese contrária, teria este poder de iniciativa, motivo pelo qual não podemos classificar o assistente como um *simples colaborador*, mas sim como um *colaborador qualificado e dotado de espaços de autonomia*. Um colaborador ainda que, como sucede com o arguido, *v. g.*, pode ver a sua posição processual revogada, por a sua intervenção ter sido admitida na base de um conjunto de pressupostos dos artigos 68.º, 70.º e 519.º, para além do art. 8.º, n.º 1, do Regulamento das Custas Processuais que deixaram de se verificar, atenta a dinâmica dos autos³⁸. Outro exemplo disto mesmo é a faculdade de o assistente discordar do arquivamento decidido por aquele a quem assiste (MP) ou da falta de uma parte do que o primeiro considera que devia constar da acusação (art. 287.º, n.º 1, al. b)). De novo: se estivéssemos perante um mero

³⁷ Assim mesmo, AUGUSTO SILVA DIAS, *op. cit.*, pp. 63-65 entende que o assistente transporta sempre um interesse público, ainda que reflexo, o que permite afastar os receios de uma qualquer “privatização” da administração da justiça penal. Tal entendimento “promove um novo equilíbrio no processo penal entrem o “ethos” do controlo social e o “ethos” do conflito, contribuindo assim para a realização de um processo penal mais justo, coerente e pacificador”.

³⁸ Ac. do TRL de 24/9/2014, Proc. n.º 142/12.0TELSB.L1-3, NUNO COELHO: 1. *O estatuto de assistente é dinâmico e reversível, pelo que o despacho que admite a sua intervenção apenas faz caso julgado rebus sic stantibus.* 2. *Assim, uma vez que o crime de branqueamento não consta do elenco de crimes previstos no art. 68.º do CPP (e na al. e), do seu n.º 1), o/a assistente passa a carecer de legitimidade para continuar a intervir nos autos como assistente, por, face ao despacho de arquivamento dos autos e ao novo impulso provindo da assistente, já não estar em causa qualquer dos crimes pelos quais o assistente foi admitido a intervir nos autos, nessa qualidade.*

colaborador que se submete sempre ao que o MP decide, esta faculdade não existia, ainda por cima por se reflectir na abertura de uma autónoma fase processual. É, na verdade, um colaborador tão qualificado que a Lei lhe conferiu a possibilidade de ver apreciado por um outro magistrado (judicial) o constante do despacho de encerramento do inquérito, da autoria de quem o colaborador assiste.

Acresce ainda que, em nosso juízo, pode retirar-se do art. 310.º mais um argumento favorável à impugnabilidade autónoma pelo assistente das decisões judiciais que o afectem (nos termos que vimos defendendo). Se o juiz de instrução criminal proferir despacho de não pronúncia quando o inquérito terminara com despacho de arquivamento, o assistente é parte legítima no recurso que pode interpor para a Relação (art. 310.º), dado que o feixe de direitos e deveres quanto a esse específico processo o prevê como alguém que assume uma parte da titularidade da relação jurídica controvertida (usando linguagem do processo civil que aqui temos por aplicável). Esta última nem sempre se estabelece apenas entre o Estado, como titular do *ius puniendi*, e o arguido, mas pode ser uma relação triangular, nas hipóteses em que o assistente intervém. É o conjunto de requisitos que o ofendido tem de preencher para se converter em assistente que lhe confere essa parte da titularidade do que está em discussão: o(s) crime(s) e o(s) seu(s) agente(s). Dizemos *parte*, visto que, mesmo nos crimes particulares (art. 50.º), o assistente nunca é titular monopolista da pretensão punitiva do Estado, tanto mais quanto a investigação correspondente ao inquérito é conduzida pelo MP e pelos órgãos de polícia criminal e não pelo particular, sob pena de flagrante inconstitucionalidade material. Outra coisa diversa é a necessidade, diríamos imperiosa, de lançar mão de mecanismos que permitem pôr em causa a decisão, sob pena de os direitos do assistente (existentes *em potência*) não poderem ser exercidos *em concreto*. Não se duvida, pois, que um arquivamento a que se segue uma não pronúncia abra uma via recursória para o assistente, porque ele é titular, em parte, da relação controvertida — é parte legítima —, mas também tem interesse em agir, dado que, se permanecesse silente, a não pronúncia tornar-se-ia final e o processo seria definitivamente arquivado. Existe, então, a necessidade de recurso ao processo penal para assegurar os direitos do assistente.

Do funcionamento do art. 310.º desejamos retirar uma conclusão para o nosso problema. Tirando as hipóteses de dupla conforme positiva, em todas os outros casos equacionáveis, aquele inciso atribui legitimidade e interesse em agir ao assistente, sem ter de a qualificar de uma qualquer maneira. Ora, uma forma de raciocinar seria retirar desta regulação específica para o despacho que encerra a instrução uma máxima comum a qualquer recurso interposto pelo assistente. Todavia, não pode ser assim, pois que se o fosse, o legislador nada teria acrescentado ao art. 401.º, n.º 1, al. b). O que já se pode dizer, cremos, é que o legislador, como a instrução ainda é uma fase preparatória da audiência de discussão e julgamento, entendeu atribuir-lhe um *específico regime recursório*, mais amplo que o geral. Entende-se bem que o ordenamento jurídico não pudesse conviver com duas decisões, ainda que no mesmo sentido, de inexistência de indícios suficientes para a abertura da fase do julgamento, sob pena de a questão ficar encerrada para sempre e as autoridades judiciais que já haviam intervindo terem falhado em algum aspecto de facto ou de Direito. O que vem dito não bolee com a conclusão de que o assistente pode sempre recorrer do despacho de encerramento da instrução, quando o mesmo lhe seja desfavorável, i. é, numa dada perspectiva das coisas — que já vimos não ser totalmente exacta —, nas hipóteses em que a instrução se encerra com um despacho de arquivamento e aí ninguém duvida da legitimidade recursória do assistente. Ainda: pode mesmo este sujeito processual lançar mão da intervenção hierárquica do art. 278.º, o que implica que o colaborador suscita, junto do imediato superior do “assistido”, a impugnação do que este último decidiu. De novo, só mesmo um colaborador com os caracteres que identificámos disporia de uma faculdade como esta, o que é incompatível com o juízo simplista de que o nosso ordenamento configurou um assistente pouco activo e muito limitado num espartilho que lhe é imposto pelo MP.

IV. O AUJ n.º 2/2020

1. Mesmo que tal não seja colocado em grande evidência, o aresto uniformizador em epígrafe limitou-se, no essencial, a seguir a posição expendida no “assento” n.º 8/99, ou seja, a considerar que a hipótese

de que trata configura um dos casos específicos em que, excepcionalmente, o assistente dispõe de legitimidade recursória (e interesse em agir) para, de modo isolado do MP, pretender que o tribunal *ad quem* decida tornar a suspensão executiva da prisão dependente do pagamento do pedido de indenização civil arbitrado.

Uma primeira nota para sublinhar que aquilo que está em causa é a indenização *ex delicto* que, nos termos do art. 71.º, é, como regra, arbitrada no processo penal e que é exactamente aquela que se acha prevista como dever no art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP. Poder-se-ia elucubrar, *prima facie*, no sentido de que a indenização a coberto do último inciso referido seria diversa da decorrente do pedido civil enxertado. Todavia, assim não é. Desde logo em função do argumento literal do art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP, “a indenização *devida* ao lesado ³⁹” só pode ser aquela que é peticionada ou, nos casos do art. 82.º-A, que é oficiosamente determinada pelo tribunal.

Em relação a esta última norma, um aspecto importante e que não foi tido em conta na argumentação do AUJ diz respeito a que se trata de um *poder-dever* impendente sobre o julgador e que, via de regra, resulta de promoção do MP (mas pode não o ser) e, como tal, é o cumprimento de um dever de justiça que, como resulta da redacção da norma, é de *aplicação qualificada*, pois que demanda a verificação de exigências de protecção especial da vítima, também elas qualificadas ⁴⁰. Isto justifica-se pelo princípio da investigação judicial como integrante do nosso modelo processual penal (FIGUEIREDO

³⁹ Itálico nosso.

⁴⁰ Coisa diferente é a circunstância de o tribunal ter fixado um valor indemnizatório demasiado elevado, tendo em conta a situação económico-financeira do condenado. Se é certo que ela se deve dirigir, antes do mais, à reparação dos danos patrimoniais e/ou não patrimoniais derivados da prática criminosa, também é verdade que o Direito Penal — como qualquer ramo de Direito, mas aqui de modo definitivo, por estarmos perante uma tutela subsidiária de bens jurídicos — não pode exigir a ninguém mais do que essa pessoa pode cumprir (*nemo dat quod non habet*). Haverá, pois, de encontrar o melhor equilíbrio entre as consequências socialmente nefastas do delito e a capacidade de adimplemento pelo condenado. Se tal não suceder, a via recursória deve ser usada.

DIAS), dado que a atribuição de uma reparação tem sempre por base factos que a sustentam e cuja existência ou não cabe ao concreto julgador averiguar, tendo por objectivo que se cumpra o conceito indeterminado das “particulares exigências de protecção da vítima”. Note-se que, enquanto verdadeira decisão de uma faculdade legal, a mesma é susceptível de recurso e não se insere nas “decisões que ordenam actos dependentes da livre resolução do tribunal” (art. 400.º, n.º 1, al. b)). Como também vem sendo jurisprudência constante, o facto de o tribunal não equacionar, quando devia, a aplicação do art. 82.º-A configura uma nulidade de sentença do art. 379.º, n.º 1, al. c) ⁴¹. Existe aqui uma verdadeira norma que funciona como “válvula de escape” do sistema, fazendo prevalecer a justiça do caso concreto sobre o mero cumprimento de requisitos legais. Ora, se assim é, aqui temos um exemplo do qual se retira que os interesses do ofendido são protegidos *mesmo que ele se não tenha manifestado*. Dito de outra forma: há um poder que, estando nas mãos do juiz, é de aplicação tendo em conta o seu destinatário. Algo de similar acontece nas hipóteses em que o MP não interpôs recurso de uma decisão que afectava a esfera jurídica do sujeito que se protege.

Não é pensável que, em virtude dos factos que configuram um ou mais tipos legais e a responsabilidade civil obrigacional e/ou extraobligacional (sendo mais comum esta última), o legislador tenha concedido a faculdade ao aplicador da Lei de fixar uma indemnização pelos danos causados somente pela parte criminal da sentença ou acórdão e uma outra como resposta ao princípio do pedido. Por um lado, é quase sempre muito difícil distinguir o que são danos *ex delicto* daqueles que derivaram *apenas* da responsabilidade civil como fonte das obrigações. O que é normal é que este último *quantum* indemnizatório abranja os primeiros. Aliás, pensando teleologicamente no art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP, como devemos fazer, a *ratio* deste dever consiste na estatuição de uma obrigação pecuniária que possa, de algum modo, reparar o mal do crime, estando em linha com o carácter retrospectivo dos deveres em sede de suspensão executiva. Esse

⁴¹ *Inter alia*, o ac. do TRC de 6/7/2016, Proc. n.º 267/14.7PAMGR.C1, INÁCIO MONTEIRO.

“mal” do crime pode ser corporizado numa dada quantia que, tirando os casos excepcionais do art. 82.º-A não são de determinação oficiosa pelo tribunal. Não se duvida que o princípio do pedido no processo civil que adere ao penal é vigente e que, por isso, incumpridos os prazos do art. 77.º, não haverá *ex officio* atribuição de qualquer indemnização. Se assim é, então o referido art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP só pode aludir ao pedido indemnizatório civil do art. 71.º e do art. 129.º do CP. Argumentar no sentido que temos por mais correcto permite ultrapassar uma razão usada no acórdão n.º 2/2020: o dever ao nível da suspensão executiva é sempre e só destinado às penas e não aos pedidos indemnizatórios arbitrados no processo criminal. Sendo esse dever a mesma coisa num e noutro caso, *i. e.*, constituindo o art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP um meio de reforço de tutela à sanção civil, já se não pode dizer que se não esteja a dar cumprimento à natureza penal de tal dever. E, tal como no pedido cível, o entendimento que temos do aresto sob anotação respeita também a natureza retrospectiva desse pedido e daquele dever, por em ambos ser a única e a mesma coisa. Por fim — neste ponto —, haveria uma duplicação do que é fixado pelo tribunal como indemnização ao lesado se se entendesse que este dever ao nível da pena suspensa é diverso do pedido indemnizatório enxertado no processo penal. Existiria — não temos dúvidas — uma intolerável violação do princípio da proibição do *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5, da CRP), dado que o arguido seria julgado duas vezes pelos mesmos factos. Ainda que se pudesse usar o subterfúgio nominalista de que uma delas o era ao abrigo do pedido cível formulado pelo lesado e o outro como dever da pena suspensa. Seria, de facto, um puro nominalismo, porquanto a responsabilidade civil, em geral, repousando nos factos com incidência criminal, veria a sua existência duplamente tutelada pela indemnização pedida e pela arbitrada pelo tribunal como conteúdo da pena prevista no art. 50.º do CP.

2. Dotados do arcabouço conceptual e da reflexão anteriores, compreende-se que não seja já necessário dizer muito. Ainda assim, a posição contrária à que obteve vencimento no Supremo passa por sustentar uma visão para nós redutora do que seja o assistente como “colaborador” do MP, para além de se entender que, na afirmativa da

questão discutida se estaria a permitir que o processo penal fosse um lugar de vindicta privada. O cortejo do incumprimento dos fins das penas a que já aludimos é igualmente esgrimido ⁴², contrariando-se, de entre o mais, dado que sendo um sujeito processual, também encarna a função de colaborar com o adimplemento das finalidades punitivas. Ainda neste domínio, de nada adianta defender que o art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP, ao visar a “reparação do mal do crime”, como todos os deveres na pena suspensa, contende com a medida da pena e de tais assuntos está o assistente apartado. Nem se trata da medida, mas sim da espécie da pena, nem esta última é estranha às atribuições do assistente que, ao intervir, actua dotado de uma legitimidade própria que lhe permite contribuir para a escolha da pena e para todos os passos determinativos da medida da pena, dado poder fornecer indícios e provas que preencham esses mesmos passos. Continua-se com a defesa de que está em causa dotar o assistente de mais um instrumento jurídico que lhe permita uma maior facilidade em atacar o património do arguido, uma vez que ele já se encontra dotado de um título executivo (a sentença: art. 703.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Civil) resultante da condenação no pedido de indemnização civil.

3. PIRES DA GRAÇA, no seu voto de vencido, chama à colação, muito propriamente, o ac. do Tribunal Constitucional n.º 305/2001, de 27/6 ⁴³, por via do qual não se entende haver qualquer juízo de inconstitucionalidade na determinação de pena suspensa sujeita ao cumprimento de um dever, de forma alguma estando em causa o direito à iniciativa privada e à propriedade do art. 62.º da Lei Fundamental. Como se escreveu naquele aresto, é de relevo fazer intervir o “acórdão n.º 596/99 ⁴⁴, (...) que apreciou a constitucionalidade da norma

⁴² No sentido de DAMIÃO DA CUNHA, “A participação dos particulares no exercício da acção penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, IV (1998), p. 638, e de CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Assistente, recurso e espécie e medida da pena. Anotação ao ac. do TRC de 12/12/2007”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 18, I (2008), p. 160.

⁴³ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010305.html> e acedido em Abril de 2024.

⁴⁴ *Diário da República*, II Série, de 22 de Fevereiro de 2001.

constante do art. 51.º, n.º 1, al. *a*), do CP, (...) no sentido que se trata da “(...) consideração de que, em certos casos, a suspensão da execução da pena de prisão só permite realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição se ela — suspensão da execução — se associar à reparação dos danos provocados ao lesado, traduzida no pagamento (ou prestação de garantia de pagamento) da indemnização devida. Não é, por isso, inconstitucional, designadamente por violação do art. 27.º, n.º 1, da Constituição, a norma constante do art. 51.º, n.º 1, al. *a*), do CP, na parte em que permite ao juiz condicionar a suspensão da execução da pena de prisão à efectiva reparação dos danos causados ao ofendido.”.

Aliás, vai-se também verificando um fenómeno paralelo a este e que consiste na decisão legislativa, *ope legis*, de, em certos tipos legais de crime ou em relação a agentes que tenham uma certa idade (menos de 21 anos — art. 53.º, n.º 3, do CP), se aplicar uma dada modalidade da pena suspensa (cf. o art. 53.º, n.º 4, do CP, o art. 34.º-B da Lei n.º 112/2009, de 16/9, e o art. 14.º do RGIT). Também por aqui se percebe que o intérprete deve ter em conta que o legislador admitiu o uso de certa forma de suspensão como reforço da sua decisão criminal ou civil.

Também no mesmo voto de vencido, o juiz conselheiro faz-se eco da circunstância de os deveres da pena suspensa não serem objecto de contraditório nem da vontade dos sujeitos processuais. O que se esperava de diferente? Tirando a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 58.º, n.º 5, do CP), que não pode ser aplicada sem que o condenado nela consinta — por imposição constitucional de que ninguém pode ser obrigado a qualquer prestação laboral sem o seu consentimento, *rectius*, acordo, se retivermos o dito “paradigma dualista” entre nós introduzido por COSTA ANDRADE ⁴⁵ —, todas as demais, sejam principais, acessórias ou de substituição são aplicadas por via unilateral do Estado, como sempre haverá de acontecer com qualquer sanção criminal que, na prática, em maior ou menor medida, importa sempre um *quantum* de sofrimento para o

⁴⁵ *Consentimento e acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

apenado ⁴⁶. Quanto ao contraditório — e relacionado com o que vem de dizer-se —, não se alcança de que forma tal poderia suceder, ou seja, interpretamos a crítica no sentido em que o arguido e o assistente se deviam pronunciar sobre a específica pena aplicada. Se é assim, então tal já sucede em audiência de discussão e julgamento, *maxime* nas alegações orais e, antes disso, existiu toda a actividade processual destes sujeitos que procuraram enformar aquela que venha a ser a decisão final, persuadindo o julgador. Dos artigos 492.º a 498.º, em sede de execução das penas, ressalta o desejo legislativo de que o condenado possa aderir à punição e seja tida em conta a sua vontade, p. ex., na escolha da entidade beneficiária.

Não adiantará, por fim, propender para que um dos argumentos contrários ao que defendemos seja o de que, “porque os deveres ou condições de subordinação da suspensão da execução da pena de prisão são ponderados e definidos pelo tribunal”, nada pode, em termos recursórios, o assistente desacompanhado do MP. Se assim fosse, a adoptar esta posição minimalista das atribuições do assistente, então, em bom rigor, este nunca poderia impugnar uma decisão, pois ela é sempre ponderada de facto e de Direito, ou seja, tem de ser fundamentada e o julgador deve ter reflectido sobre o seu sentido, conteúdo e alcance. Uma vez mais, se bem analisamos, trata-se da ideia de que o assistente é igual a vindicta privada e não se consegue nele configurar um contribuidor para a descoberta da verdade e para o cumprimento do art. 40.º, n.º 1, do CP.

4. A matéria das penas de substituição é-nos particularmente cara ⁴⁷. Para o que aqui releva, sublinhamos o consenso que sempre existiu entre nós — ao invés de Estados como a Alemanha — de que

⁴⁶ Sobre o tema, cf. o nosso «Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», in: *Julgar*, 32 (2017), pp. 203-232.

⁴⁷ Sobre ela escrevemos a nossa dissertação de doutoramento, intitulada *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*, Porto: FDUP, 2015, da qual retirámos vários artigos entretanto publicados. De entre eles, para este tópico, “Levamos a sério as penas de substituição? Algumas propostas *de iure condendo*”, in: *Revista do Ministério Público*, 159 (2019), pp. 111-154.

estamos perante verdadeiras penas que, por isso, devem cumprir o art. 40.º, n.º 1, do CP, não se tratando de uma aplicação sancionatória em vez de outra numa feição naturalista, mas normativa. Do mesmo passo, somos críticos da lassidão que existe desde logo ao nível de certas regulamentações específicas e que fazem com que, na prática, um condenado em pena substitutiva entenda ter sido absolvido. É, destarte, *imperioso credibilizar as sanções em causa*, tornando-as *sérias, efectivas e eficazes* e não, como por vezes sói acontecer, deixar terreno fértil a que elas sejam uma forma de “des-criminalização encapotada” ou um arremedo de pena.

Neste enquadramento, *per summa capita*, se não se duvida que o assistente possa recorrer de decisão final absolutória e condenatória — aqui apenas é certo que o é se o objecto do recurso não for a espécie e a medida da pena, dado que se o for, na senda do “assento” n.º 8/99, o assistente terá de comprovar que existe um específico interesse da sua parte —, é para nós claro que o mesmo se poderá dizer quanto às específicas modalidades de cada uma das sanções substitutivas. Sem repetir os argumentos, é esta a posição mais consentânea com o modo como o assistente foi recortado pelo legislador no ordenamento jurídico-processual penal, aquela que concorre para a existência de mais sujeitos que, ao impugnarem a decisão, estão a contribuir para que melhor seja a aplicação do Direito pelo tribunal *ad quem*, bem como para as finalidades do art. 40.º, n.º 1, do CP, sendo a forma hermeneuticamente mais perfeita do complexo normativo constituído pelos artigos 69.º, n.º 2, al. c), 310.º e 401.º, n.º 1, al. b). Sucede ainda, por fim, que, ao invés do propugnado por outra linha argumentativa, não é o mesmo para o condenado e para o assistente que a opção pela pena suspensa se faça condicionada ou não ao art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP. Não havendo esse dever, o pedido de indemnização civil, apesar de título executivo, em muitos casos ficará, na prática, por cumprir, devido à falta de bens susceptíveis de penhora no património do arguido/demandado/executado. Sabendo disso mesmo — a solução final, mas que igualmente poderá nada trazer em termos de adimplemento da obrigação pecuniária, é requerer a insolvença do executado —, o assistente encara o dever em estudo como uma garantia muito mais forte. Se o pedido de indemnização cível arbitrado for incumprido, o julgador pode ainda aplicar alguma das

medidas do art. 55.º do CP ou passar logo — dependendo da gravidade — para a revogação da pena substitutiva e, com isto, após trânsito, ordenar a emissão de mandado de detenção e condução para cumprimento da pena principal já fixada. Está-se, aqui, a emprestar a tutela penal a algo que, se assim não fosse, apenas conheceria tutela civil. E não se trata de qualquer violação do princípio geral de *ultima ratio* do nosso ramo de Direito, uma vez que, se estamos perante verdadeiras penas — como começámos por sublinhar — em que, no caso, o julgador pôde optar por uma suspensão simples, com deveres, com regras de conduta ou com regime de prova, então tal significa que, por respeito às valorações em que se baseou a decisão condenatória, nada impede que se volte a colocar a questão sobre se o regime de suspensão simples foi ou não o mais adequado. Traçando o paralelo com a pena principal de prisão, é certo que o CP de 1982 — e bem — adopta um sistema de pena única e simples, razão pela qual se não levanta a questão de o assistente ser parte legítima na discussão da adopção de um deles em detrimento de outro. Mas pode fazê-lo, para nós sempre, no contendente com a medida concreta da pena. Algo de similar se diga para a multa principal e aqui até a dois níveis — o da fixação do número de dias, baseado em considerações de culpa e de prevenção (artigos 47.º, n.º 1, e 71.º, n.º 1, ambos do CP), e o do quantitativo diário, em que o assistente pode discordar da sua fixação ⁴⁸. Do mesmo modo, pode o assistente recorrer autonomamente

⁴⁸ Sobretudo pelo modo perfeitamente inadmissível de apenas se perguntarem ao arguido as suas condições sócio-económicas para as apurar, sendo raros os casos em que o tribunal promove, *sponte sua* ou a requerimento, essa mesma verificação (que não seria difícil com o acesso a várias bases de dados de que a secretaria judicial dispõe, como a Segurança Social e as Conservatórias de Registo Predial, Comercial ou Automóvel). É natural que o arguido refira quase sempre uma situação económica mais difícil do que aquela em que vive, por saber que assim pagará menos a favor do Estado. Para nós, este é um dos motivos de descredibilização das penas de multa, para além das sucessivas formas admitidas para a sua liquidação e — o que é mais grave — a possibilidade de se passar de uma delas para a outra sem respeito pelo prazo a que alude o art. 489.º, n.º 2, que se vem interpretando *contra legem*. Tudo isto com o risco de que a jurisprudência se fez já eco de que a multa passe a ser “um cómodo negócio em prestações” (*inter alia*, cf. o ac. do TRC de 15/7/2009, Proc. n.º 122/07.7 TACBR-A.C1 (BRÍZIDA MARTINS)).

quanto a uma específica forma de liquidação da sanção pecuniária principal autorizada pelo juiz e da qual discorde (pagamento fraccionado ou diferido — art. 47.º, n.º 3, do CP —, liquidação através do trabalho — art. 48.º do CP —, que não configura uma verdadeira pena de substituição — ou o recurso à via executiva — art. 491.º), à excepção do pagamento parcial (art. 49.º, n.º 2, do CP), pois aí não se divisa uma dada posição do assistente face ao objecto do litígio, visto que o condenado está a cumprir o valor da pena, ainda que de forma parcial (e muito menos haverá interesse em agir). O que já se não passará se, por via de pagamentos parciais que conduzam a um quantitativo parcelar a que o agente foi condenado, não for atingido o valor total da condenação.

Na medida em que é impossível proceder a uma “teoria geral” das penas de substituição⁴⁹, os critérios aplicativos são diversos em muitas delas, embora, para nós, o previsto no art. 50.º, n.º 1, do CP devesse, *de iure condendo*, ser aplicado a todas elas. A pena suspensa, ao admitir modalidades orientadas para um específico fim — “reparar o mal do crime”, nos deveres, contribuir para a ressocialização do condenado nas regras de conduta e adjuvar, no regime de prova, ainda numa estruturação da vida do agente que minore a reincidência, tudo isto baseado num plano individual de ressocialização —, acaba por justificar, *a fortiori*, que o recurso autónomo pelo assistente seja admitido, por serem mais as hipóteses cumpridoras do fim pretendido. O mesmo se terá de defender sempre que, em face de uma medida até 5 anos de prisão ou 240 dias de multa, se imponha ao julgador o poder-dever (cf. art. 379.º, n.º 1, al. c)) de ponderar se está ou não em condições de aplicar uma sanção substitutiva. Se, como sempre defendemos, esta última for — como deve — uma pena determinada em vez da principal e que igualmente tem de cumprir o art. 40.º, n.º 1, do CP, sendo um *equivalente normativo* da principal, e se, quanto a esta última, já vimos que é de afirmar a legitimidade recursória autónoma do assistente, então só se pode concluir no sentido de que, tendo o julgador aplicado uma dada pena de substituição, eventualmente

⁴⁹ Veja-se o nosso “Em direcção a uma “teoria geral” das penas de substituição?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2019, pp. 581-598.

com uma das modalidades prevista na Lei, nada impede o assistente de suscitar a apreciação pelo tribunal *ad quem* da sua correcta aplicação, propondo outra ou que a sanção principal seja efectiva. De novo, ao parificarmos os regimes — da pena principal e da substitutiva — ao nível da legitimidade para o recurso estamos a contribuir para o reforço da efectividade, da seriedade e da eficácia da última.

Admitir que o assistente possa impugnar, por si só, uma decisão judicial nos termos amplos para que propendemos dota o sistema de mais um sujeito processual que pode suscitar junto de um tribunal superior um aresto que padece de vícios de facto e/ou de Direito, assim contribuindo para a justiça e afirmando, na prática, que o assistente é, de facto e não apenas no papel, um verdadeiro sujeito processual. Por outro lado, permite, como no AUJ n.º 2/2020, que exista uma garantia do cumprimento das obrigações cíveis do condenado. Na verdade, é essencial garantir que o adimplemento da obrigação civil não seja letra morta, como em grande parte dos casos é, mas sim parte de uma pena de substituição — no caso, a suspensão executiva da prisão. E mesmo aí, a experiência vai-nos dizendo que em muitos tribunais existe uma insuportável lassidão quanto ao cumprimento do art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP, ao se entender que, visto o condenado não ter meios para efectuar o pagamento, a pena considera-se extinta. É este um dos casos que mais mina a confiança dos cidadãos na administração da justiça penal, pois é vulgar que, p. ex., se o prazo de suspensão for de cinco anos, só nos últimos meses comece o condenado a efectuar pagamentos de reduzido valor e dê entrada de requerimento em que vem alegar todo um conjunto de maleitas, de impossibilidades do próprio e do agregado familiar, enfim, um chorrilho de circunstâncias que configuram uma vida quase errante. E muitos tribunais, passando ou não pela aplicação do art. 55.º do CP, declaram que se o condenado não tem meios para liquidar o valor da indemnização, então nada há a fazer. Aqui está mais um dos motivos pelos quais, para nós, o que se retira do AUJ n.º 2/2020 é que o dever da al. a) do n.º 1 do art. 51.º do CP é a mesma coisa que a indemnização cível requerida nos termos do art. 71.º Só assim é que o tribunal da condenação se pode pronunciar quanto à dita indemnização e decidir quanto ao (in)cumprimento da mesma. E só assim se terminará com a verdadeira denegação de justiça existente em hipóteses concretas

como esta em que o dever do art. 51.º, n.º 1, al. *a*), do CP é “filho de um deus menor”, tal é o descuido com que muitos tribunais tratam o facto de se atingir o termo do período suspensivo e apenas nos seus últimos meses o condenado se ter preocupado com o pagamento, que efectua em quantias muito baixas. O que é surpreendente é que muitos julgadores não levem em consideração — como devem — que o agente dispôs de tempo que foi tido como razoável para proceder a essa liquidação e nada fez. Premeia-se, assim, a vontade séria de incumprir, o que urge ser mudado, sem necessidade, aqui, de ulteriores considerações. Um outro ponto: argumentam alguns com a excessiva onerosidade da indemnização, que não terá levado em conta a real situação económica do condenado. Se assim suceder, este deve recorrer da sentença ou do acórdão, ainda que somente nessa parte (art. 403.º). Se o não fez, está implicitamente a concordar com aquele *quantum* e a confirmar que dispõe de condições para o pagamento. Por fim, alguns autores⁵⁰ defendem que o assistente só devia ser admitido a recorrer quando no concreto processo tiver tido uma efectiva intervenção. Não vemos como se possa exigir tal requisito, desde logo porque ele não está legalmente previsto, para além de ser uma forma de novo paternalista de tratar o assistente, imiscuindo-se, sem legitimidade, na concreta estratégia processual daquele sujeito. Aliás, os ventos parecem depor em sentido contrário quando se admitiu — e bem — que o ofendido se constitua somente assistente para fins de recurso (al. *c*) do n.º 3 do art. 68.º, na redacção da Lei n.º 130/2015, de 4/9), dado ter-se considerado que, antes disso, as autoridades judiciais conduziram o processo a contento.

V. Síntese conclusiva

A figura do assistente como sujeito processual penal é uma das especificidades do nosso ordenamento jurídico. Do mesmo modo o

⁵⁰ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal. Comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 186.

são as suas atribuições, definidas no art. 69.º Em relação a uma delas — a de recorrer desacompanhado do MP —, quanto à espécie ou medida da pena ou quanto à decisão que não transforma o pedido de indemnização civil em dever do art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP, suscita-se aceso debate sobre a legitimidade do assistente. O “assento” n.º 8/99 veio, seminalmente, responder ao problema de uma forma que temos por insatisfatória, pois não apenas negou a legitimidade recursória ao assistente quando este pretende o “remédio jurídico” somente quanto à espécie e à medida da pena, mas, por outra banda, veio afirmá-lo sempre que aquele sujeito processual demonstre estar dotado de um interesse específico que, assim, é transformado em ónus prévio ao recurso. Do mesmo modo, esta última parte, visto ser de permissão, veio abrir uma verdadeira “caixa de Pandora”.

Nesta senda, o AUJ n.º 2/2020 veio afirmar a legitimidade do assistente recorrer nas hipóteses em que o tribunal condena o arguido em pena suspensa e também — em sede civil — no pedido de indemnização, de modo a obter tutela penal em relação ao que era já um título executivo, para o efeito requerendo que a modalidade de suspensão da execução da pena de prisão seja a do art. 51.º, n.º 1, al. a), do CP.

Pelos argumentos que expendemos e por aqueles que procuramos contrariar, é nossa convicção que a hermenêutica mais correcta quanto ao problema, tendo em conta a especificidade do assistente no conspecto de outros ordenamentos que nos são jurídico-culturalmente próximos, é aquela que confere àquele sujeito processual uma capacidade de acção mais vasta, devendo ser admitido a recorrer da decisão final em todas as hipóteses, excepto naquela em que o tribunal condenou o arguido na pena concreta mais grave, tendo em conta a moldura penal abstracta. De entre tantos outros pontos, seja-nos permitido rematar com o argumento de que o assistente não é um humilde e simples colaborador do MP, mas um colaborador qualificado, um “colaborador-mandador”, e isto, para além do mais, visto também ele (com)participar do cumprimento das finalidades do art. 40.º, n.º 1, do CP. Tal em nada significa que propendamos para uma *privatização da justiça penal* sob qualquer ângulo de análise, mas sim que interpretemos a vontade — político-criminalmente fundante e fundamentada — do legislador em fazer intervir quem, em

regra, nos autos, manifesta uma vontade contrastante com a do arguido e paralela à do MP, embora num paralelismo que encontra zonas de intersecção, podendo passar a ser oposta.

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de
Direito da Universidade do Porto*

*Investigador integrado do CIJ
— Centro de Investigação Interdisciplinar
em Justiça (FDUP)*

Índice Geral

ÍNDICE
REVISTA PORTUGUESA
DE CIÊNCIA CRIMINAL
ANO 33, N.ºS 1 A 3
JANEIRO - DEZEMBRO 2023

- 7 **De los sistemas visibles y el sistema invisible del delito**
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 1)
- 31 **O funcionamento dos mecanismos de cooperação judiciária baseados no reconhecimento mútuo como propulsor da evolução do direito e da prática da execução da pena de prisão**
INÉS HORTA PINTO (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 1)
- 53 **Princípio do nemo tenetur e deveres extrapenais de cooperação com o Estado**
ADRIANO TEIXEIRA (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 1)
- 101 **Os desafios no processo de reintegração na comunidade de indivíduos condenados por crime de natureza sexual — Uma revisão teórica**
ANA RITA CARDOSO / GILDA SANTOS (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 1)
- 141 **Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de fevereiro de 2022 — A proteção da vítima, os crimes de violência doméstica e de violação e a procedibilidade por crimes semipúblicos ou particulares, na sequência de alteração dos factos ou da qualificação jurídica posterior à acusação por crime público**
MARIANA VILAS BOAS (Jurisprudência Crítica, RPCC Ano 33 n.º 1)
- 183 **O futuro da Universidade na Europa — Uma análise a partir do ensino do processo penal em Itália**
BRUNA CAPPARELLI / PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (Vária, RPCC Ano 33 n.º 1)
-
- 221 **Legitimidade e necessidade no Direito Penal (Europeu) — Um diálogo, dois discursos**
RAQUEL CARDOSO (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 2)
- 249 **Primeiras notas sobre o tratamento involuntário na Nova Lei da Saúde Mental**
PEDRO SOARES DE ALBERGARIA (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 2)
- 269 **O *overcompliance* na prevenção do branqueamento de capitais**
PEDRO AUGUSTO AMARAL DASSAN (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 2)
- 303 **Encontra-se o assistente onerado a deduzir acusação particular contra todos os suspeitos?**
ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 2)
- 349 **Os limites à extradição para fora da União Europeia V — *Bundesrepublik Deutschland (notice rouge d'Interpol) e Generalstaatsanwaltschaft München (ne bis in idem)***
MIGUEL JOÃO COSTA (Jurisprudência Crítica, RPCC Ano 33 n.º 2)

- 373 **Relatório sobre a população reclusa em Portugal de 2022**
KARLA TAYUMI ISHIY (Vária, RPCC Ano 33 n.º 2)
- 221 **Tecnologia. Passado, presente e futuro. Inquietações de um nonagenário**
ALBERTO SILVA FRANCO (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 3)
- 241 **O direito penal entre o humano e a máquina. Sobre os limites da inteligência artificial**
FABIO ROBERTO D'AVILA (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 3)
- 261 **Pena privativa de outras liberdades (ou a violação de direitos fundamentais nas prisões portuguesas)**
MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 3)
- 289 **Perda de bens sem condenação — Fragilidades da regulação penal e processual**
HELENA MARTINS ANDRADE (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 3)
- 323 **A presunção de inocência segundo a União Europeia — Considerações sobre o *onus probandi* e o *in dubio pro reo* em processo penal, a partir da Directiva (UE) 2016/343**
ANTÓNIO MIGUEL VEIGA (Doutrina, RPCC Ano 33 n.º 3)
- 405 **Legitimidade e interesse em agir recursórios do assistente — Anotação ao acórdão do STJ n.º 2/2020, passando pelo “assento” n.º 8/99**
ANDRÉ LAMAS LEITE (Jurisprudência Crítica, RPCC Ano 33 n.º 3)



REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

Preços

Número Avulso:
20,00 € (IVA Incluído)

**Assinaturas
(3 números / ano):**

Portugal Continental
48,00 € (IVA Incluído)

Regiões Autónomas
48,00 € (IVA Incluído)

Europa
57,00 €

Outros países
67,00 €

A assinatura inclui os portes de envio da revista.

Gestão de assinaturas:

GESTLEGAL EDITORA

Av. Fernão de Magalhães,
n.º 136 – Piso 2
Edifício Azul – Salas U-T
3000-171 Coimbra

+351 239 053 838
revistas@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt/revistas

Para aquisição
de números anteriores,
por favor, envie e-mail para:
revistas@gestlegal.pt

Cupão de assinatura

Faça já a sua assinatura na loja online
(www.gestlegal.pt/revistas) ou preencha
e envie o cupão de assinatura.

Nome _____

Morada _____

Cód. Postal _____ Localidade _____

Telefone _____ Telemóvel _____

Contribuinte n.º _____

E-mail _____

Assinale a opção desejada:

- Portugal Continental48,00 € (IVA Incluído)
 Regiões Autónomas48,00 € (IVA Incluído)
 Europa..... 57,00 €
 Outros países..... 67,00 €

A assinatura inclui os portes de envio da revista.

Modo de pagamento:

- Transferência Bancária
 Pagamento por Multibanco
 Cheque n.º _____
Banco _____
à ordem de GESTLEGAL, LDA

Sim, desejo assinar a revista RPCC.

_____ (Assinatura)

Data ____ / ____ / _____

Os dados recolhidos são para exclusivo uso de gestão de assinaturas,
faturação e expedição. Pode ser solicitado a todo o tempo a sua
modificação ou eliminação.





GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt