

Revisita Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 2 | Quadrimestral | maio - agosto 2023

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 33 | N.º 2

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 Seiça, 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 Noversa Loureiro, Francisco Aguilár, 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 Zafaroni (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

Legitimidade e necessidade no Direito Penal (Europeu) — Um diálogo, dois discursos	221
<i>Raquel Cardoso</i>	
Primeiras notas sobre o tratamento involuntário na Nova Lei da Saúde Mental	249
<i>Pedro Soares de Albergaria</i>	
O <i>overcompliance</i> na prevenção do branqueamento de capitais	269
<i>Pedro Augusto Amaral Dassin</i>	
Encontra-se o assistente onerado a deduzir acusação particular contra todos os suspeitos?	303
<i>André Teixeira dos Santos</i>	

Jurisprudência Crítica

Os limites à extradição para fora da União Europeia V — <i>Bundesrepublik Deutschland (notice rouge d'Interpol) e Generalstaatsanwaltschaft München (ne bis in idem)</i>	349
<i>Miguel João Costa</i>	

Vária

Relatório sobre a população reclusa em Portugal de 2022	373
<i>Karla Tayumi Ishiy</i>	

Doutrina

Legitimidade e necessidade no Direito Penal (Europeu)

Um diálogo, dois discursos *

Raquel Cardoso

*Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada — Porto*

Introdução

A existência de um poder punitivo — estadual ¹, mas agora também na vertente de um *ius puniendi* supranacional, na União Europeia (UE) — desde cedo andou acoplada a uma específica questão: qual é a sua função? Para que serve afinal o Direito Penal?

Esta questão foi sendo, no âmbito da UE, maioritariamente evitada até que a necessidade de existência de uma política criminal se tornou por demais evidente, eventualmente espoletando uma manifestação por parte das instituições da União ². Em cada um destes documentos é possível discernir, com variáveis graus de clareza, os

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

¹ Sobre o processo de concentração do poder punitivo numa entidade soberana, KAI AMBOS, “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 12, 2003, p. 196.

² COM(2011) 573 final — Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law (20.09.2011); Council Conclusions on model provisions, guiding the Council’s criminal law deliberations, de 27 de Novembro de 2009; European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law (2010/2310(INI)).

princípios penais essenciais a que pretendem referir-se: a Comissão coloca a tónica no princípio da *ultima ratio* e, em segunda linha, da proporcionalidade; o Conselho, apesar de também sublinhar a relevância do princípio da *ultima ratio*, afirma que as condutas criminalizadas devem causar dano ou ameaçar direitos ou interesses objecto de protecção, numa clara alusão a um princípio de feição mais valorativa; e por fim o Parlamento segue essa tendência do Conselho, ainda que acentue mais marcadamente a causação de dano, seja à sociedade, indivíduo ou grupo de indivíduos ³.

Como se pode observar, há uma referência despreocupadamente indiferenciada a critérios de *legitimidade* da lei penal e de *necessidade* de existência da mesma, efectivamente sobrepondo ou assemelhando o conteúdo de ambos sem que se atente na sua especificidade. É precisamente a esta distinção que nos pretendemos dirigir neste artigo, sublinhando as diferenças que se poderão fazer sentir no Direito Penal Europeu (DPE), mais do que propriamente ao amplo problema da sua função ⁴. Para isso iremos começar por nos dirigirmos brevemente aos motivos que tornam imprescindível a definição de uma política criminal europeia (1), para depois nos concentrarmos na legitimidade (2) e na necessidade (3). Em cada um desses temas faremos referência a aspectos concretos do DPE que se possam suscitar. Terminaremos, depois de conjugar ambas as vertentes de um uso legítimo do Direito Penal (4), com algumas

³ Para uma análise mais detida destes documentos recomenda-se, ainda que não exaustivamente, SAMULI MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London: Routledge, 2013, pp. 119 a 121 e 142 e s.; JOHN VERVAELE, “Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law”, in: Francesca Galli e Anne Weyembergh (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, p. 58 e ss.; e CORNELIS DE JONG, “The European Parliament Resolution of 22 May 2012 on a EU approach to criminal law”, in: Francesca Galli e Anne Weyembergh (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, p. 37 e ss.

⁴ Questão a que, de resto, já procurámos dar resposta no estudo vertido na tese de Doutoramento: RAQUEL CARDOSO, *As Funções do Direito Penal Europeu e a Legitimidade da Criminalização. Entre o harm principle e a protecção de bens jurídicos*, Coimbra: Almedina, 2023.

conclusões sobre os mesmos aspectos no âmbito das normas penais de origem europeia.

1. A imprescindibilidade de uma política criminal

Começemos pelo básico: o sancionamento penal não é equiparável ao que decorre da aplicação de outras sanções, como sejam as de teor administrativo ou civil; e porque não o é, porque se lesa de forma muito mais acutilante os direitos fundamentais dos indivíduos, porque tem acoplado um muito maior estigma, a sua utilização necessita igualmente de uma maior justificação ⁵. Essa justificação pode depois decorrer, consoante o ambiente constitucional em causa, de princípios variados (o que não significa que não se possam também combinar alguns destes princípios): a exclusiva protecção de bens jurídicos, o *harm principle*, *ordre public*, princípio da subsidiariedade, proporcionalidade, respeito pelos direitos fundamentais — estes serão dos mais relevantes em matéria de criminalização ⁶.

No âmbito do DPE, a essencialidade de uma política criminal capaz de orientar o legislador penal em relação às suas opções também se verifica, e de um modo talvez ainda mais vincado do que ao nível nacional: devido à específica configuração da competência penal da UE, qualquer nova criminalização que se efectue não pode depois ser retirada do ordenamento europeu ou dos Estados Membros (EM) que a transpuseram ⁷. Esse é um dos motivos que militam a favor

⁵ Dirigindo-se à distinção entre sanção penal e contra-ordenação, explicitando de forma sucinta a falta de conteúdo *ético* nestas últimas, AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 40 e s. O autor apela precisamente a vários critérios, e não apenas um, para aferir da natureza contra-ordenacional de uma sanção, mencionando de modo explícito tanto a relevância social do interesse (bem jurídico), como a desnecessidade da sujeição desse comportamento a uma sanção penal.

⁶ Esta não é uma enumeração exaustiva, sendo que há outros a considerar para que uma incriminação se revele como legítima, como o princípio da legalidade, eficácia, não discriminação — para mencionar alguns dos que relevam também na esfera europeia.

⁷ Para delinear muito superficialmente o problema que se gera: à UE não foi atribuída competência para descriminalizar condutas, mas apenas para estabelecer

da existência de uma política criminal coerente na UE, mas não é o único: tanto a verificação do incremento do poder punitivo da União, como a “emergência de bens jurídicos supranacionais e [a] prática de acções deles lesivas”⁸, assim como a evolutiva cooperação penal europeia sem um “quadro penal substantivo de referência”⁹ fazem com que se mostre cada vez mais necessária a definição clara de uma política criminal europeia.

Para além destes factores, que efectivamente demonstram a necessidade de um pensamento coerente que oriente as opções penais do legislador europeu, existem ainda outras *vantagens* que adviriam do estabelecimento claro dessa política criminal. Desde logo, seria fulcral na identificação de uma atitude da UE em relação à criminalidade¹⁰, permitindo ainda o estabelecimento de uma mais clara

“regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções” (art. 83.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia — TFUE. Por outro lado, os princípios do primado e da cooperação leal impõem aos EM a transposição das Directivas e o respeito pelo Direito Europeu, o que significa que não podem depois estes retirar do seu ordenamento jurídico interno normas cuja origem se encontra na União, assim efectivamente desrespeitando os compromissos aos quais se obrigam nos Tratados. Isso leva à desconsideração, na esfera europeia, do Direito Penal enquanto *limite* ao poder estadual — criticamente em relação a essa circunstância, PEDRO CAEIRO, “The relationship between European and international criminal law (and the absent(?) third)”, *in*: Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström and Theodore Konstadinides (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 595. Sobre a perda do valor relativo da pena em que isso redundava, ainda CARLO SOTIS, “«Criminaliser sans punir». Réflexions sur le pouvoir d’incrimination (Directe et indirecte) de l’Union européenne prévu par le traité de Lisbonne”, *in*: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 4, Octobre/Décembre 2010, p. 778: o autor afirma ainda que isso resulta também na violação do princípio da legalidade (*lex parlamentaria*), por não permitir a reconsideração de opções político-criminais.

⁸ AUGUSTO SILVA DIAS, “De que Direito Penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal Comunitário”, *in*: José de Faria Costa e Marco António Marques da Silva (Coords.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 337.

⁹ AUGUSTO SILVA DIAS, “De que Direito Penal...”, p. 338.

¹⁰ HELMUT SATZGER, *International and European Criminal Law*, München: C. H. Beck, 2012, p. 64.

hierarquia valorativa, de acordo com a sanção determinada para cada incriminação; por outro lado, seria também responsável pelo aumento de confiança dos EM na União ¹¹, ao tornar mais transparente e previsível o uso do seu *ius puniendi*.

Isso levaria ainda à mais fácil resolução de alguns *problemas* que são usualmente identificados no exercício da competência penal europeia, como a natureza maioritariamente *ad hoc* dessas medidas, de carácter mais reactivo (ou seja, normalmente impulsionadas por eventos externos, tais como acontecimentos súbitos ou opiniões políticas momentâneas ¹²), que não permite por isso ter em atenção nem a coerência do ordenamento jurídico europeu nem dos vários ordenamentos dos EM. Isso pode inclusivamente fazer com que o DPE se torne inaceitável para os cidadãos, se divergir de forma considerável da escala valorativa que estes consideram defensável ¹³.

Torna-se assim por demais evidente que é necessária a definição de um conjunto de princípios capaz de fornecer essa “bússola constitucional” ¹⁴ ao legislador penal europeu, sob pena de o DPE se consolidar realmente enquanto exercício desgovernado ¹⁵ e por vezes ilegítimo de uma competência que requer precisamente uma justificação acrescida para o seu uso.

¹¹ MIREILLE HILDEBRANDT, “European criminal law and European identity”, *in*: Criminal Law and Philosophy, Vol. 1, 2007, p. 67.

¹² JOHN VERVAELE, “European criminal justice in the European and global context”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, 2019, p. 11.

¹³ GIANDOMENICO SALCUNI, *L'Europeizzazione del Diritto Penale: Problemi e Prospettive*, Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 86.

¹⁴ ESTER HERLIN-KARNELL, “European Criminal Law as an Exercise in EU ‘Experimental’ Constitutional Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 3, 2013, p. 464.

¹⁵ Referimo-nos aqui à metáfora utilizada por CHRISTOPHER HARDING e JACOB ÖBERG no seu artigo “The journey of EU criminal law on the ship of fools — what are the implications for supranational governance of EU criminal justice agencies?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 28(2), 2021, p. 192. Já sublinhando também a inexistência de uma coerência inter-institucional quanto à *necessidade e conteúdo* legítimo do DPE, JOHN VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 55.

O objectivo deste artigo é, no entanto, menos ambicioso do que a definição aturada desses princípios, o que faria, aliás, com que fossem chamados à colação outros temas da dogmática penal, constitucional e europeia que não poderiam ter lugar num exercício limitado desta natureza. Antes, o que se pretende é delimitar o *espaço de acção* de cada um dos princípios (ou conjunto de princípios) que terão necessariamente que intervir num qualquer processo de criminalização. A ênfase, como já se poderá ter inferido do que até agora foi dito, será colocada na distinção entre a legitimidade de uma criminalização e a sua necessidade: cremos, como passaremos a explicar, que qualquer processo deverá ter em consideração *ambas* as dimensões para que se possa afirmar o respeito pela função do DPE.

2. A legitimidade

De um modo mais geral, a legitimidade é algo que se reveste de uma importância eminente no Direito, e isto porque se uma determinada norma for tida por ilegítima existirá uma tendência para o seu desrespeito por parte dos sujeitos cujo comportamento pretende conformar. A legitimidade dirige-se por isso à própria formação da convicção subjectiva de que uma norma ou instituição deve ser obedecida ¹⁶. Esta característica pode, depois, ser averiguada de vários ângulos, cada um relevante por si próprio, mas que no seu conjunto determinam se uma norma deve ser considerada legítima ou não. Passemos a elencar brevemente essas dimensões.

Existem neste tema dois binómios que se revelam particularmente úteis na compreensão do conceito: a legitimidade pode ser *formal* ou *material*; e pode dirigir-se à questão do *contributo* ou à do *resultado*, o que avaliaremos também em referência ao particular cenário europeu.

A legitimidade *formal* diz respeito a questões de procedimento de emanação da lei penal. De específico na UE temos a circunstância

¹⁶ IAN HURD, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 7.

de durante muito tempo ter sido negada à União a possibilidade de emanar normas com conteúdo penal, por falta de competência para tal (de acordo com o princípio de atribuição de competências que a rege). Apesar disso, nos conhecidos casos relativos ao ambiente e à poluição por navios ¹⁷ o Tribunal de Justiça (TJ) acabou por reconhecer ao que era na altura o Pilar da Comunidade uma competência implícita para a adopção de normas penais, dentro de estritos limites. Já diferente é a situação actual: depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a legitimidade formal da lei penal europeia não mais pode ser colocada em causa; e desde que se siga o procedimento definido, é indubitável que a União possui essa competência ¹⁸. Em relação à legitimidade formal existem ainda hoje certas questões controversas ¹⁹, mas no geral podemos afirmar que foi uma dimensão que largamente beneficiou da certeza conferida pelo Tratado de Lisboa.

Algo diferente é a legitimidade *material*. Esta dimensão diz respeito ao próprio conteúdo da norma (penal), sendo por isso possível que uma norma seja formalmente legítima, se seguir correctamente todo o processo definido para a sua adopção, mas materialmente ilegítima, se o seu conteúdo representar algo de “odioso” ou “substantivamente injustificável” ²⁰. No campo do DPE esta é uma questão

¹⁷ Respectivamente, C-176/03 (*Commission v Council*); C-440/05 (*Commission v Council*).

¹⁸ É, segundo o disposto no art. 4.º, n.º 2, al. j), do TFUE, uma competência partilhada entre a UE e os EM. A competência penal em si vem depois especificada no capítulo 4 do título V do Tratado, em particular art. 82.º e 83.º, relativos, respectivamente, à natureza processual e substantiva das normas penais.

¹⁹ Por exemplo, se as bases legislativas constantes dos arts. 82.º e 83.º são as únicas capazes de habilitar a União a adoptar medidas penais, ou se existirão outras ao longo do TFUE, inclusivamente mais permissivas, que possam ser utilizadas pelo legislador europeu — como o art. 325.º, n.º 4; 86.º, n.º 2; 79.º, n.º 2; 352.º; 114.º ou 33.º Outra questão que divide a doutrina é ainda a possibilidade de adopção de Regulamentos penais de acordo com uma destas bases legislativas alternativas.

²⁰ Expressões de JAN KLABBERS, “Setting the Scene”, in: Jan Klabbbers; Anne Peters e Geir Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 39.

mais delicada e que suscita ainda muitas questões ²¹, nomeadamente pelas extensas críticas que se tecem ao DPE por ser determinado e impulsionado por uma visão mais voltada para a eficácia ²² do que para outros valores.

O segundo binómio dirige-se, por seu turno, a aferir da legitimidade da norma em diferentes momentos temporais: a legitimidade pelo *contributo* (ou *input legitimacy* ²³) diz respeito à possibilidade de participação dos interessados no processo de decisão da norma — ou seja, no nosso caso, se existe um processo verdadeiramente democrático de formação da lei penal europeia, algo que até ao Tratado de Lisboa era severamente criticado pela doutrina especializada ²⁴.

²¹ Como qual o critério pelo qual se deve aferir essa legitimidade, ou o conteúdo legítimo a adscrever às normas que tenham por base o art. 83.º, n.º 2 TFUE. Em relação à primeira questão, para além do estudo por nós efectuado (nota 4), existe agora uma proposta recente de S. S. BUISMAN, “The Future of EU Substantive Criminal Law. Towards a Uniform Set of Criminalisation Principles at the EU Level”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 30, 2022, p. 161, onde o autor propõe um processo de criminalização que se foca, nas suas diversas fases, em vários princípios penais. Uma análise mais demorada da sua proposta não é aqui possível, mas existem algumas inconsistências ao nível precisamente da justificação da legitimidade material da incriminação (p. ex., p. 169) que só seria possível ultrapassar através de uma consideração mais cuidada de todos os aspectos convocados, simultaneamente, pelo Direito Penal e pelo Direito Europeu. Defendendo, por seu turno (e respectivamente), ou o *harm principle* ou o princípio do bem jurídico como critério exclusivo de averiguação da legitimidade da lei penal europeia, os artigos de NINA PERSAK, “Principles of EU criminalisation and their varied normative strength: Harm and effectiveness”, *European Law Journal*, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12445); e JANNEMIEKE W. OUWERKERK, “Old wine in a new bottle: Shaping the foundations of EU criminal law through the concept of legal interests (Rechtsgüter)”, *European Law Journal*, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12447).

²² Exemplificativamente, CHRISTOPHER HARDING e JACOB ÖBERG, “The journey of EU...”, p. 194; ou ainda ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade — o caso do abuso de mercado”, *Católica Law Review*, vol. I, n.º 3, Novembro 2017, p. 12.

²³ JAN KLABBERS, “Setting the Scene”, p. 40.

²⁴ A questão do défice democrático na UE encontra-se hoje largamente ultrapassada, mas constituía um verdadeiro problema na anterior configuração europeia. Para além da evolução operada nos Tratados, salienta-se também a relação

Por fim, a legitimidade pelo *resultado* (ou *output legitimacy* ²⁵) visa averiguar os resultados obtidos pela legislação em causa relativamente aos objectivos que se propunha (ou que era expectável) atingir. Na UE esta é talvez a dimensão que mais atenção recebe por parte das instituições europeias, na medida em que as propostas legislativas são normalmente acompanhadas de (ou é posteriormente realizado) um estudo relativo ao impacto dessa legislação e do seu valor acrescentado ²⁶. Apesar disso, é questionável que isso permita realmente aferir da racionalidade das normas em questão.

Posta esta necessária distinção das várias facetas que a legitimidade convoca, iremos delimitar o nosso objecto de estudo: a legitimidade a que nos referiremos a partir de agora será exclusivamente a legitimidade *material*, relativa por isso à velha questão do conteúdo legítimo ou ilegítimo das normas penais e aos critérios que se poderão utilizar para aferir da mesma no âmbito de um Estado de Direito, que é precisamente o que nos irá ocupar de seguida.

2.1. A legitimidade material no Direito Penal

A problemática do conteúdo legítimo da norma penal não conhece uma resposta unívoca em todos os ordenamentos jurídicos; e como nos encontramos agora no âmbito da ordem jurídica europeia, devida nota deverá ser feita às diferentes tradições que neste espaço convivem. Para o que aqui releva, existem três grandes “famílias jurídicas” ²⁷: a tradição germânica, que utiliza o conceito de bem jurídico;

desta legitimidade pelo contributo com a possibilidade de participação dos Parlamentos nacionais no âmbito do controlo do princípio da subsidiariedade — Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia, anexo ao Tratado de Lisboa.

²⁵ JAN KLABBERS, “Setting the Scene”, p. 40.

²⁶ V. por ex. European Parliamentary Research Service, “Impact Assessment and European Added Value”, disponível em www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Impact-Assessment-European-Added-Value-presentation.pdf.

²⁷ Com JEROEN BLOMSMA e CHRISTINA PERISTERIDOU, “The way forward: A general part of European criminal law”, in: Francesca Galli e Anne Weyembergh, *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, p. 126.

a *common law*, que faz referência ao *harm principle*; e a tradição napoleónica, onde se faz menção à *ordre public*. Porque este último conceito é demasiado vago e fluido no seu conteúdo para ser utilizado enquanto limite ao *ius puniendi*, centremo-nos muito brevemente nos outros dois.

No contexto de um sistema teleológico-funcional e racional, o conceito de bem jurídico identifica-se com a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”²⁸. São, assim, interesses positivamente valorados pelo legislador penal²⁹, valoração através da qual se indica à sociedade que esses interesses são valiosos e que, portanto, se devem abster de praticar condutas que perturbem a conservação dos mesmos. Daqui resulta ainda o carácter ilícito dessas condutas, devido à explícita negação, por parte do autor, da valoração que foi assim atribuída pelo legislador a esse interesse.

Mas isso não chega para que se afirme a dignidade penal (em termos exclusivos de legitimidade material) do interesse em causa: é ainda necessário que se determine a questão da *proveniência* desse interesse. O que mais comumente se defende é um conceito de bem jurídico-penal *transcendente* em relação ao conjunto das normas penais, mas *imanente* em relação à ordenação valorativa da Constituição — ou seja, esses interesses julgados meritosos e fundamentais pelo legislador penal devem encontrar-se reflectidos na Constituição (material, e não exclusivamente formal) por forma a considerarem-se legítimos; o inverso, que *todos* os valores contidos na Constituição merecem ser defendidos pelo Direito Penal, já não é verdade. O que faz sentido: se o Direito Penal comina para certos comportamentos as sanções mais graves ao dispor do aparelho punitivo estadual,

²⁸ Acompanhando JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 3.^a Edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 130.

²⁹ KNUT AMELUNG, “El concepto «Bien Jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *in*: Roland Hefendehl (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 228.

efectivamente lesando através disso direitos fundamentais do cidadão (protegidos pela Constituição), é apropriado que os valores/interesses que se pretendem proteger tenham igual dignidade constitucional. Por outro lado, isso por si só não é suficiente para que se afirme que é necessária a intervenção do Direito Penal, porquanto existem outras considerações a ter em conta na questão da opção pela criminalização — o que será *infra* analisado.

Portanto, e apesar da crise que hoje se adscrive ao conceito de bem jurídico ³⁰, ao seu uso ou não por parte dos aplicadores do Direito ³¹, a verdade é que este parece ser o conceito mais acertado para nestes sistemas aferir da *legitimidade* de um interesse para que subjaza a uma norma criminalizadora: é, na verdade, a constatação de que aquele interesse se revela fundamental para os indivíduos dessa sociedade.

O *harm principle*, por seu lado, idealizado por Mill e depois concretizado em maior detalhe por Feinberg, centra-se na ideia da danosidade: uma criminalização só seria legítima se tivesse como fim prevenir a causação de um dano a outrem que não o autor ³². Esse dano, que se reporta a um interesse do indivíduo ³³, deveria ainda

³⁰ Exemplificativamente, a exposição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 153 ss.

³¹ Analisando alguma jurisprudência portuguesa, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 142 e 144 ss. Veja-se ainda a conhecida decisão do Tribunal Constitucional Alemão, Beschluss vom 26. Februar 2008 — 2BvR 392/07 (Inzestverbot), onde se nega por completo a utilidade do conceito de bem jurídico (com excepção do voto de vencido de Hassemer).

³² “[...] the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others” — JOHN STUART MILL, *On Liberty* (1859), Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 13. A formulação subsequente deste princípio, por Feinberg, mostra-se, contudo, mais completa.

³³ Apesar de essa ligação não ter sido esclarecida pelo pioneiro proponente do princípio, Feinberg combina uma concepção normativa de *harm* com um sentido não normativo do mesmo, esclarecendo desse modo que o dano relevante para o Direito Penal seria então aquele que correspondesse à frustração de um interesse de forma ilícita — JOEL FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1, New York: Oxford University Press, 1984, p. 36.

ser ilícitamente causado, expressando assim o específico desvalor presente nos ilícitos penais.

Apesar de também este princípio se encontrar sob fortes críticas por parte da doutrina ³⁴, apresenta a clara vantagem de colocar o *indivíduo* no centro da sua atenção, para além de, tal como a sua contraparte continental, procurar um critério para averiguar da legitimidade da lei penal.

2.2. A legitimidade material no Direito Penal Europeu

Se até aqui se falou de um modo mais geral do Direito Penal, vamos agora centrar a nossa atenção, de um modo resumido, no DPE. O ambiente constitucional em que se desenvolvem estas normas não difere diametralmente daquele existente nos EM: a União “funda-se nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem”, conforme estabelece o art. 2.º do Tratado da União Europeia (TUE). Se, por isso, a UE tem um território onde aplicar o “seu” Direito Penal ³⁵, possui igualmente uma Constituição — os Tratados — de onde retirar os interesses fundamentais que pretende proteger e tem competência (legitimidade formal) para adoptar normas criminais, não existe motivo algum que nos leve a concluir que se pode dispensar, só por ser Direito Penal Europeu, um qualquer critério de averiguação da legitimidade material das suas normas.

³⁴ Fala-se aqui não na crise do *harm principle*, mas no seu “colapso” — v. por ex. BERNARD E. HARCOURT, “The Collapse of the Harm Principle”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 90, No. 1, 1999, p. 182.

³⁵ Por força da partilha de competências e do concreto instrumento — Directivas — que pode, pelo menos de forma explícita e não questionável, utilizar para emanar normas com conteúdo penal, a UE não dispõe, de facto, de um Direito Penal próprio. O que parte da UE é a decisão penal em termos de regras mínimas relativas à definição de infracções penais e sanções, sendo que depois os EM se encontram obrigados a transpor a Directiva onde tal se encontra vertido para o seu ordenamento jurídico interno — daí a utilização das aspas para nos referirmos ao Direito Penal da União Europeia.

O que difere no âmbito da UE é, antes, a presença de algumas especificidades que não existem no quadro de um Estado: desde logo, a obrigação de respeito pelas diferentes tradições jurídicas dos EM (art. 67.º TFUE), o que implica uma abordagem necessariamente mais flexível; por outro, existem também diferentes interesses (diferentes qualidades de interesses) que determinam, por sua vez, o surgimento de outras características próprias do DPE, que passaremos a elencar.

Tanto no princípio de exclusiva protecção de bens jurídicos quanto no *harm principle* se fez alusão ao interesse que devia encontrar-se por detrás de uma qualquer criminalização. Na UE há, no entanto, interesses *próprios* — interesses existenciais da própria União —, interesses *comuns* — aqueles que são partilhados pela UE e pelos EM, que existem em ambas as esferas — e, por fim, os interesses *dos EM* (que convivem neste espaço geográfico partilhado, mas não devem sofrer interferência por parte da UE, exceptuando no que respeita aos efeitos negativos e positivos da legislação europeia no ordenamento nacional) ³⁶. Esta distinção parte da *titularidade* desses interesses, isto é, a quem pertencem naturalisticamente os interesses em causa. Coisa distinta é a *atribuição de competências* (art. 2.º, 3.º e 4.º TFUE): estas podem ser exclusivas, partilhadas ou acessórias, sem que isso consiga interferir na titularidade do interesse em causa; a *tutela* desse interesse é que pode ser confiada, em maior ou menor medida, a uma entidade que não é a sua titular.

Para além disso há diferentes necessidades de harmonização, dependendo da categoria do interesse e também da *preempção* a que já foi sujeito por parte da União: quanto menos espaço de intervenção legislativa autónoma restar aos EM, maior responsabilidade terá

³⁶ Em sentido semelhante, PEDRO CAEIRO, “Beyond Competence Issues: why and how should the EU legislate on criminal sanctions?”, Robert Kert e Andrea Lehner (Hrsg.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag*, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2018, p. 652. Sobre os diferentes interesses, que originam diferentes esferas de responsabilidade na UE, v. também PEDRO CAEIRO, “Constitution and development of the European Union’s penal jurisdiction: Responsibility, selfreference and attribution”, *European Law Journal*, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12443), p. 12 e ss.

a UE na protecção desse interesse. Relevante será então, para distinção dos interesses, uma combinação de ambos os critérios mencionados (titularidade + competência), o que se pode exprimir enquanto *alocação da responsabilidade pela protecção* do interesse ³⁷.

Estas características próprias da UE levam a que seja mais adequado verificar da legitimidade da criminalização por si proposta através da utilização alternada, consoante a categoria do interesse em causa, do princípio de protecção de bens jurídicos e do *harm principle*: para interesses próprios ou interesses comuns já sujeitos a preempção utilizar-se-iam os parâmetros definidos pelo princípio de protecção de bens jurídicos, enquanto que para interesses comuns não sujeitos a preempção seria mais adequado utilizar o *harm principle* ³⁸. Isso assegura uma maior flexibilidade onde esta é necessária, um maior respeito pela coerência dos ordenamentos envolvidos (dos EM e da UE), bem como uma mais concreta justificação quando as necessidades de harmonização legislativa revelam ser mais adstringentes; respectivamente, quando em causa estão verdadeiros interesses comuns, isso permitirá à União tomar mais em consideração a

³⁷ Explicitamente referindo a co-responsabilidade na protecção de certos interesses, PEDRO CAEIRO, “The relationship between...”, p. 587 e s.; também sobre a questão, PEDRO CAEIRO, “Beyond Competence Issues...”, p. 648 e 651 ss.; e PEDRO CAEIRO, “Constitution and development...”, p. 11.

³⁸ É impraticável, no contexto de um artigo, discorrer extensivamente acerca da justificação por esta opção, pelo que se remetem os interessados para o nosso estudo mais alargado já referido (nota 4). No entanto, deve ser mencionada uma questão relativa à legitimidade material do DPE: uma utilização *simultânea* de ambos os princípios mencionados, sentido em que vai a proposta já mencionada de Buisman (e, aliás, antes desta, no contexto do Direito Penal Internacional, de KAI AMBOS, “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, 2015, p. 320 e ss.), iria restringir de forma insuportável o uso legítimo do Direito Penal por parte da União, desde logo em relação à legítima protecção dos seus interesses próprios, por falta de existência de um “outro” — indivíduo — que sofresse o dano em causa, requisito presente no *harm principle*. Este é um dos motivos pelos quais a utilização destes princípios deve ser alternada. De resto, a proposta daquele autor não esclarece porque é que a protecção desses mesmos interesses é legítima, parecendo antes partir já da ideia que o é sem necessitar de qualquer justificação ao nível dos princípios mencionados — p. 169.

defesa do cidadão europeu em relação ao próprio Direito Penal, assim reforçando a sua dimensão constitucional de defesa dos direitos fundamentais dos seus cidadãos ³⁹.

Esta é, na verdade, a dimensão da *legitimidade* do DPE: a identificação de um interesse fundamental que se revele *digno* da defesa conferida pelo Direito Penal. Essa dignidade, aferida pelo *eco valorativo* desse interesse na Constituição (Tratados), é apenas o primeiro passo da resposta à mais vasta questão de saber se uma determinada norma criminalizadora europeia cumpre com (o que deve ser) a função do DPE ⁴⁰.

3. A necessidade

Se a legitimidade, em todas as suas dimensões, é apenas uma das vertentes da função do DPE, a outra é a *necessidade* de existência dessas normas. A necessidade assenta normalmente, em primeiro lugar, no facto de um determinado interesse se revestir de uma importância social tal que justifica a restrição aos direitos e liberdades do cidadão que representa a sanção penal; no entanto, a identificação de um bem jurídico-penal e a constatação da sua violação “não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta

³⁹ V. como exemplo a análise, através dos postulados do *harm principle*, da criminalização do ódio (crime e discurso de ódio) na Europa, em particular em relação ao sujeito cujo interesse é afectado — NINA PERSAK, “Criminalising Hate Crime and Hate Speech at EU Level: Extending the List of Eurocrimes under Article 83(1) TFEU”, *Criminal Law Forum*, Vol. 33, Issue 2, 2022, p. 111 a 113.

⁴⁰ Já salientando esta função expressiva de valores do Direito Penal, o julgamento do Tribunal Constitucional Alemão relativo ao Tratado de Lisboa, *Beschluss vom 30. Juni 2009 — 2BvE 2/08 (Lissabon Urteil)*: “By criminal law, a legal community gives itself a code of conduct that is anchored in its values, and whose violation, according to the shared convictions on law, is regarded as so grievous and unacceptable for social co-existence in the community that it requires punishment” — § 355. No parágrafo seguinte, a interligação entre bem jurídico e necessidade da sua protecção através de meios penais fica mais evidente: “whether and how it wants to defend a specific legal interest [*Rechtsgut*] whose protection it regards as essential, by means of criminal law” — § 356.

seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. A limitação da intervenção penal acabada de referir derivaria sempre, de resto, do princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade em sentido amplo*”⁴¹. Isto leva-nos, então, a considerar estes dois princípios — subsidiariedade e proporcionalidade — em contexto europeu.

3.1. O princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade em contexto especificamente europeu adquire duas vertentes. A primeira, que lhe advém do art. 5.º, n.º 3 TUE, dirige-se a regular a intervenção da União em geral no âmbito de competências que sejam partilhadas: isto é, diz este princípio que a UE só deverá intervir quando se verifique que a acção estadual não é eficaz, ou tão eficaz, quanto a acção supranacional, dirigindo-se deste modo ao *se* da intervenção europeia. No entanto, quando essa intervenção inclui matéria penal, o princípio da subsidiariedade impõe ainda que se demostre a necessidade de adopção de medidas penais europeias⁴², na sua vertente de princípio de *ultima ratio*.

Analisando este princípio isoladamente podemos facilmente concluir que, apesar de ser absolutamente essencial na opção pela criminalização, a verdade é que não possui qualquer vertente de teor valorativo, e é por esse mesmo motivo incapaz de responder à questão do legítimo *conteúdo* da norma penal. Insistindo nesta ideia, para que se consiga de forma clara destrinçar as dimensões da legitimidade e da subsidiariedade penal, atente-se nesta afirmação: “[o] princípio da subsidiariedade preserva e garante uma ampla margem de soberania penal aos Estados-membros, pois, sempre que a tutela de um certo

⁴¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 146 e s.

⁴² Numa espécie de princípio da subsidiariedade reforçado, ou em dois níveis. Sobre este princípio, JOANA AMARAL RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade. Competência Penal da União Europeia, Condições do seu Exercício e Compatibilidade com o Paradigma da Protecção Subsidiária de Bens Jurídicos*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 285 e ss.

bem jurídico seja assegurada suficiente e eficazmente pelas ordens jurídicas nacionais, mesmo relativamente a comportamentos com dimensão transfronteiriça, não devem ser criados tipos penais europeus”⁴³. Esta é, de forma mais evidente, a vertente de subsidiariedade europeia; penalmente, essas normas só deveriam ser efectivamente criadas se mais nenhuma sanção alternativa (administrativa, civil, etc.) se mostrasse adequada a proteger o bem jurídico (interesse) subjacente. Mas a subsidiariedade não é capaz de nos dizer mais do que isto. Não é, evidentemente, capaz de afirmar que *devem* encontrar-se em causa bens jurídicos; *se* estão ou não em causa bens jurídico-penais numa dada criminalização; ou mesmo *quais* os bens jurídicos que mostram ter dignidade penal. A subsidiariedade, seja qual for a vertente, não foi sequer para isso pensada. É, em termos de legitimidade material do Direito Penal, um princípio que não consegue ser suficiente, por muito que se pretenda alargar o seu conteúdo⁴⁴.

3.2. O princípio da proporcionalidade

Tal como o princípio anterior, a proporcionalidade pode adquirir um específico sentido quando em contexto europeu, nomeadamente averiguando-se da proporcionalidade em relação ao próprio

⁴³ AUGUSTO SILVA DIAS, “De que Direito Penal...”, p. 350.

⁴⁴ Sentindo a necessidade de algum critério valorativo para avaliar da legitimidade do DPE, afirmam PAUL DE HERT e IRENE WIECZOREK, “Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy. The Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, No. 03-04, 2012 “[a] reshaping of the principle of subsidiarity, which also takes into account moral and normative aspects, would be necessary”. Em sentido algo semelhante, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa: um direito penal funcionalista?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146, n.º 4004, Maio-Junho 2017, p. 332: “o direito penal europeu deve ser aferido pelo padrão de exigência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da necessidade [...] A significar, com uma força inovadora, a colocação de limites à criminalização [...]”. Mas porquê repensar o princípio da subsidiariedade ou da proporcionalidade para abarcar conteúdos que claramente não estão preparados para incluir, quando existem outros princípios capazes de conferir a almejada legitimidade material às normas penais europeias?

instrumento legislativo por que opta a UE (isto é, sendo suficiente uma Directiva para atingir os objectivos em causa, seria de considerar desproporcional a adopção de um Regulamento apenas e só para garantir a unificação das disposições legislativas ⁴⁵). Mas não é esta a dimensão que aqui nos ocupará.

A proporcionalidade (art. 5.º, n.º 4 TUE, art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — CDFUE) dita que as medidas com natureza penal devem ser *necessárias* em relação a um qualquer objectivo a atingir, e para além disso devem ser *adequadas* a atingi-lo e *proporcionais* (*stricto sensu*), tanto em relação a esse objectivo quanto à infracção em causa. Aquilo que a proporcionalidade não nos consegue esclarecer é o *objectivo* em si mesmo, a legitimidade de eleição desse objectivo a valor ou interesse a proteger através de, potencialmente, medidas penais — ou seja, se esse objectivo tem assento constitucional nos Tratados, a quem pertence o interesse em causa, se esse titular é ele próprio legítimo ao abrigo da teoria de legitimidade material que se defende; se é, enfim, um interesse com relevância social que implique a sua valoração positiva por parte do legislador penal. Todas as questões, note-se, que constituem o próprio fundamento da avaliação feita através do princípio de protecção de bens jurídicos e do *harm principle*.

3.2.1. O princípio da necessidade

Entramos aqui numa questão que se torna mais complexa: o sub-princípio da *necessidade* e a sua capacidade para aferir da legitimidade

⁴⁵ Esta é uma vertente da proporcionalidade europeia, mas não é, por ora, relevante no DPE, uma vez que a mera possibilidade de adopção de Regulamentos penais está longe de ser consensual, com doutrina de incontestável relevo opondo-se à identificação dessa competência na UE de acordo com as disposições dos Tratados hoje existentes — ver, para um tratamento da problemática em geral, PEDRO CAEIRO, “A Jurisdição Penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacional”, *in*: Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Carlos Loureiro (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 184 e s.

material da lei penal europeia, assim efectivamente (e como consequência natural) delimitando o uso legítimo da competência penal acessória da UE consagrada no art. 83.º, n.º 2 TFUE, repetidamente etiquetada de “funcional”⁴⁶ e sem limites materiais discerníveis. A necessidade é normalmente relacionada com o requisito presente nesse artigo de “indispensabilidade” das medidas penais⁴⁷; e encontra-se também explicitamente mencionada no art. 52.º, n.º 1 CDFUE, tendo sido redigido do seguinte modo: “Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições [ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta] só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”.

Analisemos mais de perto esta disposição. Pretender que o princípio da necessidade consiga responder à questão da legitimidade *material* da lei penal europeia⁴⁸ é tentar imputar-lhe um conteúdo que efectivamente não tem: um conteúdo valorativo, axiológico, de análise aos interesses que se encontram *na base* da criminalização para assim discernir se são, eles próprios, *independentemente da sua necessidade de protecção penal*, legítimos. Um exemplo muito simples consegue ser dado pelas “puras violações morais”⁴⁹: qual seria

⁴⁶ VALSAMIS MITSILEGAS, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 53. O autor distingue, nos dois números do art. 83.º, duas diferentes lógicas de criminalização: o n.º 1 seria voltado para uma competência de criminalização securitária, dado que os âmbitos criminais aí presentes representam riscos de segurança para a Europa; e o n.º 2 consubstanciaria uma competência de criminalização funcional, uma vez que se pretende através do emprego do DPE nesses casos assegurar a eficácia de outras normas de Direito Europeu.

⁴⁷ Relacionando o princípio da necessidade com a averiguação do carácter indispensável das medidas penais, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 26.

⁴⁸ Aparentemente assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 26: “É esta condição que funciona como fundamento — material — da intervenção penal em causa levada a efeito a nível da União”.

⁴⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 141 e s., criticando a jurisprudência constitucional portuguesa.

o fundamento, exclusivamente ao nível do princípio da necessidade, para se afirmar que uma pura violação moral (ex. prostituição, incesto, entre várias outras) não deveria ser sujeita a criminalização? Se se concluir que realmente um dado comportamento só consegue ser controlado com recurso ao Direito Penal, porque mais nenhuma sanção ou medida alternativa é capaz de refrear essa conduta, então o requisito da necessidade encontra-se efectivamente preenchido, ainda que o problema se encontre ao nível do interesse *em si mesmo* (ou falta dele) que se pretende proteger ⁵⁰.

Por outro lado, o próprio art. 52.º CDFUE parece não conseguir dispensar a menção a um qualquer critério valorativo: quando menciona “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União” (bens jurídicos?), ou a “protecção de direitos e liberdades de terceiros” (*harm principle?*), o que podem querer significar senão o reconhecimento de que o Direito Penal não pode ser simplesmente considerado necessário, mas sim necessário *em relação* a algo em concreto? E é este *algo*, esses objectivos em si mesmos que devem ser ponderados na questão da legitimidade, quando — justificadamente — se julgue que são colocados em causa pelas condutas que se pretendem criminalizar. Se formos rigorosos neste entendimento, realmente não temos opção senão concluir que o princípio da proporcionalidade não consegue responder de modo adequado à questão da legitimidade, mas apenas à problemática da efectiva necessidade, em termos fácticos ⁵¹, da previsão de normas penais para regulação de uma determinada conduta.

⁵⁰ Aqui é extremamente eloquente o caso do incesto julgado pelo TC Alemão (2BvR 392/07, já *supra* referido). Na verdade, o comportamento incestuoso dos irmãos nem com recurso ao Direito Penal conseguiu ser refreado, pelo que podemos afirmar sem grande incerteza que o requisito da necessidade se encontraria preenchido. Mas a questão, pelo menos em relação à legitimidade material da lei penal, não é essa: a questão é se o interesse último pelo qual se pretende criminalizar condutas incestuosas é, ele mesmo, legítimo, e se se encontra realmente colocado em causa por essas condutas, ou se se pretende, na verdade, punir apenas comportamentos contrários a uma determinada moral colectiva.

⁵¹ Será neste sentido um esforço *probatório*, aquele que deve ser exercido pelo legislador penal europeu, acerca da necessidade de emprego do Direito Penal ao nível da UE, tanto justificado pelo princípio da subsidiariedade europeu quanto

Para o problema dos limites *materiais* à utilização do art. 83.º, n.º 2 TFUE parece ser mais útil atentar, precisamente, ao interesse em causa, ao “objectivo reconhecido pela União”, se se preferir utilizar a linguagem do art. 52.º CDFUE. Será esse interesse algo em que a UE pode legitimamente interferir? Pertence-lhe a responsabilidade pela protecção desse interesse? Esse é verdadeiramente o primeiro de vários filtros que devem ser aplicados quanto à competência penal anexa europeia ⁵², incluindo, naturalmente, o da necessidade de recurso ao Direito Penal.

Já na esfera nacional se defende este duplo grau, chamemos-lhe assim, de avaliação das medidas penais, e não se vê motivo para exigir menos do DPE (bem pelo contrário!). Afirma-se na nossa jurisprudência constitucional ⁵³, em relação à decisão de optar pela criminalização de uma conduta: “[essa decisão] não pode deixar de ser reveladora de uma ponderação acertada quanto à indispensabilidade do meio para a ‘salvaguarda de outros direitos ou interesses

da subsidiariedade e proporcionalidade especificamente penais. Parece-nos que irá assim neste sentido a afirmação de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 26: “Quer isto dizer que a intervenção penal a nível europeu exige uma legitimação autónoma, isto é, implica a prova do carácter essencial — da *necessidade* — do Direito Penal Europeu”. E se a legitimação do emprego do DPE se deve fazer com recurso a todos estes princípios que acabámos de enunciar, porque todos eles demonstram ser essenciais no processo de criminalização, a legitimidade penal do interesse subjacente será toda uma outra questão. Reforçando esta interpretação, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa...”, p. 326, quando se refere à ausência, no n.º 4 do art. 325.º TFUE, do requisito da “essencialidade”: ora, um qualquer princípio de averiguação da *legitimidade* do interesse subjacente (ou da sua *dignidade*, se se preferir) não tem que se encontrar especificado em normas de atribuição de competência, decorrendo antes da evolução da doutrina penal, jurisprudência e ambiente constitucional em que se desenvolve.

⁵² Para além do interesse em causa, outros requisitos de utilização de normas penais são, de acordo com a própria norma que prevê essa competência: serem as medidas *indispensáveis* a assegurar a *eficácia* de Direito da União, numa área diferente do DPE em que já existam medidas de harmonização legislativa, para além de se estipular ainda o devido processo de adopção dessas normas penais.

⁵³ Ac. TC 377/2015 — alguns sublinhados acrescentados no início e no fim da citação.

constitucionalmente protegidos’. Esta enunciação do *primeiro padrão legitimador* da constitucionalidade das novas incriminações, assim genericamente fundada numa exigência lata de proporcionalidade, *carece no entanto de precisão* [...]”. Essa precisão aparece de seguida no mesmo Ac. ao se desdobrar a questão da constitucionalidade de uma nova criminalização em duas vertentes que devem ser avaliadas: “De acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o bem jurídico por esse novo tipo protegido se mostrar *digno* de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará o crivo da *legitimação* constitucional se o bem jurídico protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal. [...] Em qualquer caso [...] a verificação destas duas vertentes [...] deve ser *cumulativa*”.

4. O diálogo estabelecido pelos princípios

Aqui chegados, conseguimos perceber que realmente as dimensões da legitimidade e da necessidade são duas vertentes distintas a avaliar em qualquer processo de criminalização. A particularidade do DPE centra-se, na primeira, na indispensável categorização do interesse em causa, não só para que se averigüe da legitimidade do mesmo em relação aos princípios responsáveis por essa legitimidade (bem jurídico ou *harm principle*, com todos os seus respectivos pressupostos), mas também para que se determine já preliminarmente se a protecção daquele interesse se encontra atribuída à UE (e em que medida), para assim justificar a sua intervenção. Do lado da vertente da necessidade, a especificidade encontra-se no acrescido ónus de legitimação de intervenção penal por parte de uma entidade supranacional, com todas as consequências que daí advêm ⁵⁴ — deve

⁵⁴ Consequências, por exemplo, para a coerência dos ordenamentos envolvidos e para a progressiva expansão de um circuito penal no âmbito do qual não se conseguem descriminalizar condutas.

exigir-se, na verdade, algo mais do que ao legislador nacional, devendo o princípio de *ultima ratio* ser interpretado no sentido de que exige uma justificação relativamente ao motivo pelo qual outras sanções europeias não são suficientes, quando se entenda que a regulamentação existente nos EM individuais não protege o interesse (também da UE) de forma devida.

Estas duas dimensões são, deste modo, imprescindíveis, porquanto se dirigem a duas questões estruturantes da criminalização: a dignidade do interesse e a carência de pena. E não se pode substituir uma pela outra, ou sequer integrar o conteúdo de ambas num só princípio; isso desvirtuá-lo-ia, fazendo com que o seu conteúdo se tornasse de mais difícil apreensão, mais incerto, e assim também menos prestável, não tardando até que lhe apontassem uma insustentável inexactidão.

Cada uma colmata então as limitações da outra, efectivamente respondendo às duas questões que se colocam: um interesse pode ser digno, mas a sua tutela atingir-se satisfatória e eficazmente através de meios não penais; inversamente, podem existir condutas para cuja preclusão só pudesse responder o Direito Penal, mas o interesse subjacente não possuir dignidade que justifique essa intervenção. É por este motivo, essencialmente, que não se deve confundir legitimidade material e necessidade penal, nem diluir o significado de uma na esfera de intervenção da outra ⁵⁵.

⁵⁵ Devemos sublinhar e relembrar neste momento a nossa aceção do conceito de ‘legitimidade material’. Atente-se no seguinte: “é uma consideração do carácter «essencial» da intervenção penal baseada em prova relevante a partir de investigação criminológica e de dados empíricos e literatura científica que pode fazer com que aquela condição funcione realmente como limitador da utilização do Direito Penal e *se assuma como um critério legitimador materialmente definido*. Só esta abordagem baseada em prova pode fornecer o consistente lastro a um *juízo material* sobre a necessidade de uma *legítima* intervenção penal concreta” — em ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 31 (sublinhados acrescentados). Não poderíamos senão discordar desta afirmação *se* efectivamente se pretendesse dirigir à questão da legitimidade material do DPE; ou seja, ao *conteúdo* legítimo ou ilegítimo de uma incriminação, relativamente à sua dignidade penal, uma vez que o critério da necessidade não contém nenhuma dimensão valorativa. Mas não parece ser esse o sentido da citação, mas antes esclarecer que de facto um juízo material *acerca*, concretamente,

A conclusão a que inevitavelmente se chega é, assim, a de que é tão necessário ao Direito Penal Europeu quanto revela ser para o Direito Penal nacional o pensamento acerca de um critério legitimador que vá para além de meras considerações formais ou estatísticas; é necessário que se reconheça que cada princípio é, em si, essencial, e tem os seus momentos próprios de intervenção dentro de um processo de criminalização.

Serve este artigo para lembrar que a persistente defesa de uma qualquer teoria que se dirija à avaliação da legitimidade material do Direito Penal não é supérflua; não se encontra ultrapassada; não é pura teimosia dos penalistas. Consubstancia, isso sim, o único instrumento à disposição dos juristas na infundável demarcação de um Direito Penal de pendor liberal, cujo conteúdo se possa qualificar como legítimo no âmbito de um Estado de Direito democrático, pluralista e cada vez mais globalizado. A defesa dos cidadãos contra o próprio Direito Penal, contra o exercício mais evidente e gravoso do poder punitivo (estadual ou supranacional), cujo conteúdo pode ser ilegítimo, nunca deverá ser considerado algo supérfluo, ultrapassado ou inútil, mas antes um dever de quem se dedica a esta ciência.

5. Conclusões

Descreve assim Figueiredo Dias a função atribuída ao Direito Penal: “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’); ou, o que é dizer o mesmo, *de bens jurídicos cuja lesão se revele digna e necessitada de pena*”⁵⁶. Escreve ainda Feinberg: “[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in

da necessidade de pena — ou seja, um juízo fundado em elementos probatórios concretos, e não só *formalmente* elaborado com recurso a frases estereotipadas sobre a suposta eficácia do Direito Penal e, logo, da sua necessidade — é requerido para justificar a intervenção do legislador europeu. Convém, no entanto, alertar para os dois sentidos, bastante divergentes, em que é utilizada a ‘legitimidade material’ no artigo citado e neste que agora se escreve.

⁵⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 129 e 130.

preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) *and* there is no other means that is equally effective at no greater cost to other values”⁵⁷.

Pois bem, também o Direito Penal emanado (ou cuja decisão primária deriva) da União Europeia deve combinar estes dois aspectos, sendo de lhe adscrever, em concordância, uma função *similar* à que desempenha num contexto nacional. Similar, e não análoga, porque se deve ter em atenção todas as circunstâncias que militam por uma consideração diferenciada, tendo em conta o ambiente constitucional europeu e as suas exigências.

São, assim, duas as ideias essenciais que daqui se podem retirar: a primeira é que o DPE deve indubitavelmente servir a protecção de interesses fundamentais que revelem possuir uma dimensão transnacional (seja porque são interesses próprios da UE ou porque são comuns à UE e EM), o que efectivamente diminui a sua esfera de intervenção legítima. A segunda é que também o legislador europeu deve cumprir estritamente com o estipulado pelo princípio da *ultima ratio*, de acordo com a sua leitura *reforçada* no plano europeu (dupla subsidiariedade). Deve, por isso, recorrer-se ao DPE quando, cumulativamente, os interesses europeus em causa o justifiquem (sejam dignos), não existam outras sanções capazes de convenientemente os proteger, e a acção estadual se revele ineficaz, inadequada ou insuficiente.

Retirar-lhe essa primeira vertente de legitimidade material, estabelecendo não um diálogo mas um verdadeiro monólogo dominado pela *necessidade*, seria na verdade admitir que o DPE é menos do que o Direito Penal nacional; seria conceder que afinal não passa de um Direito Penal funcionalizado à eficácia de outras normas, que não olha além da vontade do legislador, não estando esta limitada por qualquer conteúdo material. Tal não seria mais do que a demissão do ensejo de ter um DPE valorativo, voltado não para a defesa de valores e interesses essenciais⁵⁸, mas antes para a obediência incontestada de normas.

⁵⁷ JOEL FEINBERG, *Harm to Others...*, p. 26.

⁵⁸ V. por ex. RUI SOARES PEREIRA, “Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal”, in: *Professor Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, Volume I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, p. 184 e s.

E não nos esqueçamos que a decisão penal europeia terá impacto em múltiplos ordenamentos jurídicos, pois ainda que subsista alguma margem de discricionariedade para o legislador nacional ⁵⁹, este não poderá alterar o teor ou recusar a transposição de uma Directiva penal cujo conteúdo considere ilegítimo. É crucial, por esse motivo, que se seja cuidadoso com a avaliação da legitimidade e da necessidade do DPE.

Terminamos esta exposição com a nossa proposta concreta para o DPE: numa primeira fase seria essencial distinguir o interesse em causa (ou o interesse prevalecente), para assim determinar qual o critério de legitimidade a aplicar (interesse próprio, comum, ou comum já sujeito a preempção); numa segunda fase analisar-se-ia(m) esse(s) interesse(s) a partir do respectivo princípio de legitimidade material (princípio de protecção de bens jurídicos ou *harm principle*); e numa terceira fase aplicar-se-iam todos os princípios também necessários à justificação da opção pelo Direito Penal (subsidiariedade, proporcionalidade, respeito pelos direitos fundamentais, etc.). Neste processo de criminalização, a legitimidade material seria então avaliada na segunda fase, enquanto a necessidade surgiria na terceira; note-se, por isso, que nenhuma nova incriminação poderia surgir sem que todos os princípios relevantes em matéria penal fossem respeitados, assegurando-se deste modo uma maior racionalidade da lei penal europeia, bem como uma limitação material (mormente ao n.º 2 do art. 83.º TFUE) que naturalmente decorreria da aplicação deste processo.

Entre legitimidade e necessidade estabelece-se sem dúvida alguma um diálogo, mas são verdadeiramente dois discursos distintos os seus: um mais axiológico, o outro mais voltado à avaliação prática da insuficiência de outros meios de controlo social. E precisamente porque se dirigem a aspectos diferenciados da criminalização, não poderia

⁵⁹ De facto, as Directivas não poderão fundamentar ou agravar a responsabilidade penal de um indivíduo — C-14/86 (*Pretore di Salò*), § 20; C-80/86 (*Kolpinghuis*), § 9 e 10 —, pelo que uma norma de interposição nacional será sempre necessária. O legislador nacional encontra-se obrigado, no entanto, a respeitar “o resultado a alcançar” (art. 288.º TFUE) estipulado pela Directiva, pelo que em termos penais isso normalmente não lhe deixa a liberdade de optar pelo sancionamento não criminal da conduta em causa.

um ser desconsiderado em favor do outro, antes devendo ser conjuntamente avaliados, independentemente do ordenamento jurídico que no momento exercer o seu *ius puniendi*. Se assim não fosse, não existiria uma tão grande preocupação na doutrina em encontrar algum critério capaz de conferir legitimidade material ao DPE ⁶⁰.

Tentar resolver o problema da legitimidade material do DPE com recurso a princípios que já se encontram aceites e consolidados na ordem jurídica europeia (*v. g.* o princípio da necessidade) é certamente meritoso e notável; no entanto, não será capaz de responder a desafios actuais que se colocam já no âmbito das incriminações de origem europeia ⁶¹, nem será no futuro capaz de refrear o hipotético conteúdo ilegítimo de mais normas penais da União. É necessário afastar “o perigo de uma legitimação da intervenção penal puramente

⁶⁰ Exemplificativamente, de modo eloquente: “Criminal policy must be principle-based, combining the tests of necessity (*ultima ratio*), subsidiarity and proportionality and general principles of criminal law. But that is only part of the story. Criminal policy is of course also about *policy*, meaning that political choices must be made about the interests that deserve and need criminal law protection.”. — JOHN VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon...*, p. 53. Para mencionar apenas alguns outros autores que sublinham este problema: CHRISTOS MYLONPOULOS, “Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon — Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 123, Heft 3, 2011, p. 648; em solo português, JOANA AMARAL RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 345 e ss. quanto ao conteúdo do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos não ser sobreponível àquele do princípio da proporcionalidade.

⁶¹ Por ex. no que respeita ao contrabando de migrantes (*migrant smuggling*), um pacote legislativo extremamente criticado pela doutrina especializada cujo conteúdo legislativo nacional a que pode dar origem não se considera sempre legítimo. Mesmo o TJUE já procurou mitigar as consequências mais gravosas dessa legislação, nomeadamente para a questão da criminalização do próprio migrante, com recurso a outros instrumentos legislativos da União: *v. o caso C-61/11 PPU (El Dridi)*. Referindo também este caso, realça ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa...”, p. 330, e bem, como temos vindo a defender, que se trata de uma valoração da norma penal “à luz da limitação de direitos fundamentais que encerra perante o *interesse* ou *valor* que visa proteger. [...] trata-se, agora, de uma autêntica ponderação político-criminal, que pode conferir, ou não, *legitimidade* à intervenção penal para assegurar a realização desse interesse ou valor” (sublinhados acrescentados).

funcional e não material”⁶² no DPE; mas para isso é imprescindível a introdução, no pensamento penal europeu, de outros princípios que estejam especificamente dirigidos para a questão da legitimidade, para que assim se consiga responder ao problema na sua *totalidade*.

Esses princípios, como já referimos, só podem ser o de protecção de bens jurídicos e o *harm principle* — e não se lhes impute um carácter de inutilidade que não possuem; a questão que procuram resolver é centenária e não irá desaparecer enquanto não se prescindir do próprio Direito Penal. Bem pelo contrário, a sua propensão para avaliar os valores que se devem considerar legitimamente subsumíveis à protecção da mais grave demonstração de poder de uma entidade política mostra ser capaz de evoluir com a sociedade e de se adaptar aos novos desafios que inevitavelmente vão surgindo.

Na União Europeia, uma comunidade pluralista de diálogo entre tantos EM e entre estes e a própria UE, não se deve procurar estabelecer um monólogo de princípios no “seu” (ainda algo) incipiente Direito Penal. Antes, estabeleça-se também aqui uma interacção dialógica, propícia ao travejamento de limites à actividade legiferante que naturalmente advém da combinação desses vários princípios.

⁶² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 21, nota 55. Com mais desenvolvimento, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa...”, p. 322.

Primeiras notas sobre o tratamento involuntário na Nova Lei da Saúde Mental *

Pedro Soares de Albergaria

Juiz desembargador

Presidente do Tribunal da Comarca Açores

I.

1. Proponho-me abordar a Lei n.º 35/2023, de 21.7 ¹, que entrou em vigor no dia 20.8.2023 (art. 55.º), e, com isto, expressamente revogou a Lei n.º 36/98, de 24.7 ² (art. 54.º/a), focando-me, e apenas nos seus traços porventura mais relevantes, no novo regime de tratamento involuntário, nomeadamente naqueles em que a NLSM inovou. Este último vocábulo, uso-o aqui com cautela: as inovações que adiante referirei não implicam ruptura com regime pretérito; antes significam um caminhar na mesma direcção, um aprofundar das orientações de política de saúde mental cujas sementes foram lançadas e longamente feitas germinar pela LSM/98, diploma, de resto, adiantado ao seu tempo. Ou dito outro modo, é precipitado pensar que por a NLSM romper *formalmente* com a LSM/98, na medida em que pura e simplesmente a revogou, implique ela uma verdadeira “reforma” dos fundamentos e objectivos da política de saúde mental, dos direitos e deveres da pessoa com necessidade de cuidados de saúde mental e, enfim, para o que aqui mais nos importa,

* O texto corresponde, no essencial, à intervenção preparada para o evento “A Nova Lei de Saúde Mental — Uma visão interdisciplinar e de Direito Comparado”, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ Nova Lei de Saúde Mental (= NLSM). Menção a preceitos sem outra indicação, entender-se-á como referida à NLSM.

² Lei de Saúde Mental de 1998 (= LSM/98).

do quadro regulamentar das restrições dos direitos dessas pessoas e das respectivas garantias. Tal como noutro local sublinhei ³, mantém-se o *modelo* assumido na LSM/98, com as suas dimensões de *intervenção comunitária*, de vincado *respeito pela autodeterminação* do paciente nos cuidados de saúde, de *decisão mista, médico-judicial*, de tratamento involuntário e, enfim, de consagração de um *processo de feição equitativa* nos termos do qual aquele tratamento pode ou não ser determinado ⁴. Em termos enxutos, tratou-se de variações dentro do mesmo modelo, de “revisão” dos aspectos jurídico-políticos da saúde mental e, para o que aqui nos ocupa, do “tratamento involuntário”, sendo nesse pressuposto que se devem ler as inovações que a seguir se observarão mais de perto, as quais serão apresentadas em tópicos.

II.

2. Primeira, e porventura praticamente mais relevante, novidade aportada pela NLSM é a reconfiguração dos modos de compulsividade, e sobretudo de relação entre eles, mediante os quais se pode sujeitar uma pessoa a tratamento psiquiátrico. Enquanto na pretérita LSM/98 o tratamento ambulatorio compulsivo só podia ser determinado no âmbito de um internamento compulsivo previamente ditado ⁵, na NLSM o tratamento involuntário em ambulatorio pode ser determinado “à cabeça”. Ou dito de outro jeito: enquanto no âmbito da LSM/98 o tratamento (compulsivo) em regime ambulatorio não tinha autonomia em relação ao internamento compulsivo, pressupondo-o, com a NLSM internamento e tratamento ambulatorios são duas espécies do mesmo género que operam em recíproca autonomia. É isto o que logo se extrai da definição de “tratamento

³ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “A nova Lei de Saúde Mental na Proposta de Lei 24/XV/1.^a: ruptura ou evolução?”, *Julgar Online*, Junho de 2023.

⁴ Por vezes, essa continuidade é assumida, no texto da lei, em termos particularmente expressivos, como sucede com a redação da al. c) do art. 5.º, nos termos da qual é objetivo da política de saúde mental “*concluir a transição* para a prestação de cuidados de saúde na comunidade (...)” (itálico adicionado).

⁵ Arts. 8.º/3 e 33.º LSM/98.

involuntário”, “chapéu” semântico sob o qual se inscrevem as modalidades de *ambulatorio* e de *internamento*, irmanadas naquele conceito legal por serem *decretadas ou confirmadas por autoridade judicial* (art. 2.º**b**). E aqui uma primeira advertência em jeito de parêntese, que nem por ser mais ou menos óbvia deverá ser dispensada: é evidente que, do ponto de vista *fáctico*, pode suceder que tratamento ou internamento sejam impostos por autoridade outra que não um juiz. Mas, tratar-se-á, nesse caso, de decisão ou acto manifestamente *ilícito*, passível de reclamar as responsabilidades (civis, penais e disciplinares) previstas no art. 46.º e o remédio (*habeas corpus*) precavido no art. 45.º. O sentido da definição constante do art. 2.º**b** é, assim, o de contrapor o tratamento involuntário ao tratamento voluntário, que é o que *não requer, para ser lícito*, a intervenção de autoridade judicial — nunca o sentido de insinuar que pode haver *lícito* tratamento involuntário que *não* seja decretado ou confirmado por juiz.

2.1. Todavia, a afirmação de que a NLSM colocou o ambulatorio e o internamento (involuntários) em relação de recíproca autonomia deve ser entendida com a limitação, relevante, decorrente da seguinte injunção normativa: o internamento só pode ter lugar onde ambulatorio se mostrar inadequado ou insuficiente para garantia do tratamento medicamente prescrito (arts. 4.º/1**b** e 15.º/3). Indo um pouco mais longe na destriça do actual regime relativamente ao que resultava da LSM/98, aquela relação de subsidiariedade resolve-se numa *subsidiariedade de segundo grau* do tratamento (involuntário) em internamento: deste em relação ao tratamento involuntário ambulatorio e deste em relação ao tratamento voluntário. Uma relação que não se podia afirmar, em todas as suas implicações, na LSM/98, precisamente porque o tratamento (compulsivo) em ambulatorio pressupunha a determinação prévia do internamento compulsivo.

Trata-se de um passo adiante na lógica de *desinstitucionalização* e *reintegração* que inere ao modelo de intervenção comunitária, decorrente de uma evolutivamente renovada visão do modo de interacção do Estado com o cidadão portador de doença mental, que se liga, pressupondo-o, a um dos outros mandamentos daquele modelo, que é o da efectiva *descentralização* da prestação de cuidados de saúde

mental. Com efeito, a actualização prática de uma solução que, diante da necessidade de impor tratamento, dá inequívoca preferência à modalidade ambulatoria, só é possível mediante a mobilização de relevantes recursos humanos multidisciplinares que, naturalmente, demandam avultados caudais de recursos financeiros ⁶. Esse “estar próximo” e esse “agir local” que é condição de efectivação prática da solução gizada será assegurado pelas chamadas “equipas comunitárias de saúde mental”, que são as entidades cuja criação em quantidade suficiente para cobertura, e cobertura *equitativa* (art. 4.º/1/elf), do território nacional é condição *sine qua non* do sucesso da opção legislativa em matéria de tratamento involuntário ⁷. Não é exagerado afirmar que o sucesso da NLSM se joga, essencialmente, aqui.

3. Segunda alteração de relevo da NLSM resolve-se na eliminação do, assim chamado, *internamento tutelar* previsto no art. 12.º/2 da pretérita LSM/98, de acordo com o qual podia ser internado o “portador de anomalia psíquica grave que não possu[ísse] o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deterior[asse] de forma acentuada o seu estado”. De acordo com a NLSM o tratamento involuntário requer a verificação daquela falta de discernimento quando, sobre ela, aliada à verificação de doença mental e à recusa de tratamento, se verificar perigo para bens jurídicos da própria pessoa que padece da enfermidade (art. 15.º/1/c).

Esta sensível alteração prende-se com uma opção de fundo, que é a que assenta em que a *carência de cuidados de saúde mental*, sendo

⁶ Estão inscritos no Plano de Recuperação e Resiliência cerca de 88 milhões de euros de investimento público para afectação à política de saúde mental.

⁷ As equipas comunitárias de saúde mental inserem-se nos serviços locais de saúde mental, estando previstas no art. 15.º/3 e 18.º do DL 113/2021, de 14.12, que “estabelece os princípios gerais e regras da organização e funcionamento dos serviços de saúde mental”. Cada uma dessas equipas assegura cuidados a uma população de 50 000 a 100 000 habitantes, sendo que até 2025 serão criadas, por imposição legal, 40 dessas equipas, o que corresponde a uma abrangência populacional de 2 a 4 milhões de habitantes. Depois daquela data o número de equipas a criar será fixado por despacho dos ministros das finanças e da saúde (art. 18.º/1/7, DL cit.).

condição necessária do tratamento involuntário não é, todavia, sua condição suficiente. Todo o tratamento involuntário requer, para se legitimar, a emergência de um *perigo* para bens jurídicos, mas com a seguinte distinção, que é a que agora o legislador quis vincar. Quando o perigo se projectar sobre bens jurídicos de *terceiros*, a intervenção do Estado está legitimada na precisa medida em que é função estadual (básica) a protecção desses bens — em razão do que, compreensivelmente, a falta de discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento não é, aqui, condição necessária (e menos suficiente) do tratamento involuntário. Mas já quando o mencionado perigo se projectar apenas sobre bens jurídicos do *próprio*, a intervenção estadual mediante tratamento involuntário não se legitima sem o apuramento daquela falta de discernimento, assim erigida em condição necessária dele ⁸. Esta opção, de que o art. 15.º/1/c dá basta nota, resolve-se em que a intervenção do Estado sobre a esfera do indivíduo serve, precisamente, para *reposição* da autonomia dele ⁹. Reposta esta, e tal como se ela nunca tivesse sido afectada, cessa a legitimidade da intervenção — ainda que ele crie perigo para bens jurídicos *seus*.

4. A meu ver, as duas alterações que acabei de referir são as que, em sede de condicionantes da heterodeterminação terapêutica regulada nos arts. 14.º ss., se mostram prenes de sentido e consequências, por assim dizer, substantivas ¹⁰. No que se refere a outras, como a substituição do conceito de “anomalia psíquica” (art. 12.º LSM/98) pelo de “doença mental” (art. 2.º/a e 15.º/1/a) e a disjunção do predicado da “gravidade” da doença e da exigência de “relevância” dos bens

⁸ Cf., MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER, “Proposta de Lei n.º 24/XV/1.ª. Discussão na especialidade. Contributo”, e HELENA MORÃO/ANTÓNIO BRITO NEVES, “Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 24/XV/1.ª (aprova a Lei de Saúde Mental e altera legislação conexa), ambos *in*: www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=141788, p. 8 s.

⁹ Cf., JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, Nova Iorque/Oxford: Oxford Univ. Press, 1986, p. 15.

¹⁰ Ainda que, como já se referiu, a actualização efectiva, prática, da preferência pelo ambulatorio em detrimento do internamento *dependa*, em larguíssima medida, dos meios materiais e humanos postos ao serviço dela (cf. n. 7).

jurídicos relativamente à enunciação dos pressupostos do tratamento involuntário descritos no n.º 1 do art. 15.º, em contrário do que sucedia na lei pretérita (art. 12.º/1 LSM/98), ou, enfim, a expressa referência à finalidade terapêutica do tratamento involuntário (art. 14.º e 15.º/1/d), resolvem-se menos na alteração do anterior *status quo* do que na reorganização (ou no sublinhar precaucionário de alguns) dos condicionalismos do tratamento involuntário.

4.1. Com efeito, impõe-se realçar a preocupação do legislador no sentido de tornar aparente o que na LSM/98 já era considerado latente, que é a que se denota no expreso assinalar de que o tratamento involuntário só é admissível lá onde for dirigido por uma *finalidade terapêutica*. Esta preocupação começa-se a notar logo no próprio *vocabulo* (“tratamento”) que aglutina ambas as modalidades impositivas (ambulatório e internamento) legalmente relevantes (art. 2.º/b), evidencia-se, depois, na norma que enuncia especificamente a *finalidade* do tratamento involuntário (art. 14.º), e, enfim, no erigir de uma tal finalidade em verdadeiro *pressuposto* do tratamento involuntário (art. 15.º/1/d).

Esse explicitar de uma evidência, traduz forte compromisso no afastar qualquer tentação, bem-intencionada que seja, de instrumentalizar o tratamento involuntário para fins de puro controlo (mormente incoizizador) da marginalidade. Um aspecto que será particularmente relevante diante de certos fenómenos aditivos, como precisamente aqueles que hoje atingem com particular virulência as regiões autónomas. Não que a NLSM (como de resto já a LSM/98) e o tratamento involuntário não possam ter aqui uma palavra, nomeadamente em face de surtos psicóticos associados a tais dependências. O que não pode é ir além disto e ser obliquada para fins outros e para uma luta que terá de ser travada com políticas outras, nomeadamente de corte social e, claro, também no âmbito da saúde pública.

A mencionada vinculação teleológica do tratamento involuntário corta cerce, inverificando-se, a própria *admissibilidade* de restrição ou privação da liberdade por via de qualquer das modalidades de “tratamento”. Verificada a finalidade terapêutica, cabe perguntar — e inverificada essa finalidade nem cabe perguntar — sobre a proporcionalidade, *latu sensu*, do tratamento involuntário. Tosando ainda mais as palavras, não há em

caso algum “tratamento” (involuntário) respeitador do preceito da proporcionalidade à margem de uma finalidade terapêutica. A finalidade terapêutica não obedece à lógica de balanceamento inerente ao juízo de proporcionalidade sobre o qual dispõem as várias alíneas do n.º 2 do art. 15, antes este pressupõe aquela. Estou mesmo em crer que alguns dos problemas que se suscitam no plano da elegibilidade de certas perturbações (*v. g.*, da personalidade) no âmbito do conceito amplo de “doença mental” constante dos arts. 2.º/a e 15.º/1/a, só se resolverão, ou poder-se-ão resolver, no limite, à luz da finalidade terapêutica (*rectior*: da falta dela) do tratamento involuntário.

4.2. Tema que gerou acesa discussão no âmbito dos trabalhos conducentes à NLSM, em especial entre psiquiatras, foi o da substituição do conceito de “anomalia psíquica” pelo de “doença mental”. Creio, todavia, que o tema foi sobrevalorizado. Logo à partida, dificilmente se compreende a crítica de que o conceito de doença mental previsto no art. 2.º/a é porventura demasiado vago e abrangente ¹¹, quando a LSM/98 nem definia o que fosse “anomalia psíquica”, deixando a densificação dessa definição inteiramente à ciência médica e ao labor jurisprudencial. E nem mesmo cremos ser atendível a objecção de que aquela (pressuposta) excessiva amplitude devia ter implicado a manutenção do qualificativo “grave” imediatamente associado à “doença mental”, como antes, na LSM/98, se verificava a respeito da “anomalia psíquica” ¹².

Desde logo, não é inteiramente procedente a afirmação de que a definição de doença mental não contenha qualquer nota de “gravidade”. Como se alcança do mencionado art. 2.º/a, a “perturbação” (quer dizer, o “transtorno”, a “desordem”, enfim, digamos assim, com cuidados, a fuga à “normalidade” a respeito do funcionamento) das esferas cognitiva, emocional ou comportamental em que se resolve a “doença mental” terá, para enquadrar o conceito relevante para tratamento involuntário, de ser “significativa”, portanto “relevante”,

¹¹ P. ex., FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS — “Parecer”, p. 6, no lugar referido na n. 8.

¹² Entre outros, HENRIQUE PRATA RIBEIRO — “Parecer”, p. 2 s.; GUSTAVO JESUS — “Parecer”, p. 3; CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO — “Parecer”, p. 9 ss., todos no lugar referido na n. 8.

“considerável”, “importante”, enfim, “séria”¹³. Depois, na al. *c*) do n.º 2 do art. 15.º dispõe-se, literalmente, que o tratamento involuntário só pode ter lugar se for proporcionado à “gravidade” da doença.

Daqui, mas também, por exemplo, da dissociação da menção à “relevância” dos bens jurídicos postos em perigo relativamente aos pressupostos do tratamento involuntário, enunciados no n.º 1 do art. 15.º, resulta que o que o legislador terá pretendido foi efectuar um esforço no sentido de (re)organização lógica daqueles “pressupostos e princípios gerais” que regem o tratamento involuntário, tal como discriminados nos n.os 1 e 2 daquele preceito, em termos de melhor alinhamento deles com o modelo misto, médico judicial, de decisão em matéria de tratamento involuntário (arts. 20.º/4 e 23.º/2/*b*) e com a regra que subtrai à livre apreciação do juiz o juízo técnico-científico inerente à avaliação clínico-psiquiátrica (art. 20.º/6)¹⁴. Breve, terá ensaiado o legislador delimitar de jeito mais nítido a matéria pertinente às batatas, por um lado, e a matéria pertinente às becas, por outro.

Assim, a “perturbação significativa” das esferas cognitiva, emocional ou comportamental será sempre, atentemos, uma “perturbação [*clínicamente*] significativa”, como tal entregue ao juízo médico e, simetricamente, subtraída ao juízo do juiz; mas o que não está subtraído a este, e antes é sua tarefa nuclear, é verificar como pesa na balança da proporcionalidade a detectada “doença mental” (que pressupõe já a verificação da mencionada perturbação clinicamente significativa) diante da restrição da liberdade inerente a um tratamento imposto. Do mesmo modo, apurando o médico que da doença mental verificada tipicamente dimanam, do ponto de vista clínico, certos perigos para bens jurídicos pessoais ou patrimoniais, não está o juiz desonerado, antes estando obrigado, no juízo de proporcionalidade a que se refere a al. *c*) do n.º 2 do art. 15.º, a ponderar se os bens concretamente em causa têm “relevância” bastante, e se o perigo para eles é suficientemente intenso, para “contrapesarem” suficientemente na

¹³ Além de, claro, ter de enquadrar os critérios da Classificação Internacional de Doenças da OMS — cf. art. 2.º/*a*.

¹⁴ MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER (n. 8), p. 4 e s.

referida restrição da liberdade individual da pessoa carecida de cuidados de saúde mental. Entre, imaginemos, a relativa inofensividade do compulsivo *voyeur* das dunas e a alta danosidade do, igualmente compulsivo, incendiário, medeia, logo se vê, um longo caminho.

Enfim, se no juízo complexo que sustenta um tratamento involuntário, com as suas dimensões clínico-empíricas, por um lado, e normativas, por outro, haverá sempre inelimináveis zonas cinzentas, creio ser louvável, e compreensível, o esforço efectuado no sentido de esbatê-las, torná-las mais acessíveis a uma racionalidade analítica.

4.3. Para fechar as considerações relativamente aos condicionalismos do tratamento involuntário, e em especial quanto ao pressuposto do *perigo para bens jurídicos* que acabei de referir, importa sublinhar que o legislador parece ter querido, expressamente, sancionar a possibilidade de tratamento involuntário sustentado em perigos sensivelmente remotos, como julgo resultar da previsão de que aquele tratamento justificar-se-á, não apenas para “eliminar”, mas também para “prevenir” perigo para bens pessoais ou patrimoniais (arts. 15.º/1/b/c/2/b e 20.º/4). Como do ponto de vista da “potencialidade de perigos” praticamente tudo é possível, o manejo clínico e judicial daquela previsão normativa terá de ser especialmente cauteloso sob pena de se cair naquilo em que, precisamente, uma lei de saúde mental civilizada não pode cair: a associação imediata, “por natureza”, de perigo à doença mental. Aqui o papel do juiz, como juiz das liberdades, será fundamental, no aferir se o perigo clinicamente associado a certa e diagnosticada doença mental se mostra, *face às circunstâncias do caso*, suficientemente relevante para justificar uma restrição ou privação da liberdade com vista a tratamento, impondo-se, dentro de certos limites, uma lógica de “vasos comunicantes” no exercício de ponderação inerente ao princípio de proporcionalidade, tal como regulado no art. 15.º/2/b/c; em termos (e p. ex.) que a concretude do perigo seja tão mais evidenciada quanto menos relevantes os bens jurídicos pessoais e patrimoniais, mediante actualização dele, possam ser atingidos — e vice-versa.

5. Pela primeira vez, e creio ser este aspecto de suma importância, veio o legislador regular o uso de *medidas coercivas* no âmbito da prestação de cuidados de saúde mental. Fá-lo nos arts. 8.º/1/a e 11.º,

sujeitando o uso dessas medidas, nas quais se inclui o isolamento e os meios de contenção físicos ou químicos, à estrita observância dos *princípios da proporcionalidade* (n.º 1 e 2), da *reserva médica* e da *especificidade* (n.º 3) e, enfim, da *documentação* ¹⁵ (n.º 4). Este regime não é específico do tratamento involuntário, antes valendo para qualquer contexto de prestação de cuidados de saúde mental. Todavia, creio especialmente pertinente sublinhá-lo, precisamente, no plano do tratamento involuntário, uma vez que ele *coloca em crise* qualquer tentativa de ver numa decisão que o determine, em particular sob a forma de internamento, *título suficiente* para o uso de medidas coercivas — uma visão que, salvo erro, talvez não se mostre, ainda, aqui e ali, felizmente de modo cada vez mais rarefeito, plenamente postergada, pois tem por si o lastro *histórico-cultural* que fez das instituições psiquiátricas exemplo prototípico das chamadas “instituições totais” ¹⁶.

Precisamente a este respeito, em 2018 o Tribunal Constitucional Federal alemão veio declarar que a autorização de uso de meios de contenção de cinco e de sete pontos constitui uma privação da liberdade e a determinação do respectivo uso não se pode ter como incluída, quer dizer, como inerentemente incluída, numa decisão de internamento em hospital psiquiátrico ¹⁷. Pois bem, com a NLSM fica clara a solução de continuidade entre o tratamento involuntário e o uso de medidas coercivas, não apenas por estas reclamarem um juízo médico *ad*

¹⁵ É patente a ênfase posta pelo legislador no dever de *documentação* de actos especialmente significativos a respeito da intrusão na esfera de liberdades da pessoa carecida de cuidados de saúde mental, que se surpreende não apenas a respeito das *medidas coercivas* (art. 11.º/4), mas igualmente do uso de certos meios terapêuticos como a *electroconvulsivoterapia* e a *estimulação magnética transcraniana* (art. 12.º/2). Naturalmente esse dever prende-se com a necessidade de controlo *a posteriori* dessas medidas, cujo uso indevido não exclui o chamar à colação das responsabilidades previstas no art. 46.º, norma de conteúdo redundante e que só se compreende pelo seu valor de “advertência”.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia — O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 376.

¹⁷ Decisão de 24.7.2018, *in*: www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2018/07/rs20180724_2bvr030915en.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

hoc, que não flui imediatamente da condição compulsiva do tratamento, sendo este o sentido de o recurso às mesmas dever ser “específico”, mas igualmente a respeito de uma certa deslocação do ponto de equilíbrio que condiciona a sua justificação: não já para prevenir perigo para bens pessoais ou patrimoniais, como na decisão de tratamento involuntário (art. 15.º/1/c), mas, mais restritivamente, para prevenir ofensa grave e iminente ao corpo ou à saúde da pessoa carecida dos cuidados de saúde mental ou de terceiro (art. 11.º/1).

III.

6. Não quero fechar estas minhas notas, sem uma ou outra menção ao processo de tratamento involuntário, não crendo que se justifique uma abordagem sistematizada dele, desde logo porque o mesmo se mantém, nos seus traços estruturais, fiel ao figurino que a LSM/98 premeditou para o internamento compulsivo. Quero, assim, deixar uma fragmentária referência ao acrescido dever de fundamentação da decisão de tratamento involuntário, às condições de conversão do tratamento involuntário em internamento em tratamento involuntário em ambulatório, ao regime diferenciado do tribunal competente para determinação do tratamento, ao aparente alargamento dos legitimados a recorrer das decisões em matéria de tratamento involuntário, à supressão da menção à natureza secreta do processo de tratamento involuntário e, enfim, consignar uma observação final sobre a questão da voluntariedade do tratamento visando menor de idade.

6.1. Um ponto caro à NLSM, densificando exigências constitucionais dimanantes do art. 205.º/1 CRP, é o do *reforço dever de fundamentação* da heterodeterminação terapêutica em que se resolve a decisão de tratamento involuntário (arts. 23.º e 33.º/3), da decisão de revisão dela (art. 25.º/6) e, especialmente, por comparação com o articulado da LSM/98 (art. 26.º), da decisão de confirmação judicial no âmbito de internamento de urgência (art. 32.º). Especificam-se agora de modo mais claro e taxativo os requisitos que tais decisões têm de observar para se poderem considerar como suficientemente fundamentadas. E, sobre isto, comina-se o drástico vício da nulidade para a

inobservância de tal dever (arts. 23.º/2, 25.º/6, 32.º/3 e 33.º/3). Na realidade, uma tal exigência e uma tal cominação, diante das repercussões daquelas decisões na esfera jusfundamental do visado e da remissão do art. 9.º LSM/98 para o Código de Processo Penal (nomeadamente para o seu art. 379.º, devidamente adaptado), já era a que se impunha no regime pretérito, como pressuposto da efectivação do direito do visado a ver a decisão apreciada por um tribunal superior.

Todavia, verdadeiramente relevante em matéria de fundamentação é o muito enfático esforço que, nesse sentido, é pedido (*rectior*: exigido) aos serviços de saúde mental no âmbito da necessária avaliação clínico-psiquiátrica. Enquanto a LSM/98 era silente a respeito dos requisitos daquela avaliação (cf. art. 17.º LSM/98), a NLSM vem exigir, a mais do juízo técnico-científico inerente à avaliação, (e isto parece-me verdadeiramente essencial) a descrição *dos factos* que, para prevenir ou esconjurar os perigos referidos na al. c) do n.º 1 do art. 15.º, fundamentam a recusa do tratamento, a necessidade de tratamento involuntário e a insuficiência do tratamento involuntário em ambulatório (art. 20.º/4). Esta última exigência espelha a subsidiariedade do tratamento involuntário em internamento relativamente ao tratamento involuntário em ambulatório (art. 15.º/3) e exige um sensível esforço por banda dos clínicos — esforço sensível não apenas por se tratar de afirmar um *juízo de sentido “negativo”* (“insuficiência” do tratamento involuntário em ambulatório”); mas ainda na medida em que ele terá de assentar em *factos*.

Uma tal alteração deve ser incondicionalmente aplaudida diante de certa prática clínico-psiquiátrica ainda muito fechada em fórmulas puramente conclusivas ou tabelares, enfim, em um modo de agir praticamente insidicável. Prática que não seria sem mais de censurar não se desse o caso de o conteúdo da avaliação clínico-psiquiátrica integrar, necessariamente, neste contexto, a decisão judicial de tratamento involuntário (*modelo misto, médico-judicial, de decisão*) com as suas drásticas consequências na esfera de liberdade de terceiros. Só observando escrupulosamente os requisitos constantes do n.º 4 do art. 20.º a avaliação clínico-psiquiátrica se abre, numa primeira linha, ao escrutínio do juiz, na parte em que não se refira ao inerente juízo técnico-científico (art. 20.º/6), e, depois, integrando a decisão, às pessoas com legitimidade para impugná-la, em especial aquela cujo

tratamento involuntário foi determinado (art. 35.º). O incumprimento, por banda dos serviços de saúde mental, do dever de completa fundamentação da avaliação clínico-psiquiátrica, nos termos exigidos pelo art. 20.º/4, impossibilitará o juiz de tomar uma decisão de tratamento involuntário, já que aquela é pressuposto desta.

6.2. Também a respeito dos condicionalismos de substituição do tratamento involuntário em internamento pelo tratamento involuntário em ambulatório o diploma de 2023 terá introduzido uma, subtil ainda, alteração. Se bem nos recordamos, nos termos da LSM/98 a substituição do “internamento compulsivo” pelo tratamento em regime ambulatório (compulsivo) expressamente pressupunha a *aceitação*, pelo internado, das condições apostas àquela última forma de intervenção, retomando-se o internamento sempre que o “portador de anomalia psíquica” deixasse de cumprir aquelas condições (art. 33.º/2/4 LSM/98).

Na redacção da “correspondente” norma da NLSM deixa-se de fazer qualquer menção à “aceitação” das condições estabelecidas para o tratamento involuntário em regime ambulatório, apenas se prescrevendo que, incumpridas as mesmas, se retoma o internamento (art. 27.º/3). Com isto, e se bem vejo, terá pretendido o legislador pôr termo à contradição entre a exigência da aceitação das condições apostas ao regime ambulatório e a natureza compulsiva (ou, agora, “involuntária”) deste, contradição esta que, de resto, tornava obscura a distinção entre tratamento (ambulatório) voluntário e tratamento ambulatório (dito) compulsivo ¹⁸.

Dizer isto, claro está, não é o mesmo que propugnar que as condições das quais é feita depender a falada substituição são estranhas à pessoa em tratamento involuntário. É “especial” direito desta o de “participar, na medida da sua capacidade, na elaboração e execução do respetivo plano de cuidados e ser ativamente envolvida nas decisões sobre o desenvolvimento do processo terapêutico” (art. 8.º/4/c). Do que se trata, apenas, é de a *vontade* dela não ser condição *sine*

¹⁸ Desenvolvendo pertinentemente o aspecto tratado no texto, BEATRIZ GONÇALVES, “*Quo vadis*, tratamento compulsivo? Notas críticas à Lei de Saúde Mental”, 2018, p. 66 ss., *in*: https://run.unl.pt/bitstream/10362/56404/1/Gon%c3%a7alves_2019.pdf.

qua non da conversão do tratamento involuntário em internamento em tratamento involuntário em ambulatorio.

6.3. Outra novidade aportada pela NLSM é a que respeita à partilha de competência dos juízos criminais (ou genéricos, onde aqueles não estejam instalados) e os tribunais de execução de penas. Sempre que o requerido esteja na condição de preso ou internado preventivo, ou em cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade, o tribunal de execução de penas ¹⁹ será o competente — é o que decorre do art. 34.º/1/b e também do art. 138.º/4/bb, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade ²⁰ e do art. 114.º/3/y da Lei da Organização do Sistema Judiciário ²¹, ambos na redacção da Lei n.º 35/2023 ^{22 23}.

Tais normas de atribuição de competência não têm, de modo algum, o sentido de expressar qualquer modificação da execução

¹⁹ = TEP

²⁰ = CEPMPPL (L 115/2009, de 12.10)

²¹ = LOSJ (L 62/2013, de 26.8)

²² Anota-se a diferença de redacção entre o art. 34.º/1/b e os citados arts. 138.º/4/bb CEPMPPL e 114.º/3/y LOSJ, já que estes dois últimos se referem apenas à competência para a decisão sobre o tratamento involuntário do “condenado” com necessidade de cuidados de saúde mental (cf., MANUEL RAMOS DA FONSECA, “Reenquadramento de competências do tribunal de execução de penas à luz da nova Lei de Saúde Mental, *Doença Mental: da imputabilidade à ressocialização*, Lisboa: CEJ/STJ, p. 142, in: www.stj.pt/wp-content/uploads/2023/11/eb_dmental2023.pdf). Apesar de pouco rigorosa a previsão, não creio que diante da formulação constante dos arts. 138.º/4/bb CEPMPPL e 114.º/3/y LOSJ (“sem prejuízo de outras disposições legais”) se deva questionar a competência do TEP para decidir sobre o tratamento involuntário de pessoas reclusas por mor de medida de coacção.

²³ A atribuição de competência aos TEPs ou aos juízos locais criminais (ou ainda aos juízos locais genéricos) conforme a pessoa em tratamento esteja ou não privada da liberdade em razão de medida de coacção ou de reacção penal coloca a questão de a competência dos últimos cessar, assumindo-a os primeiros, no caso de pessoa em tratamento involuntário ser, entretanto, privada da liberdade por força das medidas de coacção ou de reacção penal (naturalmente, o contrário também pode suceder). Na ausência de norma específica dispondo sobre o ponto, creio que será de aplicar, *com as devidas adaptações*, a regra contida no n.º 1 do art. 33.º CPP (*ex vi* do, art. 37.º), com remessa do processo de tratamento involuntário em curso ao tribunal (que passa a ser) competente.

da medida de coação ou reacção criminal, em curso em regime de privação da liberdade no sistema prisional. Trata-se apenas de sinalizar que o recluso só pode ser tratado involuntariamente no estritos termos, e com os limites, precavidos na NLSM ²⁴, também sendo esse o sentido dos arts. 7.º/2 e 8.º/2 e do nóvel art. 128.º/6 CEPMPL, igualmente introduzido pela Lei n.º 35/2023,, de acordo com o qual “[a]o inimputável e ao imputável internando em estabelecimento destinado a inimputáveis é aplicável o disposto na Lei de Saúde Mental relativamente aos *direitos* das pessoas com necessidades de cuidados de saúde mental” ²⁵. Há aqui, novamente, uma lógica (e uma advertência) análoga àquela que atrás referi a respeito das medidas coercivas ²⁶: a condição de privado da liberdade não é título para actuações que não observem, em todas as suas implicações, na relação com a pessoa naquelas condições carecida de cuidados de saúde mental, e nomeadamente, o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade, que perpassa toda a NLSM ²⁷.

6.4. Aspecto que talvez ainda venha passando mais ou menos despercebido é o do sensível alargamento do círculo dos legitimados a impugnar as decisões em matéria de tratamento involuntário. Alargamento esse que se deduz de uma subtil diferença de redacção do art. 35.º/2/c relativamente ao pretérito art. 32.º/2 LSM/98: enquanto nessa norma se dispunha que “[te]m legitimidade para recorrer (...) *quem requerer* o internamento nos termos do art. 13.º, n.º 1, e o Ministério Público” ²⁸, naquele primeiro preceito prescreve-se que

²⁴ MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER (n. 8), p. 5 e s.

²⁵ Itálico adicionado.

²⁶ II-5

²⁷ De boa mente se reconhecerá, todavia, a sensível distância em termos garantísticos que, em meio prisional, é criada entre a tutela da pessoa involuntariamente sujeita a cuidados de saúde mental e a pessoa involuntariamente sujeita a outros cuidados de saúde, incluindo médico-cirúrgicos, distância que se expressa na densa panóplia de garantias consignadas na NLSM, por um lado, e as garantias bem mais atenuadas decorrentes do art. 35.º CEPMPL, por outro.

²⁸ Itálico adicionado.

tem legitimidade para recorrer “[*q*]uem tiver legitimidade para requerer o [tratamento]”²⁹ involuntário nos termos do art. 16.º”. Ao tomar como critério da legitimidade para recorrer não a prévia e efectiva condição de sujeito do processo, mas apenas a possibilidade abstracta, legalmente prevista, de assumir essa condição, ainda que não actualizada no processo, a NLSM expande de modo sensível o perímetro de legitimados a recorrer, como que colocando a generalidade dos sujeitos (abstractamente) legitimados a promover o processo de tratamento involuntário em pé de igualdade com o MP — garante da legalidade e a quem, por decorrência, deve ser assegurada ampla legitimidade (e reconhecido amplo interesse em agir). De resto, a não autonomização do MP na al. c) do n.º 2 do art. 35.º, em contrário do que sucedia no “correspondente” n.º 2 do art. 32.º LSM/98, concorre no sentido aparente do preceito. Se a solução é porventura aceitável em certos casos, como o do representante legal do menor e do acompanhante de maior, já se me afigura excessiva a respeito daquelas pessoas ou entidades que guardam com a pessoa carecida de cuidados de saúde mental uma relação mais longínqua, como aquelas com (mera) legitimidade para requerer o acompanhamento de maior; ou nula, como as autoridades de saúde.

6.5. Todos terão certamente observado que a NLSM (art. 36.º) suprimiu a menção à natureza secreta do processo de tratamento involuntário, que figurava no art. 36.º da LSM/98. Não pode ser que a eliminação dessa menção tenha o sentido de tornar “público” o processo de tratamento involuntário, algo que seria absolutamente incompatível com os interesses que nele se jogam e com a natureza sensível dos dados que nele se contém. O articulado da NLSM sinaliza isso mesmo, na medida em que o legislador teve a necessidade de clarificar que a “pessoa de confiança”, que não é necessária no (e nem específica do)³⁰ processo de tratamento involuntário, e que não

²⁹ Itálico adicionado; interpolado igualmente adicionado, pois a lei, por manifesto lapso, refere-se a “internamento”.

³⁰ A sua indicação é facultativa e não se cinge ao processo de tratamento involuntário, antes podendo ser indicada por qualquer pessoa com “necessidades de saúde mental” (art. 9.º/4).

é, digamos assim, dele “sujeito”, pode, todavia, aceder ao mesmo (art. 9.º/6) ³¹.

Segundo já se escreveu, com a alteração ter-se-á visado, apenas, obstar a que se negue o acesso aos autos por parte do visado no processo de tratamento involuntário ou de quem nele o apoie ou represente ³². Não tenho notícia, de que um tal proceder, quer dizer o negar o acesso aos autos de internamento compulsivo por banda de pessoas que representassem a pessoa carecida de cuidados de saúde mental, e mais ainda o negar tal acesso por parte da última, ocorresse no pretérito regime constante do art. 36.º da LSM/98. Não obstante a cortante menção à natureza “secreta” do processo de internamento compulsivo, já então cria se impor o entendimento daquela secretude como essencialmente virada “para fora” ³³, dificilmente se podendo opô-la, como se deve continuar a entender, não apenas ao visado e a quem o represente ou apoie, mas igualmente a outra pessoa ou entidade que tenha legitimidade para requerer a revisão da decisão de tratamento involuntário ou para recorrer dela. Neste aspecto creio que, na prática, a alteração terá pouco significado, mas a manutenção da redacção anterior teria a vantagem de afirmar claramente um princípio orientador, depois sujeito à optimização que é própria dos princípios.

6.6. Uma última nota refere-se à circunstância de, sem que sejam apreensíveis as razões, certa e importante disposição constante da Proposta de Lei ³⁴ 24/XV/1.^a, que deu origem à Lei n.º 35/2023, não ter transitado para a última. Na verdade, a al. b) do art. 2.º da

³¹ A pessoa de confiança tem mera função de “apoio” da pessoa com “necessidades de saúde mental” no exercício dos seus direitos (arts. 2.º/c e 9.º/4), sendo que no âmbito do processo de tratamento involuntário não tem legitimidade própria nem para requerer a revisão da decisão judicial e nem para recorrer dela, podendo fazê-lo apenas “conjuntamente” com a pessoa em tratamento involuntário (art. 25.º/3/b e 35.º/2/a).

³² MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER (n. 8), p. 13; ainda, MARIA JOÃO ANTUNES, “A nova Lei da Saúde Mental”, *Doença Mental: da imputabilidade à ressocialização*, Lisboa: CEJ/STJ, p. 133, disponível na ligação *supra*, n. 22.

³³ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *A Lei da Saúde Mental Anotada*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

³⁴ = PP

mencionada PP, à imagem do que sucedia com a LSM/98 (al. *b*) do respectivo art. 7.º), continha uma definição de “tratamento voluntário” como “o tratamento aceite pelo próprio, ainda que o consentimento seja expresso sob a forma de diretiva antecipada de vontade, pelo procurador de cuidados de saúde ou *pelo representante legal de menor de 16 anos, sem oposição deste*”³⁵. Por relação com a citada al. *b*) do art. 7.º da LSM/98, aquela norma da PP aumentava o limite da idade abaixo da qual o tratamento (incluindo em regime de internamento), por resolução do representante legal, era considerado “voluntário” (de 14 para 16 anos de idade), mas condicionando “essa voluntariedade” à não “oposição” do menor — quer dizer, remetendo para uma recusa, expressa ou implícita, mas em todo caso conclusiva, do menor (não bastaria, digamos assim, a pura e inconclusiva passividade do menor relativamente ao tratamento para se concluir pela “oposição” dele).

Certo é que, não obstante (e como se disse) não ter a referida norma constante da PP transitado para a o texto legal, o art. 9.º/3 NLSM dispõe que “[n]o exercício dos seus direitos, o maior de 16 anos sem capacidade para consentir é representado por quem exerça as responsabilidades parentais, a tutela ou pela pessoa a quem tenha sido confiado”, sendo que a respeito da legitimidade para requerer o tratamento involuntário radica ela, sem mais, no “representante legal do menor” (art. 16.º/1/a NLSM). Se bem vejo, da conjugação desses preceitos resulta que o maior de 16 anos com capacidade para consentir pode aceitar o tratamento, independentemente do concurso da vontade do representante legal; e que para todos os menores, incluindo maiores de 16 anos sem capacidade de consentir, a necessidade de lançar mão do processo de tratamento involuntário está contingente, nos termos gerais (art. 15.º/1/b NLSM), da “recusa” do tratamento — notando-se que esta é pressuposto do tratamento involuntário *mesmo para aqueles que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento* (art. 15.º/1/b/c/ii), pelo que não cabe extrair de presumida incapacidade para avaliar o sentido e alcance do consentimento de menor de 16 anos a

³⁵ Itálico adicionado.

irrelevância da recusa, para, sobre ela, ter como “voluntário” o tratamento aceite/solicitado pelo representante legal.

Esta solução parece incorrer no excesso de, diante de recusa (“oposição”), ter como não voluntário o tratamento de qualquer menor independentemente da respectiva idade (ao menos à luz da NLSM, isoladamente considerada). Excesso que é, todavia, preferível ao defeito de solução que propugnasse que, apesar de recusa, fosse tido como “voluntário” o internamento de menor, independentemente da sua idade, desde que aceite pelo representante legal — solução que, no mínimo, suscitaria óbvias reservas de proporcionalidade no respeito pela autonomia, quer dizer pelos diferentes graus dela em razão da idade da pessoa a que a mesma se refere. Breve, talvez tivesse sido mais avisado manter nos 14 anos a idade abaixo da qual seria considerado “voluntário” o tratamento de menor aceite ou solicitado pelo representante legal. Mas, nisto, limito-me a expressar dúvida.

O *overcompliance* na prevenção do branqueamento de capitais

Pedro Augusto Amaral Dassan

Advogado

*Doutorando em Ciências
Jurídico-Criminais na Faculdade
de Direito da Universidade
de Coimbra*

1. Introdução

Transcorridos mais de três décadas desde que influentes sociólogos introduziram análises e diagnósticos acerca das transformações sociais modernas ¹, em especial no pós-Segunda Guerra Mundial, o que se verifica a nível global, hoje, excede a materialização dos modelos sociológicos por eles perfilados no final do século XX ². Com efeito, no primeiro quartil do século XXI eclodiu uma sociedade que experimenta transformações ainda mais sensíveis em velocidades jamais vivenciadas, em seus mais variados setores. A evolução tecnológica e a globalização, identificadas como catalisadoras da nova dinâmica social, atingem continuamente novos patamares em progressão geométrica, a dificultar previsões sobre seus rumos, mesmo a médio prazo.

¹ Dentre eles, destacam-se os conceitos da sociedade pós-industrial de Alain Tournaine, da sociedade de risco de Ulrich Beck, modernidade reflexiva e os mecanismos de desenganço de Anthony Giddens, a hipermodernidade de Gilles Lipovetsky, modernidade líquida de Zygmunt Bauman.

² Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Controlar e punir — o direito penal em mudança?”, *Revista FIDES* 8, n.º 2, 2017, p. 158-62, www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/324.

A globalização, aliada ao elevado desenvolvimento tecnológico, viabilizou a livre circulação transnacional do capital financeiro e relegou a economia real para um papel coadjuvante, secundário, em face da economia virtual e especulativa, que acelerou a expansão do capitalismo e de um mercado de elevada competitividade, com grandes empresas multinacionais que passaram a deter enorme influência política³. Esse cenário consolidou um ambiente de alta complexidade financeira, em que condutas antieconômicas e mesmo ilícitas são potencializadas⁴.

Eis o primeiro problema: a ordem jurídica tradicional opera no âmbito de uma jurisdição local, estatal, ao passo que o mercado e as operações financeiras não mais se limitam a fluxos regionais, cujos atores estão cada vez mais descentralizados e espalhados em todo o mundo⁵. Para além disso, esse novo modelo macrofinanceiro estruturou-se globalmente a uma velocidade que, de uma maneira geral, a ordem jurídica não acompanhou, deparando-se a sociedade com um cenário de desregulação das novas relações econômicas e políticas, que amplificou desigualdades, assimetria e enfraquecimento dos Estados⁶.

Dessa forma, o próprio funcionamento das empresas e dos Estados, e em especial sua interação, passa a engendrar uma nova dinâmica, em que estes aumentam a regulação e fiscalização do setor privado que, por sua vez, busca atender às sucessivas exigências do Estado regulador. Nessa nova conjuntura, o Estado amplia o papel das agências reguladoras⁷, cada vez mais técnicas e compostas por

³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 31.

⁴ Neste sentido, CARLOS PÉREZ DEL VALLE, “Introducción al Derecho Penal Económico”, in: *Curso de derecho penal económico*, org. Enrique BACIGALUPO, 2.^a ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 22; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Controlar e punir — o direito penal em mudança?” e *Direito penal económico*.

⁵ PETER KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, Oxford University Press, 2015, p. 6 e s.

⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 3 e s.

⁷ Embora a preocupação em controlar de forma eficaz o comportamento das empresas não seja propriamente algo novo. Neste sentido, ADÁN NIETO MARTÍN,

especialistas, com um maior poder regulatório, característico do Estado Regulatório (*Regulatory State*) que, conforme explica Silva Sánchez, se fundamenta justamente na delegação do poder de instituições centrais do Estado a agências regulatórias independentes, integradas por especialistas, que passam a decidir sobre «o que» e «como» sancionar ⁸.

Essa nova dinâmica regulatória encontra sua expressão máxima no sistema preventivo do branqueamento de capitais, em uma convergência de forças internacionais, transnacionais e nacionais para prevenir o fluxo de capitais de origem ilícita e, assim, declaradamente garantir a integridade do sistema financeiro global.

A operacionalização dessa estratégia é viabilizada pelos programas de *compliance*, que passam a ser cada vez mais uma exigência pelas regulações e legislações de todo o mundo, mesmo à míngua de estudos mais aprofundados acerca de sua efetividade para os fins tidos em vista e de análises de custo-benefício.

Busca-se, neste estudo, compreender o fenômeno de *overcompliance* na estratégia de prevenção do branqueamento de capitais, a partir da análise da conjuntura hiper-regulatória do sistema financeiro e aumento da pressão no sentido da adoção de programas de *compliance* efetivos por parte das entidades reguladas, de maneira a permitir compreender melhor as suas causas e efeitos, para além das várias dimensões de que se reveste.

2. A construção do novo contexto regulatório financeiro global

O chamado *Estado Regulatório* começa a ganhar contornos a partir do *New Deal*, nos Estados Unidos da América, como instrumento para trazer segurança às novas ameaças de grandes crises econômicas,

“Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, n.º 5, 2008, p. 1-18.

⁸ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 02, 2015, www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/293084.

no contexto da grande depressão de 1929⁹. Desde então, ganha, frequentemente, novos contornos e novos impulsos, sobretudo após a crise do *subprime* de 2008, que potencializou ainda mais a regulação do setor financeiro¹⁰.

É, entretanto, a partir dos anos 1990 que começa a consolidar-se um novo contexto regulatório, que se intensifica até o presente, assente primordialmente na ideia de submeter o setor privado a regulação e controlo de sua atividade, o que permitiu o desenvolvimento de um novo paradigma colaborativo de “parceria público-privada”, em uma combinação de autorregulação (*self-regulation*)¹¹ e regulação estatal¹², consolidando o sistema dominante da denominada *autorregulação regulada* e a difusão global de um *capitalismo regulatório*¹³.

⁹ REUEL SCHILLER, “The historical origins of American regulatory exceptionalism”, in: *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process*, org. Francesca Bignami E David Zaring, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 63-66.

¹⁰ No contexto europeu, o Estado Regulatório encontra suas origens na década de 1970, a partir de processos de privatizações e o desmantelamento das barreiras à entrada em mercados anteriormente protegidos, com vieses distintos dos Estados Unidos da América, fundamentada mais no “Estado Social”, ausência de empresas gigantes e um modelo diferente de financiamento empresarial. Hoje, a União Europeia é o regulador mais influente do mundo, em que estabelece padrões e influências regulatórias globalmente, no já conhecido fenômeno denominado “efeito Bruxelas”. ADÁN NIETO MARTÍN, “Responsabilidad social...”; R. DANIEL KELEMEN, “Regulation in the European Union”, in: *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process*, org. Francesca Bignami e David Zaring, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 73-75.

¹¹ Para uma análise mais aprofundada acerca da natureza regulatória da autorregulação, que foge do escopo deste artigo, recomenda-se: J. BLACK, “Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World”, *Current Legal Problems* 54, n.º 1, 2001, pp. 103-146.

¹² CHRISTOPHER HARDING e ALISON CRONIN, *Bad Business Practice: Criminal Law, Regulation and the Reconfiguration of the Business Model*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, p. 178.

¹³ Conceito que encontra origens em DAVID LEVI-FAUR, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 598, n.º 1, 2005, p. 12-32; JOHN BRAITHWAITE, *Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2008.

Essa estratégia de controlo foi desenvolvida inicialmente por John Braithwaite, que encontrou nela uma alternativa viável à regulação direta estatal, face à ineficiência dos Estados na regulação e fiscalização dos ambientes complexos corporativos ¹⁴. Esse sistema caracteriza-se pela intervenção da administração pública na elaboração das normas de autorregulação, seja numa perspetiva *ex ante*, na definição de princípios e conceitos gerais a serem seguidos, seja na perspetiva *ex post*, na verificação da efetividade da autorregulação estabelecida ¹⁵.

A partir disso, diversos modelos se desenvolvem, nomeadamente de “*co-regulation*”, “*responsive regulation*”, “*delegated self-regulation*”, “*devolved self-regulation*”, “*meta regulation*”, entre outros. Todos fundamentados no mesmo princípio estratégico de cooperação entre o Estado e o setor privado na construção regulatória ¹⁶.

O que se verifica, após anos de progressão deste modelo em todo o globo, e como já alertou Adán Nieto ¹⁷, é que se trata de uma nova forma de controlo social ainda mais sofisticada pelo Estado, que passa a garantir de maneira ainda mais eficaz sua presença, destinado a obter maior domínio sobre as pessoas que integram em uma organização. E esse modelo vem sofrendo processos de complexificação.

Nesse contexto, o *compliance* assume um papel determinante e mostra-se como um instrumento fundamental, tanto para o desenvolvimento e aplicação da autorregulação regulada, quanto para o emprego de mecanismos de controlo e punição ¹⁸, a possibilitar, não apenas a retomada do controlo sobre a atividade económica, como também a função socializadora da atividade empresarial ¹⁹.

Há, assim, uma indissociável imbricação entre as novas estratégias de autorregulação regulada e os programas de cumprimento, que se

¹⁴ JOHN BRAITHWAITE, “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, 80, 1982, p. 1467.

¹⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 86.

¹⁶ CHRISTOPHER HARDING e ALISON CRONIN, *cit.*, p. 179; RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 87.

¹⁷ ADÁN NIETO MARTÍN, “Responsabilidad social...”, p. 4.

¹⁸ CHRISTOPHER HARDING e ALISON CRONIN, *cit.*, p. 180 e s.

¹⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, pp. 97 e 100.

alimentam mutuamente ao longo dos anos²⁰. Com efeito, hoje as empresas têm de estar atentas à legislação anticorrupção, antitruste, de prevenção de branqueamento de capitais, de proteção do consumidor, contra fraudes empresariais, tributárias, trabalhistas, ambientais, além da regulação emitida por agências reguladoras, regras de governança, *soft law* geral e regras auxiliares²¹, na sua maioria (ou mesmo na sua totalidade) editadas sob o viés do novo sistema regulatório cooperativo e, ainda, com exigências de programas internos de cumprimento. Esta onda normativa regulatória está na origem de uma nova dimensão moderna de direito sancionador, calcada na dialética entre reguladores e regulados, que encontra nos programas de *compliance* o seu fundamento.

Com a consolidação destes programas e deste paradigma regulatório moderno, verifica-se o fortalecimento do movimento chamado de “metarregulação”²². Embora não haja um consenso acerca de sua conceituação, trata-se, de maneira geral, de uma estratégia em que o regulador cria regras gerais e objetivos norteadores para as entidades reguladas formularem, implementarem, controlarem e aperfeiçoarem os programas de *compliance*. O regulador passa a intervir apenas na certificação de que o programa se mostra adequado em abstrato e, posteriormente, verifica e supervisiona se a entidade seguiu os programas por ele criados²³.

²⁰ Aponta-se a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977, como a primeira legislação que estabeleceu um sistema de responsabilidade penal baseada na necessidade de a própria empresa prevenir e detetar fatos ilícitos por meios de programas de *Compliance*. Neste sentido, cfr. ADÁN NIETO MARTÍN, “La corrupción en el comercio internacional (o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, 12, 2003; KURER, *Legal and compliance risk*, p. 187.

²¹ KURER, *Legal and compliance risk*, pp. 74-82 e 97-99.

²² COLIN SCOTT, “Regulating everything: from mega — to meta-regulation”, *Administration*, 60, 2012; NEIL GUNNINGHAM, “Enforcement and Compliance Strategies”, in: *The Oxford Handbook of Regulation*, org. Robert Baldwin *et al.*, Oxford University Press, 2010, p. 119-45; CARY COGLIANESE e EVAN MENDELSON, “Meta-Regulation and Self-Regulation”, in: *The Oxford Handbook of Regulation*, *cit.*, p. 145-68.

²³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance inteligente e prevenção e luta contra o branqueamento”, in: *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2022, p. 217.

Muito embora esses modelos regulatórios responsivos e de cooperação se tenham mostrado mais adequados à realidade moderna, sobretudo diante da complexidade do meio (riscos modernos, desenvolvimento tecnológico e esbatimento das fronteiras, que ganham contornos ainda mais sensíveis no que diz respeito ao sistema financeiro), existem problemas que merecem e devem ser ponderados e que fazem emergir os primeiros delineamentos do contexto que propicia o fenômeno do *overcompliance*.

Com efeito, essa complexidade do meio resultou em uma complexidade das normas regulatórias, que exigem um esforço técnico de alta performance por parte das empresas para cumprir o que se exige. Há, ainda, o pluralismo normativo que decorre da multiplicidade de fontes — algumas conflituosas entre si —, como as leis de diferentes Estados, normas de diferentes agências reguladoras, normas internacionais, *soft law*, etc. Além disso, há uma tendência na edição de legislações estatais com previsão de alargamento do alcance da própria jurisdição, capaz de abarcar pessoas coletivas que sequer possuem filiais no país em causa, tendo como maior exemplo a FCPA, nos EUA, além da UK Bribery Act 2010 e a Loi Sapin II, em França ²⁴.

Assim, este Estado regulatório (ou, se se preferir, o capitalismo regulatório), que experimentou um aumento exponencial da regulação — sobretudo no que concerne ao sistema financeiro, após a crise global de 2008 —, implica que as empresas enfrentem a demanda de diversos reguladores e definam que normas devem ser priorizadas no cotidiano de sua atuação ²⁵.

Este cenário de hiper-regulação ganha contornos ainda mais complexos, em razão de demandar maiores esforços hermenêuticos, tendo em vista que as normas regulatórias são compostas maioritariamente por princípios gerais que visam objetivos e resultados genéricos.

²⁴ STEFANO MANACORDA, “The ‘dilemma’ of criminal compliance for multinational enterprises in a fragmented legal world”, in: *Corporate Compliance on a Global Scale*, org. Stefano Manacorda e Francesco Centonze, Cham: Springer International Publishing, 2022, p. 80 e s.

²⁵ FIONA HAINES, “Facing the compliance challenge: hercules, houdini or the charge of the light brigade?”, in: *Explaining Compliance*, org. Christine Parker e Vibeke Nielsen, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 297.

O que resulta em interpretações mais flexíveis e discricionariedade, tanto por parte dos reguladores, quanto pelas próprias empresas ²⁶.

Naturalmente, um cenário de hiper-regulação consubstanciado em normas de caráter de elevada abstração gera maiores dificuldades por parte das entidades reguladas em perceber exatamente o que se pretende que seja cumprido, podendo dar azo a um caminho tortuoso que pende, ora em ficar aquém do que se busca, ora em ir além do que é necessário. Estas considerações revelam-se da maior importância no que diz respeito à regulação do sistema financeiro, em especial pelo que se refere aos programas de prevenção do branqueamento de capitais. Este domínio enfrenta uma verdadeira *selva regulatória* (*normative jungle*) ²⁷, que abordaremos de seguida.

3. A ascensão dos programas de *compliance* no sistema preventivo do branqueamento de capitais

A estratégia de combate ao branqueamento de capitais está sustentada em três principais medidas: a criminalização da conduta, o confisco dos produtos de crimes e o regime preventivo anti-branqueamento. Desde os seus primeiros instrumentos estratégicos, que remontam aos anos 1980, o que se observa é uma estratégia constantemente expansionista, relativamente a três aspetos: na dimensão criminal, no alargamento da definição dos crimes antecedentes e da conduta objeto de incriminação como branqueamento; na dimensão preventiva, no alargamento das atividades profissionais obrigadas ao cumprimento dos deveres preventivos; e, por fim, no aumento sensível de deveres impostos ao setor financeiro de nível regulatório, culminando na já mencionada *selva regulatória* ²⁸.

²⁶ BRIDGET M. HUTTER, “Negotiating social, economic and political environments: compliance with regulation within and beyond the state”, in: *Explaining Compliance*, cit., p. 307.

²⁷ URSULA CASSANI e KATIA ANNE VILLARD, “The changing face of money laundering regimes”, *Revue internationale de droit pénal*, 90, n.º 2, 2019, p. 167.

²⁸ URSULA CASSANI e KATIA ANNE VILLARD, “The changing face of money laundering regimes”, p. 159 e s.

A política de combate ao branqueamento sempre se revelou expansionista, não apenas no que diz respeito ao sistema incriminador, como já sabido, mas igualmente no que se refere ao sistema preventivo a nível global, muito em razão da maior flexibilidade da política regulatória preventiva, em contraste com a política criminal — esta muito mais rígida e atrelada às fronteiras estatais —, para alcançar atividades que encontram poucas ou nenhuma fronteiras.

O desenvolvimento do sistema de prevenção do branqueamento acompanhou o desenvolvimento da estratégia regulatória dos últimos anos abordada no ponto anterior. É na política antibranqueamento que a regulação encontra a sua expressão máxima. Desde o Acordo de Capital Basileia I, de 1988, com os subsequentes acordos após as sucessivas crises financeiras, foram definidos padrões de avaliação de risco que, juntamente com as recomendações do GAFI, de 1990, estabeleceram uma rede de deveres de *compliance*, concebendo um modelo de prevenção do branqueamento de capitais que favorece a dependência pelos reguladores e judiciário das informações reunidas e fornecidas pelas próprias entidades obrigadas, gerando enormes volumes de dados ²⁹.

Embora as recomendações do GAFI sejam instrumentos de *soft law*, elas possuem enorme força jurídica, já que muitos instrumentos legais *hard law* as utilizam como guias e padrões a serem seguidos ³⁰. As recomendações foram revistas quatro vezes, com importantes alterações, que passam pelo alargamento do escopo das atividades reguladas, a determinação da obrigação de apresentação de relatórios de transações suspeitas ³¹, até à introdução da *risk-based approach* ³², tradicionalmente utilizada no âmbito das instituições financeiras nos programas de controlo interno, posteriormente transplantadas para

²⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance inteligente...”, p. 212.

³⁰ URSULA CASSANI e KATIA ANNE VILLARD, “The changing face of money laundering regimes”, p. 163.

³¹ URSULA CASSANI e KATIA ANNE VILLARD, “The changing face of money laundering regimes”, p. 163.

³² PETRUS C. VAN DUYN, JACKIE H. HARVEY e LILIYA Y. GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering: Policy, Analysis and Myths*, London: Palgrave Macmillan UK, 2018, p. 127.

outras instituições não financeiras com o alargamento do sistema preventivo do branqueamento de capitais ³³.

No contexto da União Europeia, que assume um papel de relevo no âmbito internacional para os sistemas antibranqueamento — seja como consequência do conhecido *efeito Bruxelas*, seja em razão da proeminência macroeconômica e financeira no cenário global —, o primeiro instrumento preventivo do branqueamento de capitais foi adotado em 1991: a Diretiva 91/308/CEE (primeira diretiva), influenciada pelas recomendações GAFI de 1990 ³⁴.

No domínio dessa primeira diretiva, apenas as instituições financeiras eram obrigadas para efeitos preventivos, o que veio a mudar apenas dez anos depois, em 2001, com a Diretiva 2001/97/CE (segunda diretiva), que alargou as obrigações a outras entidades e atividades, iniciando a tendência expansionista do sistema preventivo, que não deixou mais de ocorrer até ao momento presente, com a Diretiva 2015/849 (quarta diretiva), alterada pelas Diretivas 2018/843 e 2019/2177 ³⁵.

As políticas contra o branqueamento desenvolvidas no âmbito internacional assumem gradualmente uma linha de proteção do mercado e dos interesses financeiros e trabalham diretamente — e especialmente — com as instituições financeiras nas estratégias antibranqueamento ³⁶. No ponto, Pedro Caeiro vai além ao afirmar que o sistema de prevenção na União Europeia “não visa apenas, nem tem talvez por principal finalidade, a prevenção do *branqueamento-crime*,

³³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 191. Interessante observar, no que se refere ao GAFI, que até o ano de 2003 suas recomendações estavam compiladas em um documento de 24 páginas, enquanto o documento atual (última atualização de março de 2022) conta com 142 páginas a ilustrar o alargamento da complexidade da estratégia preventiva do branqueamento de capitais. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html. Sobre isso, ainda, VAN DUYNE, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 127.

³⁴ URSULA CASSANI e KATIA ANNE VILLARD, “The changing face of money laundering regimes”, p. 165.

³⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 190 e s.

³⁶ ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA, *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 51.

enquanto manobra furtiva que ofende a administração da justiça”, exaltando, assim, a finalidade de proteção do setor financeiro³⁷. Com efeito, para a solidificação de um sistema preventivo, a União Europeia tem identificado um valor especial na preservação da solidez, integridade e estabilidade das instituições de crédito e financeiras e a confiança no sistema financeiro³⁸, o que é expressamente aduzido no Considerando 2 da quarta diretiva.

Nota-se que as primeiras regulações antibranqueamento eram predominantemente direcionadas às instituições financeiras, que sempre estiveram na linha de frente dos fluxos financeiros nacionais e transnacionais e foram pioneiras na implementação de mecanismos de *compliance*. Foi com o passar do tempo que o sistema preventivo experimentou uma extensão *ratione personae*, abarcando, assim, outras entidades e atividades vulneráveis no fluxo de transações financeiras³⁹.

Este quadro demonstra que as instituições financeiras ainda assumem um papel de referência e tendência no contexto da prevenção do branqueamento de capitais, de maneira que os fenômenos que se observam inicialmente no seu âmbito tendem a estender-se às demais entidades e atividades já obrigadas ou com possibilidade de virem a ser obrigadas no regime preventivo. Além disso, diante desta função de destaque e de pioneirismo na prevenção do branqueamento de capitais, naturalmente estão ainda mais sujeitas aos efeitos regulatórios e, por conseguinte, aos efeitos da implementação de sistemas de *compliance*, que se consolidaram com a hiper-regulação antibranqueamento e adquiriram especial relevância jurídica, inclusive no âmbito da delimitação de responsabilidade jurídica, também penal.

Portanto, é justamente na atividade de prevenção do branqueamento de capitais que o *compliance* assume não apenas um papel-chave

³⁷ PEDRO CAEIRO, “Contra uma política criminal ‘à flor da pele’: a autonomia do branqueamento punível em face do branqueamento proibido”, *in: Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*, org. Faria Costa *et al.*, vol. I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 282.

³⁸ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance inteligente...”, p. 208 e s.

³⁹ URSULA CASSANI e KATIA ANNE VILLARD, “The changing face of money laundering regimes”, p. 172 e s.

— posto que incorpora todos os mecanismos necessários para atender às exigências regulatórias —, mas também se assume como um dever-chave, já que as regulações mais modernas passaram a exigir a adoção de mecanismos de controlo sofisticados, cujo objetivo, afinal, é delimitar o âmbito de comportamentos permitidos para prevenir e reprimir práticas antinormativas ⁴⁰.

Cabe, entretanto, colocar em relevo que não há muita consistência acerca das evidências da efetividade de programas de *compliance* na prevenção da criminalidade econômica ⁴¹, nomeadamente do branqueamento de capitais, facto este de fundamental importância para a compreensão dos efeitos negativos dessa estratégia amplamente adotada, seja em âmbitos nacionais, seja no âmbito transnacional.

O branqueamento de capitais adquiriu um caráter transnacional que poucas áreas da criminalidade jamais alcançaram e os problemas para rastrear a atividade e os controlos a nível internacional são imensos. Muito embora haja diversas tentativas de estabelecer avaliações internacionais acerca da efetividade do combate ao branqueamento, não há uma definição dos padrões de avaliação e do que exatamente seria efetivo, sendo altamente contestáveis as poucas linhas dirigidas a esse campo ⁴².

Ainda que haja pesquisas empíricas que buscam demonstrar a efetividade das políticas de prevenção do branqueamento de capitais, sobretudo a partir de dados fornecidos pelo Banco Mundial e pelo GAFI, o que se observa são conclusões divergentes de análises baseadas nas mesmas fontes, que afirmam que pouco se alcança com o combate ao branqueamento de capitais, considerando a elevada rentabilidade do crime ⁴³.

⁴⁰ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 190 e s.

⁴¹ MATHEUS DE ALENCAR e LEONARDO SIMÕES AGAPITO, “Critérios de validade e eficiência de compliance e impactos na interpretação da lavagem de dinheiro”, in: *Direito penal económico nas ciências criminais*, org. Eduardo Saad-Diniz et al., Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 242.

⁴² MICHAEL Levi, “Chapter 13: money laundering”, in: *Research Handbook of Comparative Criminal Justice*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, p. 227.

⁴³ ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA, *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*, p. 59.

A definição do resultado buscado é um critério essencial para se avaliar o sucesso de uma política adotada e, no caso da política de prevenção do branqueamento de capitais, mesmo após três décadas de seu desenvolvimento, pouco se tem estabelecido (e de forma harmônica) nesse sentido. O primeiro objetivo do regime de prevenção do branqueamento de capitais foi seguir o fluxo do dinheiro para detetar e prevenir crimes graves (*follow the money*), mas, em paralelo, não foram definidas medidas relevantes de redução do crime ou de prevenção para avaliação do sucesso do regime. Mesmo que se tome como base o objetivo definido pelo GAFI (*High-Level Objectives*)⁴⁴ de proteção dos sistemas financeiros e da economia das ameaças do branqueamento de capitais, há uma carência de especificidade, analisabilidade e avaliação clara de impacto de suas políticas⁴⁵.

A este respeito, é interessante observar que a Organização das Nações Unidas estimou, em 2011, que cerca de 2,7% do Produto Interno Bruto Mundial teria sido branqueado no ano de 2009, o que equivaleria a 1,6 bilhão de dólares naquele ano. De outra banda, sobressai a informação de que, conforme este mesmo estudo, apenas 1% do total branqueado é detetado e, ainda menos, confiscado — cerca de 0,2%⁴⁶.

Estes dados permitem ter uma dimensão geral da problemática, mas devem ser vistos com parcimônia, tanto por se tratar de estimativas, quanto por serem dados de há mais de 10 anos. Por outro lado, são suficientes para evidenciar a dificuldade de se avaliar a efetividade das políticas antibranqueamento adotadas em todo o mundo. Há mais de 10 anos que não há estimativas mais concretas e atualizadas sobre os fluxos financeiros ilícitos no globo.

⁴⁴ Disponível em www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/effectiveness.html.

⁴⁵ RONALD F. POL, “Anti-money laundering: the world’s least effective policy experiment? Together, we can fix it”, *Policy Design and Practice*, 3, n.º 1, 2020, p. 80.

⁴⁶ UNODC — United Nations Office on Drugs and Crime, “Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes”, Research Report, 2011, www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

Esses números permitem ainda outra reflexão, relacionada com os custos de *compliance*, consistentes nas despesas aplicadas pelas entidades reguladas nas atividades necessárias ao cumprimento das exigências dos reguladores ⁴⁷. Essas despesas decorrem da operacionalização de programas de cumprimento, que vão desde a sua implementação, custos de recursos humanos, tecnologia, documentação, taxas legais, enfim, todas as despesas necessárias para o bom funcionamento do programa, que podem variar conforme a organização da própria entidade e de sua área de atuação, que pode ser objeto de uma maior ou menor intensidade regulatória.

É evidentemente difícil mensurar os custos totais de *compliance* referentes às atividades de prevenção do branqueamento de capitais diante da fragmentação dos dados necessários, já que os programas podem abarcar outras áreas, como fiscal, laboral, anticorrupção, entre outros, além de que podem variar para cada país ⁴⁸. Além disso, seria necessário considerar os custos indiretos de oportunidade, como por exemplo aqueles decorrentes no atraso na tomada de decisões de negócios em função dos processos de *due diligence* ⁴⁹.

A prevenção do branqueamento assume um papel de destaque no *compliance*, especialmente no setor financeiro e, com o cenário de hiper-regulação, aumentam naturalmente os custos de *compliance* nessa área. Hoje em dia já é verificável o que a literatura tem denominado de *indústria do compliance* (*Compliance Industry*). Trata-se de um novo mercado impulsionado pela demanda por serviços externos de cursos, formação de empregados, tecnologia e até mesmo para a própria implementação e monitoramento de programas de *compliance*. Essa indústria vende os seus serviços

⁴⁷ Cf. VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 250 e s.

⁴⁸ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 250 e s.

⁴⁹ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 252; MARCO PALMIERI, “The direct and indirect effects of corporate compliance”, in: *Corporate Compliance on a Global Scale*, org. Stefano Manacorda e Francesco Centonze, Cham: Springer International Publishing, 2022, p. 207 e s.

por meio da dramatização dos riscos e criação do medo pelo incumprimento ⁵⁰.

Em uma pesquisa realizada pela *LexisNexis* em 2022, a projeção de custos com o *compliance* criminal financeiro pelas instituições financeiras de todo o globo foi de 274.100 milhões de dólares ⁵¹, o que ultrapassa, e muito, as previamente mencionadas estimativas de confisco da Organização das Nações Unidas, mesmo considerando a disparidade temporal entre esses dados. Para além dos custos suportados pelas entidades obrigadas, há que considerar, ainda, os custos das dezenas de organizações internacionais e centenas de agências governamentais em praticamente todos os países com algum nível de atuação na prevenção do branqueamento de capitais. A este respeito, pouco se sabe acerca das despesas a nível global, o que torna ainda mais difícil a análise de custo-benefício da política de prevenção do branqueamento de capitais atual ⁵².

⁵⁰ ISIDORO BLANCO CORDERO, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica”, *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 23, 2009, p. 123 e s.

⁵¹ Disponível em <https://risk.lexisnexis.com/global/en/insights-resources/research/true-cost-of-financial-crime-compliance-study-global-report>. Em outra pesquisa realizada em 2020 também pela LexisNexis em parceria com a Oxford Economics, a estimativa de custos de *Compliance* de prevenção do branqueamento de capitais somente pelas instituições financeiras do Reino Unido foi de £28,7 mil milhões. Disponível em www.oxfordeconomics.com/resource/cutting-the-costs-of-aml-compliance/. Para outros dados, nesse sentido: RONALD F. POL, “Anti-money laundering...”, p. 85 e s.

⁵² RONALD F. POL, “Anti-money laundering...”, p. 86. Em um minucioso estudo referente à efetividade e custos e benefícios da política antibranqueamento na União Europeia, de 2014, foi estimado, naquela época e sob a égide da terceira diretiva, um custo anual na política antibranqueamento de cerca de 2.157 milhões de euros e benefícios financeiros de cerca de 23,1 milhões de euros: “*we estimate that the total costs of the 27 EU countries are about 2 billion Euros, together with an immeasurable reduction in privacy and some inefficiency in the operation of society*”. Em que pese referidas estimativas, a conclusão do estudo é que a falta de mais dados torna essa análise de custo-benefício impossível de se realizar apropriadamente país por país. Cf. BRIGITTE UNGER *et al.*, *The Economic and Legal Effectiveness of the European Union’s Anti-Money Laundering Policy*, Edward Elgar Publishing, 2014.

Diante destas cifras estimadas e do cenário geral de uma política de prevenção do branqueamento pouco sustentada em dados empíricos ou metodologia robusta, não se mostra desrazoável questionar se os verdadeiros alvos das políticas de prevenção do branqueamento de capitais não serão, afinal, as empresas legítimas obrigadas e não as pessoas (individuais e/ou coletivas) agentes da criminalidade financeira, nomeadamente da atividade de branqueamento⁵³. Com efeito, em muitas jurisdições, as empresas estão sujeitas a responsabilidade jurídica, não somente pela eventual prática de branqueamento, mas sobretudo por não terem mecanismos robustos para prevenir sua prática⁵⁴.

A pertinência desta reflexão avulta ainda mais, quando se verificam os valores das sanções aplicadas às entidades obrigadas que falharam, em algum nível, os seus deveres de *compliance* antibranqueamento. Neste sentido, em 2019, aponta-se que, em todo o mundo, as autoridades financeiras aplicaram multas relativas à prevenção do branqueamento de capitais num valor estimado em cerca de 8.140 milhões de dólares. Em 2020, este número ultrapassou os 13.000 milhões de dólares, sendo responsáveis por mais de metade deste valor apenas os bancos *Goldman Sachs*, *Wells Fargo* e *JP Morgan Chase*⁵⁵.

Esse sistema cria, naturalmente, grande pressão nas instituições financeiras, que passam a ser os principais atores na luta antibranqueamento. Ocorre que, diante da enorme complexidade regulatória e a realidade de milhões de transações diárias, envolvendo milhões de pessoas individuais e coletivas, em um emaranhado de processos em diferentes países, sempre poderão ser detetadas falhas. O problema fundamental reside na política antibranqueamento em si, considerando que, mesmo com as poucas evidências em relação à sua efetividade, verifica-se, a nível global, uma insistência nesta política e, mesmo, a sua intensificação⁵⁶.

⁵³ Cf. RONALD F. POL, “Anti-money laundering...”, p. 86.

⁵⁴ MICHAEL LEVI, “Chapter 13: money laundering”, p. 234.

⁵⁵ MICHAEL LEVI, “Chapter 13: money laundering”, p. 236.

⁵⁶ RONALD F. POL, “Anti-money laundering...”, p. 82.

As próprias entidades reguladas são céticas quanto ao custo-benefício das políticas de prevenção do branqueamento de capitais. E uma das razões para isso é a falta de *feedback* do sistema. Há pouco ou mesmo nenhum retorno da parte dos reguladores em relação aos relatórios de operações suspeitas das entidades reguladas, que não vai além das afirmações abstratas e genéricas de que a atividade de monitoramento efetuada é essencial para a prevenção de ilícitos ⁵⁷.

Em que pese isto, há uma escalada na responsabilização das entidades obrigadas pela implementação de programas de *compliance* ineficazes. Isso acontece, tanto nos domínios administrativo e contraordenacional — âmbitos geralmente menos onerosos, sob o ponto de vista das garantias, mas onde hoje se aplicam sanções muito rigorosas —, quanto também em sede criminal, já que cada vez mais a doutrina e até legislações procuram fundamentar e consagrar a responsabilidade penal por defeito de organização, que, na prática, traduz a implementação e operação de um *compliance* defeituoso ⁵⁸.

O que se verifica, portanto, é uma acentuada valorização do *compliance* na luta contra atividades financeiras ilícitas, nomeadamente de branqueamento de capitais, colocando-o na primeira linha da estratégica política de intensificação das exigências regulatórias, capaz de modificar a dinâmica da operação das próprias entidades obrigadas.

O quadro até aqui delineado — de uma verdadeira *selva regulatória*, com ausência de evidências científicas da efetividade da estratégia adotada e aumento de responsabilização das entidades obrigadas — converge para uma tendência de excesso de práticas de *compliance* que merece ser mais bem analisada.

4. O Fenómeno do *overcompliance*

O fenómeno do *overcompliance* deve ser percebido essencialmente como o excesso de práticas de *compliance*. E é preciso compreender as suas causas, dimensão e consequências, que têm sido pouco

⁵⁷ MICHAEL LEVI, “Chapter 13: money laundering”, p. 238.

⁵⁸ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, pp. 108 e s. e 203 e s.

exploradas na literatura especializada, embora sejam muitas vezes abordadas de forma fragmentada e com foco mais nos efeitos do que nas causas ⁵⁹.

4.1. Uma necessária delimitação conceitual e sistemática

Não é incomum a utilização de termos como “*beyond compliance*”, “*overzealous*”, “*over-reporting*” e, finalmente, “*overcompliance*” para se referirem práticas que vão além do que é exigido pela lei, pela regulação e mesmo pelos objetivos buscados pelos reguladores com os programas de cumprimento. Entretanto, embora eles sejam similares, não devem ser vistos necessariamente como sinónimos, no rigor semântico que se exige.

Uma entidade que emprega uma prática *beyond compliance*, como o próprio termo diz, está a ir além do *compliance*. Mas, nesse contexto, não deve ser compreendida no sentido de ser excessiva na operacionalização dos programas de cumprimento, mas sim como uma atuação que busca atender a propósitos da empresa que ultrapassam o estrito dever legal e regulatório. Vai além, em prol da concretização da responsabilidade social da empresa, ligada a valores éticos e, mais recentemente, inserida no espectro de exigências de governança ambiental e social (traduzidas na sigla ESG, em inglês), e, em última análise, com preocupações reputacionais. Por isso, esta prática acaba por ser mais empregada na área ambiental, mais sujeita a pressões sociais ⁶⁰.

⁵⁹ A doutrina especializada que mais tem explorado até aqui o *overcompliance* está mais ligada ao *Compliance* relacionado à área ambiental. Sobre isso: FELIPE FAGUNDES DE AZEVEDO e EDUARDO SAAD-DINIZ, “Overcompliance, Regulatory Policies and Environmental Crime”, *Révue internationale de droit pénal*, 91, n.º 1, 2020, p. 159. Conforme os autores, “*the scarce literature on this practice focuses on large companies that explore the environment, because they are more subject to social pressures, since extractive activities presupposes risks with large social and environmental impact*”. Também neste sentido, STEFANO MANACORDA, “The ‘Dilemma’...”, p. 73.

⁶⁰ Cf. NEIL GUNNINGHAM, ROBERT A. KAGAN e DOROTHY THORNTON, “Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance”, *Law & Social Inquiry*, 29, n.º 2, 2004. Entretanto, é preciso observar que um aumento

Por sua vez, o termo “*overzealous*”, no sentido de excesso de zelo nas práticas operacionais de *compliance*, embora possa ser uma prática inerente a um *overcompliance*, não abarca toda a dimensão do fenômeno. Cabendo referir que o GAFI já incluiu nos seus relatórios a menção de que o excesso de zelo nas tarefas de *compliance* pode ser mais prejudicial do que benéfico ⁶¹.

Já o “*over-reporting*”, ou excesso de reportes, nada mais é do que um efeito do próprio *overcompliance*, que será mais explorado adiante.

O *overcompliance* não é tão somente ir além do *compliance* — o que, neste sentido, poderia traduzir-se num «jogo de ganha-ganha», em que a empresa busca contemplar outros valores diversos dos estritamente jurídicos, abrangendo toda a esfera de exigências dos reguladores e respeitando novos anseios morais da sociedade ⁶². É mais do que isso — é o excesso, o exagero de *compliance*, das suas práticas e operação ⁶³. Ou seja, restrito a uma conotação semântica negativa ⁶⁴. Também não é um simples excesso de cuidado, o que se conclui quando se analisa todas as suas dimensões e causas.

de exigências regulatórias e legais por práticas ESG podem resultar também em excessos.

⁶¹ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 276.

⁶² E, nesse sentido, mais ligado à chamada licença social, conforme explicado por NEIL GUNNINGHAM, ROBERT A. KAGAN e DOROTHY THORNTON, “Social License...”.

⁶³ Em um estudo sobre as causas do *overcompliance* nas empresas do setor ambiental, Melissa Rorie adota uma posição mais neutra deste fenômeno, conceituando o *overcompliance* como as situações em que as empresas “*go above-and-beyond what is required by regulations*”. MELISSA RORIE, “An Integrated theory of corporate environmental compliance and overcompliance”, *Crime, Law and Social Change*, 64, n.º 2-3, 2015, pp. 65-101.

⁶⁴ Embora o prefixo *over* — em inglês comporte múltiplos significados, linguistas argumentam que seu principal significado é “*excess*”, sendo que a maior parte das palavras em inglês formadas com o prefixo *over* — na área de negócios significam “*excessive*”. BOŽANA TOMIĆ e JELENA NOVAKOVIĆ, “The meanings of prefix ‘over’”, *European Journal of Language and Literature*, 2, n.º 1, 2015, p. 9-14. Em sentido um tanto diverso do aqui adotado: MIGUEL DE AZEVEDO MOURA, “O *overcompliance* e o princípio da proporcionalidade na aplicação de normas relativas à

Essa conceituação diferencial é importante para uma delimitação sistemática que permite uma melhor compreensão fenomenológica dos efeitos da política de prevenção do branqueamento de capitais que domina o mundo de hoje.

A pouca doutrina que analisou detidamente o *overcompliance* fê-lo, sobretudo, sob a perspectiva operacional intraempresarial, como consequência reativa a fatores externos das entidades obrigadas ⁶⁵. De facto, essa é uma dimensão importante e predominante do fenómeno, que deve ser analisada e aqui também será abordada e ainda mais aprofundada. Mas, antes de a iniciar, é preciso fazer uma reflexão prévia sobre a perspectiva dos próprios entes públicos e reguladores: haveria uma prática de *overcompliance* por parte dos próprios reguladores? Isto é, haveria uma dimensão política do *overcompliance*, para além (ou prévia) do fenómeno verificado na prática operacional pelas entidades reguladas?

4.2. *Overcompliance* em sua dimensão política

Por tudo até agora exposto, é possível concluir que a política de prevenção do branqueamento de capitais assenta primordialmente na estratégia de exigências de *compliance* pelas entidades reguladas. É por meio do *compliance* que se torna possível atender às exigências regulatórias atuais em seus mais diversos níveis.

Para a análise da possível prática de *overcompliance* por parte dos reguladores, há dois pontos de vista importantes. O primeiro, como consequência do cenário de hiper-regulação e das incertezas acerca da efetividade do modelo de prevenção, que podem estimular o *overcompliance* por parte das entidades obrigadas.

Conforme aduzido nos números anteriores, o cenário de regulação no âmbito de prevenção do branqueamento de capitais constitui-se em

prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo”, *Vida Judiciária*, 214, 2020, p. 40.

⁶⁵ Nesse sentido, por exemplo: GUNNINGHAM, ROBERT A. KAGAN e DOROTHY THORNTON, “Social License...”; MELISSA RORIE, “An Integrated Theory...”; FELIPE FAGUNDES DE AZEVEDO e EDUARDO SAAD-DINIZ, “Overcompliance...”.

uma selva regulatória ⁶⁶, em que as entidades reguladas precisam adequar-se a exigências de múltiplas fontes normativas e não raras vezes conflitantes, abstratas e genéricas, podendo estar sujeitas a diversas jurisdições, mesmo em países sem atuação direta ⁶⁷. Para além disso, o aumento exponencial de exigências de *compliance* e da responsabilização por falhas dos programas acontece à míngua de maiores evidências fundamentadas em metodologias de análise de dados sólidos de custo-benefício dessa estratégia, o que gera um verdadeiro regime de incertezas, como foi verificado no tópico anterior.

Estas duas circunstâncias compõem uma espiral que conduz a variadas consequências, dentre elas a prática de *overcompliance* pelas entidades reguladas. Mas, como se nota, neste caso, não se trata de um *overcompliance* direto pelos organismos de controlo e reguladores, mas sim de estes serem indutores de práticas excessivas pelas instituições sujeitas ao regime regulador.

Por outro lado, há duas outras circunstâncias que estão mais estritamente ligadas a uma prática de *overcompliance* direta pelos reguladores.

A primeira é o denominado “*gold plating*”, consistente na edição de normas nacionais, designadamente, leis, que excedem os padrões internacionais de exigências antibranqueamento. Ou seja, situações em que as normas internacionais são transpostas para o âmbito nacional de forma mais rigorosa do que a que é exigida em sede internacional. Isso gera uma desarmonia no sistema e cria exigências de *compliance* muito para além do que seria necessário conforme os padrões internacionais estabelecidos por órgãos especializados ⁶⁸, o que pode, a depender do caso concreto, ser compreendido como um verdadeiro excesso e prejudicial para o próprio sistema financeiro do país ⁶⁹.

⁶⁶ Vide nota 27.

⁶⁷ Vide nota 24.

⁶⁸ Cf. ASTRID BERTRAND, WINSTON MAXWELL e XAVIER VAMPARYS, “Do AI-Based Anti-Money Laundering (AML) Systems Violate European Fundamental Rights?”, *International Data Privacy Law*, 11, n.º 3, 2021, p. 12.

⁶⁹ Nesse sentido, COMMITTEE ON FINANCIAL SERVICES, “Transparency and Accountability for Business Standards Act”, (United States of America: House of Representatives), 2018, <https://financialservices.house.gov/uploadedfiles/crpt-115hrpt620>.

A segunda circunstância diz respeito aos casos de normas antibranqueamento que conflitam diretamente com direitos e garantias fundamentais. Com o aumento da regulação de prevenção do branqueamento de capitais que se verifica no cenário global atual, muitas vezes não harmoniosas de um ponto de vista sistemático, há uma potencial possibilidade de entrarem em conflito com outras normas da ordem jurídica, nomeadamente normas de direitos fundamentais.

Essa situação pode ser muito bem ilustrada com a recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que declarou inválida a disposição da Diretiva antibranqueamento ⁷⁰ que prevê que as informações sobre os beneficiários efetivos das entidades societárias constituídas no território dos Estados-Membros devem estar acessíveis em todos os casos a qualquer membro do público em geral. ⁷¹

No caso, em conformidade com a Diretiva 2015/849 alterada, foi adotada uma lei, no Luxemburgo, que instituiu um Registo dos Beneficiários Efetivos e que prevê que determinadas informações sobre os beneficiários efetivos das entidades registadas devem neste ser inscritas e conservadas, e algumas dessas informações seriam acessíveis a qualquer membro do público em geral, inclusive por meio da Internet.

O TJUE observou que o legislador da União Europeia, com o dispositivo em causa, visa prevenir o branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo implementando, com uma maior transparência, um ambiente menos suscetível de ser utilizado para esses fins. Mas a ingerência decorrente dessa medida não se limita ao que é

pdf. Conforme o relatório, “*in several instances, U.S. regulators have gone beyond the standards set by the Basel Committee and imposed more stringent capital and liquidity requirements on U.S. firms, a practice which has come to be known as “gold-plating”. The practice of “gold-plating” U.S. financial regulation than the agreed-to international standards disadvantages the U.S. economy and the efficiency of the U.S. credit market for consumers. Capital and liquidity standards affect everyone in the economy. Appropriate standards can ensure bank stability, whereas excessive requirements can impede the growth of the domestic economy and create competitive disadvantages on the international financial stage*”.

⁷⁰ Artigo 30.º, n.º 5, primeiro parágrafo, alínea c), da Diretiva (UE) 2015/849, alterado pelo artigo 1.º, ponto 15, alínea c), da Diretiva (UE) 2018/843.

⁷¹ TJUE, Acórdão de 22.11.2022, Luxembourg Business Registers, C-37/20, ECLI:EU:C:2022:912.

estritamente necessário nem é proporcionada ao objetivo prosseguido, de maneira que o regime introduzido pela diretiva antibranqueamento representa uma violação consideravelmente mais grave dos direitos fundamentais de respeito pela vida privada e de proteção dos dados pessoais.

Nota-se, portanto, que este acórdão do TJUE evidencia que uma norma introduzida na Diretiva antibranqueamento se configura como um verdadeiro e evidente excesso de medidas de *compliance* estabelecidas pelo próprio legislador da União Europeia, pois, se, por um lado, o regime mais grave não é compensado por benefícios, tendo em conta os fins que se visam alcançar (prevenção do branqueamento de capitais), por outro lado, constitui-se como efetiva ingerência em direitos fundamentais.

Portanto, uma norma reguladora de prevenção do branqueamento de capitais pode instituir um regime de *overcompliance* se a ingerência em direitos fundamentais dela decorrente não se limita ao estritamente necessário e não é proporcional aos fins da regulação.

Para além dessas circunstâncias e perspectivas, não é possível enxergar o *overcompliance* exclusivamente sob o ponto de vista da entidade regulada, isto é, como um fenômeno intrínseco à forma de operar da empresa. Isto porque a dinâmica do *compliance* é espelho e reflexo do modelo regulatório de prevenção do branqueamento de capitais fundamentado na dialética entre reguladores e regulados e, portanto, todos os fenômenos daí decorrentes devem ser observados desde a ótica dessa interação.

4.3. *Overcompliance* em sua dimensão operacional na empresa

Uma consideração impõe-se, desde logo: haveria dois níveis de *overcompliance* por parte das entidades obrigadas. Em um primeiro nível, a empresa pode estar em *compliance* adequado à regulação direta que vale no caso concreto, mas, indiretamente, em *overcompliance*, sob a perspectiva da sistemática jurídica geral. O caso do recente acórdão do TJUE é paradigmático nesse sentido. Embora uma determinada entidade regulada, ao viabilizar o acesso ao público em geral de informações sobre beneficiários efetivos estivesse em estrito cumprimento ao exigido pela regulação em causa, tratava-se,

a bem da verdade, de um excesso de *compliance* gerado pelo próprio ente público regulador.

Em outro nível, a entidade regulada pode estar diretamente em *over-compliance* em relação à regulação regente, ou seja, verificar-se um excesso em relação às tarefas e objetivos exigidos pelos reguladores imediatos. É evidente que o *compliance* não se expressa em uma relação binária de *compliance* e não-*compliance*, mas sim em graus de correspondência entre as expectativas provenientes da regulação e os esforços empregados pela entidade regulada para satisfazer essas expectativas. E essa avaliação não é nem simples nem objetiva ⁷².

Primeiramente é necessário analisar o contexto, justamente a partir dessa dialética regulador-regulado, passando da realidade local (política, econômica e social) para a realidade da própria entidade regulada, a sua cultura, estrutura de governança, apetite de risco, finanças e cenário concorrencial ⁷³.

Como visto, a própria ideia de estar em um grau superior ao exigido pela regulação comporta diferentes abordagens. Enquanto o ir além do *compliance* (*beyond compliance*) seria uma busca voluntária no efetivação de objetivos mais amplos, o excesso de *compliance* (*over-compliance*), embora passível de ser empregado de forma consciente e mesmo na crença de que se trata de uma prática inofensiva — na ideia superficial de que mais *compliance* resulta em menos ilícitos e, assim, menor perigo de sanções —, pode trazer consequências negativas e prática de atividades nocivas que devem ser avaliadas. E é pela análise tanto das consequências negativas quanto de atividades nocivas que se pode observar a prática de *overcompliance* pelas entidades.

A este respeito, as consequências negativas dessa prática podem concretizar-se contra a própria empresa, como, por exemplo, com a limitação da atividade econômica e operacional ⁷⁴; podem ainda concretizar-se como ameaça a direitos fundamentais, como, por exemplo, o risco para a proteção de dados pessoais ou, nos casos de excesso de vigilância e controle, o risco para os direitos dos

⁷² STEFANO MANACORDA, “The ‘Dilemma’...”, p. 73.

⁷³ Cf. STEFANO MANACORDA, “The ‘Dilemma’...”, p. 74.

⁷⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal econômico*, p. 204 e s.

trabalhadores ⁷⁵. Há, ainda, a possibilidade de prejudicar a própria atividade preventiva de branqueamento de capitais, já que, no excesso, o que é de fato importante torna-se difuso. Uma prática de *overcompliance* pode, inclusive, configurar uma situação potencialmente *praeter* ou *contra legem* ⁷⁶.

Superados os efeitos negativos do *overcompliance*, há duas atividades específicas, muito sensíveis para as entidades reguladas no sistema financeiro, que evidenciam o *overcompliance* e seus efeitos. A primeira delas é o que se tem denominado de “*de-risking*”, referindo-se aos casos em que uma instituição financeira prefere evitar ou descontinuar determinados negócios, provenientes de relações com determinados países, ou segmentos de mercado, ou determinados clientes, a partir da percepção prévia de que há riscos ou custos muito elevados de *compliance* envolvidos. Não é possível mensurar o quanto essa prática tem dominado as instituições financeiras, os seus custos e efeitos, já que não há dados disponíveis para isso. Ainda que os bancos monitorem decisões baseadas em “*de-risking*”, esses dados não são abertos ao público ⁷⁷.

Um dos problemas dessa prática, além de inviabilizar negócios para a própria instituição e, por isso, esta perder oportunidades lucrativas, é o risco de potencializar desigualdades no contexto global.

⁷⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 106 e s. Para a autora, “*um modelo de compliance perspetivado a partir da vigilância e controlo corre o perigo de converter a empresa numa espécie de panopticum e conferir ao empresário uma posição de big brother. Neste contexto, por um lado, há que observar que, em geral, um modelo deste tipo seria incompatível com direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como a vida privada ou a intimidade, o segredo das comunicações ou o direito à proteção dos dados*”.

⁷⁶ Nesse sentido, cf. AZEVEDO MOURA, “O *overcompliance* e o princípio da proporcionalidade na aplicação de normas relativas à prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo”, p. 40 e s.

⁷⁷ VAN DUYNÉ, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 252. Para exemplos concretos e alguns dados: VIJAYA RAMACHANDRAN, MATTHEW COLLIN e MATT JUDEN, “*De-risking: an unintended negative consequence of AML/CFT regulation*”, in: *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, org. Colin King, Clive Walker e Jimmy Gurulé, Cham: Springer International Publishing, 2018, p. 237 e s.

Isto porque importantes instituições financeiras podem declinar excelentes oportunidades de negócios com países considerados de alto risco que, geralmente, são países pobres e em desenvolvimento, ou em áreas de conflitos ⁷⁸.

As causas apontadas para essa atitude residem justamente no aumento da pressão regulatória e no aumento da imposição de sanções pecuniárias relacionadas com as falhas de *compliance*, mas também em uma má implementação do “*risk-based approach*”, que inviabiliza o alinhamento da análise de riscos apropriada ⁷⁹.

Desde 2014 importantes organizações e reguladores antibranqueamento têm monitorado o problema e buscado persuadir bancos a melhor gerir os riscos, ao invés de eliminá-los, para minimizar a prática de “*de-risking*”, como é o caso da Autoridade Bancária Europeia, que já emitiu alertas e lançou consultas para acabar com a prática, a FATF e o Banco Mundial, que também vêm empregando esforços nesse sentido.

Outra prática típica de *overcompliance* e que tem dominado os estudos sobre efeitos da política de prevenção do branqueamento de capitais é o que a literatura tem chamado de “*over-reporting*” ou também “*crying wolf*” ⁸⁰, que trata dos casos em que as instituições financeiras reportam aos supervisores muito mais operações do que as que possam ser consideradas suspeitas (ou até, mesmo, todas as operações), sem uma prévia análise qualitativa adequada.

A prática advinda do *risk-based approach* que dominou o cenário de prevenção do branqueamento de capitais, especialmente após a revisão GAFI de 2012, baseou-se na suposição de que há uma clara ideia de quais são os riscos que sempre estão em causa em uma atividade de *compliance*. Entretanto, há um desfasamento entre a ideia do risco de branqueamento de capitais considerado pelos reguladores

⁷⁸ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 259 e s.

⁷⁹ VIJAYA RAMACHANDRAN, MATTHEW COLLIN e MATT JUDEN, “De-risking...”, p. 243.

⁸⁰ E. TAKATS, “A theory of ‘crying wolf’: the economics of money laundering enforcement”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 27, n.º 1, 2011, p. 32-78.

e a percepção do risco de ser sancionada por falha de prevenção do branqueamento por parte da entidade regulada. E, para esta, é mais importante adivinhar o que o regulador entende como riscos do que efetivamente avaliar o real risco concreto de branqueamento em uma determinada situação, o que, inclusive, é mais difícil na prática ⁸¹.

Há, de facto, uma cada vez maior pressão na elaboração e comunicação de relatórios de operações suspeitas, especialmente no setor financeiro, mas não há uma clareza por parte dos reguladores e supervisores acerca do que constituiria um número correto de comunicações ⁸². Onde há incerteza por parte dos profissionais de *compliance*, há evidência de excesso de comunicação. E, com o aumento das comunicações de operações suspeitas sem uma apropriada avaliação de efetividade na prevenção dos ilícitos, há uma inundação de informações antibranqueamento inúteis ⁸³. E o excesso de comunicação resulta na falha em identificar o que é realmente relevante, que será diluído em um volume enorme de informações ⁸⁴.

A já mencionada ausência de *feedback* pelos reguladores em relação às comunicações de operações suspeitas das entidades reguladas gera mais incertezas e aumento da sensação de risco, o que culmina em “*de-risking*” ou “*over-reporting*” ⁸⁵. É relevante considerar, ainda, que os reguladores, supervisores e entidades judiciárias, ao realizarem um juízo de valor sobre uma possível falha de *compliance* de uma entidade obrigada, fazem-no *ex post facto*, sob um viés retrospectiva (*Hindsight bias*), o que induz, muitas das vezes, ao excesso de cautela na atuação preventiva pelos profissionais de *compliance* das entidades

⁸¹ MICHAEL Levi, “Chapter 13: money laundering”, p. 237.

⁸² MICHAEL LEVI e LILIYA Y. GELEMEROVA, “The Anti-Money Laundering Architecture of the United Kingdom”, in: *National and International Anti-Money Laundering Law: Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection*, org. Benjamin Vogel e Jean-Baptiste Maillart, Cambridge Antwerp Chicago: Intersentia, 2020, p. 651.

⁸³ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 198.

⁸⁴ TAKATS, “A theory of ‘crying wolf’”, p. 33.

⁸⁵ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 274 e s.

reguladas — que, por sua vez, atuam segundo um juízo *ex ante facto* prospetivo ⁸⁶.

Como as sanções são aplicadas em caso de falsos negativos, ou seja, na falha em reportar operações que posteriormente provaram tratar-se de branqueamento, e não em caso de falsos positivos, ou seja, comunicação de operação como suspeita que posteriormente se provaram lícitas, há uma natural tendência a passar a reportar em excesso para evitar sanções por falsos negativos ⁸⁷.

É interessante, finalmente, observar que, aumentar relatórios e comunicações de operações suspeitas tem um impacto direto na pontuação de risco dos clientes, mesmo tratando-se de falsos positivos, o que pode gerar um “*de-risking*” em relação a instituições financeiras que se recusam a ter negócios com um cliente que tenha no seu perfil relatórios de operações suspeitas ⁸⁸.

Facto é que o modelo de prevenção do branqueamento se baseia na confiança nas informações prestadas pelas entidades obrigadas. As entidades reguladoras e de supervisão, portanto, em uma posição de dependência destas informações, estão expostas a uma eventual manipulação de informação, que pode dar-se, não somente por omissão ou falsificação, mas também pela sobrecarga dessas informações ⁸⁹.

5. O *overcompliance* e o tratamento de dados na prevenção do branqueamento

Diante deste cenário até aqui delineado, é intuitivo concluir que a questão da proteção de dados adquire especial relevância no âmbito

⁸⁶ Nesse sentido: ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico*, p. 74.

⁸⁷ VAN DUYN, HARVEY e GELEMEROVA, *The Critical Handbook of Money Laundering*, p. 198; Também nesse sentido: LILIYA Y. GELEMEROVA, “On the frontline against money-laundering: the regulatory minefield”, *Crime, Law and Social Change*, 52, n.º 1, 2009, p. 52.

⁸⁸ ANTHONY AMICELLE e VANESSA IAFOLLA, “suspicion-in-the-making: surveillance and denunciation in financial policing”, *The British Journal of Criminology*, 58, n.º 4, 2018, p. 14.

⁸⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance inteligente...”, p. 222.

de prevenção do branqueamento e, em especial, no contexto do *over-compliance*. Quanto mais *compliance* empregado, mais dados (pessoais, inclusive) são tratados, sobretudo no sistema financeiro, já que o modelo de prevenção de branqueamento favorece a dependência pelos reguladores e pelo judiciário das informações reunidas pelos *gatekeepers*⁹⁰. Ou seja, a operacionalização da dialética *compliance* (pelas entidades reguladas) e supervisão (pelos órgãos de controlo) está assente no tratamento de dados.

Isso torna-se tanto mais relevante quando se está diante de um novo contexto em que a adoção de tecnologias avançadas não apenas facilita a tarefa de *compliance*, como o seu uso passa a ser imprescindível diante do enorme volume de dados implicado no cotidiano das informações transitadas entre regulados e supervisores⁹¹. E, com o domínio das transações eletrónicas e declínio do uso de dinheiro em espécie, o volume de dados pessoais e financeiros está em constante expansão. O estabelecimento de registos dos beneficiários efetivos das entidades societárias, com o crescente compartilhamento e trânsito de dados entre autoridades e entre as entidades obrigadas, acentuam as preocupações nessa área⁹².

Neste contexto, um excesso de *compliance* pode implicar necessariamente em um excesso de tratamento de dados, nomeadamente se estiver em causa o excesso de relatórios e comunicações (*over-reporting*). Acresce que se trata de dados que, essencialmente, contêm informações pessoais e bancárias/financeiras. Portanto, um excesso de tratamento de dados implica, logicamente, um aumento do risco na proteção de tais dados.

O atual quadro regulatório relativo à prevenção do branqueamento, quer a nível da União Europeia, que num contexto global mais vasto, configura um emaranhado de problemas não resolvidos

⁹⁰ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance inteligente...”, p. 212.

⁹¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance inteligente...”, p. 215 e s.

⁹² BENJAMIN VOGEL e JEAN-BAPTISTE MAILLART, orgs., *National and International Anti-Money Laundering Law: Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection*, Cambridge Antwerp Chicago: Intersentia, 2020, cap. Introduction, p. 5.

no que se refere à harmonização das exigências regulatórias antibranqueamento e no âmbito da proteção de dados e privacidade ⁹³.

Enquanto hoje, ao nível global, a proteção de dados ocupa um lugar central na ordem dos direitos fundamentais, a regulação sobre os limites da recolha e tratamento de dados financeiros para a prevenção do branqueamento desencadeia incertezas neste domínio e traduz uma falha relevante. Isto porque, na medida em que as restrições à proteção de dados não são suficientemente refletidas no regime de prevenção do branqueamento de capitais, os reguladores, supervisores e entidades obrigadas carecem de orientação regulatória e legal sobre como resolver situações e normas conflitantes, criando, assim, situações de potencial abuso e de *overcompliance* ⁹⁴.

No âmbito dos problemas do alinhamento do modelo regulatório antibranqueamento com as exigências de proteção de dados, diversos questionamentos vêm à tona: com o alargamento do sistema de prevenção e de novas tecnologias que permitem tratar ainda mais dados, há alguma garantia de proteção na transmissão, armazenamento e utilização dos dados pelas Unidades de Inteligência Financeira (UIF's)? Que informações devem as instituições financeiras estritamente transmitir e a quem?

As UIF's são as autoridades oficialmente designadas para receber os relatórios de operações suspeitas, tendo, assim, acesso a múltiplas fontes de informações que auxiliam a identificar práticas criminosas e branqueamento de capitais ⁹⁵. Ocorre que o lugar em que as UIFs estão inseridas na arquitetura dos sistemas nacionais nem sempre é facilmente identificável e ainda há grande diversidade de modelos a nível global, sem muito consenso sobre como elas devem operar. Este grau de incerteza gera problemas, porque os legisladores nacionais podem encontrar dificuldades em definir as suas competências e poderes, em ordem a tornar efetiva a sua função no modelo de prevenção antibranqueamento. E, como componentes centrais que são deste modelo — já que funcionam como intermediários entre as entidades

⁹³ MICHAEL Levi, “Chapter 13: Money laundering”, p. 231 e s.

⁹⁴ VOGEL e MAILLART, *cit.*, p. 5.

⁹⁵ GELEMEROVA, “On the frontline...”, p. 38.

reguladas e as autoridades competentes —, quanto menos efetiva a sua função, menos útil as informações comunicadas serão ⁹⁶.

Assim, os países inserem as suas respetivas UIFs em diferentes estruturas, dependendo da relação com as instituições financeiras e também da importância, para eles, do acesso direto a bancos de dados de inteligência policial. Algumas UIF's estão inseridas na polícia, outras em agências administrativas, outras em bancos centrais ⁹⁷. Isso traz problemas de competências e de proteção de dados. Enquanto uma UIF do tipo policial pode ter um poder mais amplo de investigação, com acesso direto, para cruzamento de dados, a informações policiais, uma UIF de tipo administrativo pode tornar-se um depósito de dados sem competência analítica ⁹⁸.

Dentre os vários problemas — no quadro da União Europeia, mas que se estende a diversas outras realidades —, refere-se a falta de estabelecimento de parâmetros quanto aos propósitos dos requerimentos de informações a uma entidade obrigada (*e.g.*, se deve ser sobre uma suspeita específica ou a partir de informações estratégicas fornecidas); a definição do alvo dos requerimentos (*e.g.*, se podem estender-se a indivíduos não diretamente relacionados com uma operação suspeita) e sobre o alcance das informações. Ainda não há definições claras acerca da necessidade de autorização judicial para solicitar uma informação não precedida da comunicação de um relatório de operação suspeita e, igualmente, não há especificação sobre o poder da UIF aceder a informações de outras autoridades. Há, além disso, uma preocupante falta de supervisão judicial no processamento de dados pelas UIFs, que expõe as pessoas a um alto risco de serem alvos de suspeitas infundadas ou de se criarem em relação a elas circunstâncias ilegítimas ⁹⁹.

São questões que, de uma maneira geral, ainda não encontram definições claras nos quadros regulatórios das políticas de prevenção

⁹⁶ VOGEL e MAILLART, *cit.*, p. 5.

⁹⁷ O Grupo Egmont define os seguintes tipos de UIFs: o judicial, policial, administrativo e híbrido. Cf. GELEMEROVA, “On the frontline...”, p. 38.

⁹⁸ GELEMEROVA, “On the frontline...”, p. 38.

⁹⁹ VOGEL e MAILLART, *cit.*, p. 946 e s.

do branqueamento de capitais e isso naturalmente gera perigos pelo que se refere à proteção de dados.

Para ilustrar a problemática, é referido o caso da fuga de informação, ocorrida em 2020, relativa a mais de 2.100 Relatórios de Atividades Suspeitas enviados, entre 1999 e 2017, por bancos do mundo todo ao *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN — Unidade de Inteligência Financeira dos Estados Unidos da América). Nos documentos, que foram analisados pelos media e divulgado mundialmente, havia informações sensíveis sobre transações financeiras de pessoas de diferentes nacionalidades. Aquilo para que se chama a atenção quanto a esta fuga de informação específica é que ela ocorreu no âmbito de uma Unidade de Inteligência Financeira, o que demonstra como há um problema real em relação à proteção de dados nesse âmbito. Se houve fuga, não houve um tratamento adequado dos dados.

Na esfera das atividades de prevenção do branqueamento de capitais, há uma cadeia de tratamento de dados que se inicia com a sua recolha na operação de ponta pelas entidades obrigadas, tratamento e avaliação pelo *compliance*, transmissão, receção pela UIF, armazenamento, análise, novas transmissões, que podem ser para órgãos policiais e de perseguição penal, ou mesmo entre diferentes UIFs de diferentes países, para finalizar em um eventual processo judicial. Para cada etapa são necessárias regras reguladoras de tratamento de dados, que o regime de prevenção do branqueamento ainda não logrou determinar, seja na União Europeia, seja nos demais países e em nível internacional.

Se, por um lado, há exigências cada vez mais rígidas de *compliance* e de relatórios de operações suspeitas, por outro lado há poucas exigências de cuidado no tratamento dos dados implicados, sobretudo em relação às próprias entidades reguladoras e supervisoras. O sistema financeiro é, desde há bastante tempo, materialmente, uma indústria de informações e dados, mas a sua regulação, nomeadamente quanto à política antibranqueamento, e a regulação de dados evoluíram em setores legais não-interativos, baseado em princípios e objetivos distintos ¹⁰⁰.

¹⁰⁰ DIRK A. ZETSCHE et al., “The future of data-driven finance and regtech: lessons from EU Big Bang II.”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 25, n.º 2, 2020, p. 284.

O previamente mencionado acórdão do TJUE é um marco paradigmático sobre a relação e harmonização do regime de prevenção do branqueamento com os direitos à proteção de dados, na medida em que estabelece uma tendência positiva para corrigir os desequilíbrios que se foram estabelecendo com o desenvolvimento de regimes paralelos nos últimos anos. Esta decisão poderá constituir — tenha-se em conta o chamado «efeito Bruxelas» — uma chamada de atenção para o tema no âmbito internacional.

Enquanto não houver harmonização e adequação sistemática entre estes dois importantes regimes jurídicos, a política de prevenção do branqueamento estará cada vez mais sujeita a défices, pelo que se refere, designadamente, aos princípios da necessidade e proporcionalidade, na relação entre medidas antibranqueamento e tratamento de dados e, nessas circunstâncias, estará em um *overcompliance* por essência.

6. Conclusão

O *overcompliance* como um excesso não desejável da estratégia de prevenção e luta contra branqueamento de capitais é uma realidade que se infere a partir de dados empíricos, extraídos das consequências jurídicas e operacionais do sistema regulatório e operacional de prevenção do branqueamento.

De um lado, o *overcompliance* pode adquirir uma dimensão política, ou seja, refere-se a um excesso de *compliance* gerado diretamente ou indiretamente por parte dos reguladores e supervisores. É direto, quando se verificam situações em que um determinado Estado transpõe normas europeias ou internacionais de prevenção do branqueamento de maneira muito mais rigorosa do que o exigido (*gold plating*), sem que haja bases jurídicas para tal, ou quando as normas antibranqueamento conflituam com direitos fundamentais de maneira desproporcional em relação aos objetivos pretendidos. Nota-se que esta dimensão se infere a partir de verificações jurídicas concretas.

Por outro lado, na dimensão operacional intraempresarial, o *overcompliance* é verificado a partir de consequências práticas decorrentes da aplicação dos programas de *compliance*, como nos casos em

que uma instituição financeira evita um novo negócio sem sequer fazer uma prévia avaliação de risco (*de-risking*), ou quando passa a comunicar em excesso ou mesmo todas as operações suspeitas (*over-reporting*) aos supervisores. Nota-se, aqui, que estes efeitos também evidenciam a dimensão política do *overcompliance*, na medida que se materializam como reação a um ambiente de hiper-regulação e elevada pressão pelos reguladores e supervisores em relação a programas efetivos de *compliance*.

Há, ainda, uma dimensão que abarca hoje todo o sistema de prevenção do branqueamento de capitais e que se prende com a relação da estratégia de compliance com a proteção de dados. A falta de harmonização entre a regulação antibranqueamento e as regulações relativas à proteção de dados em geral tem o potencial de gerar, *por si mesmo*, um *overcompliance*, diante do estado de conflito permanente entre os dois âmbitos regulatórios, que se desenvolveram paralelamente, baseados em princípios e objetivos distintos.

Encontra-se o assistente onerado a deduzir acusação particular contra todos os suspeitos?

André Teixeira dos Santos

Juiz de Direito

*Mestre em Direito, Formador na
Ordem dos Advogados*

I. Introdução

1. O Estado é o detentor do monopólio da Justiça Penal, sendo sua função em exclusividade determinar o que é crime e em que moldes se perseguem as condutas criminosas. Não existe crime fora do que o Estado considere que deve ser considerado crime, por lei prévia, abstrata e genérica — *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* —, nem é possível haver aplicação duma pena sem um processo prévio — *nulla poena sine iudicio* — que culmine em sentença condenatória provida dum Tribunal [arts. 2.º, 8.º e 9.º do CPP 1, 9.º, al. b), 27.º, n.º 2, e 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP].

O órgão do Estado com a incumbência de exercer em *exclusivo* a ação penal² é o MP [arts. 219.º da CRP; 2.º, 4.º, als. c), d), e), o) e p),

¹ Os preceitos sem alusão a fonte reportar-se-ão ao CPP na versão em vigor a 30.04.2023, data da realização do presente estudo.

² Hodiernamente, o crime é perspetivado como uma ofensa intolerável a bens jurídicos imprescindíveis para a subsistência da comunidade, daí que o Direito Penal proteja valores tidos pela comunidade como essenciais, ganhando o crime foros dum assunto da comunidade e assumindo a pena uma natureza pública. Nas palavras de CESARE BECCARIA: «todo o delito, mesmo privado, ofende a sociedade» (*Dos Delitos e das Penas*, Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1998, p. 78). Todavia esta dimensão da pena, como é sublinhado por EDUARDO CORREIA, que conduz a

do EMP, e 3.º, n.ºs 1 e 3, da LOSJ] por ter sido subscrita a concepção de que o *ius puniendi* e o correlativo *ius procedendi* são de interesse eminentemente público, sendo vital haver um processo que regularize esse exercício do poder público (*publica potestas*) e garanta que os cidadãos não sejam alvo de abusos de poder, arbítrio, que seja um *fair trial*. O nosso modelo afasta-se, pois, tanto do inquisitório, seguindo-se a máxima *ne procedat iudex ex officio*, como do acusatório em *sentido estrito*, em que a ação penal é privada e se reconhece a todo e qualquer membro da comunidade (*quivis ex populo*) o direito de exercitá-la (ação popular). O processo penal não é pautado pela prossecução da vindicta privada, não sendo possível falar em relação jurídica *material* penal³, nem na existência dum direito *subjetivo* à imposição a outrem duma pena⁴ (ou de um direito *potestativo* de penar) — só os órgãos jurisdicionais, e só os que integrem a Ordem Penal, podem aplicar as normas penais⁵.

que a ação pública seja instaurada no interesse de todos (da comunidade) e não dum particular, não afasta, em tese, a possibilidade de a sua titularidade não ser pública (*Proceso Criminal*, Coimbra: Almedina, 1956, pp. 216-218).

³ Chamando a atenção para que a relação jurídica em processo penal, que não se confunde com a relação jurídica material, é distinta do processo civil, havendo uma dinâmica entre atos processuais praticados que se projetam para além da sua íntima coordenação, com referência a outros participantes no processo, sendo fundamental para a caracterização do processo as atividades dos sujeitos processuais, que formam a essência do processo, como jurisdição, ação e defesa, CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Universidade Católica, 1955, pp. 25-31.

⁴ Um indivíduo não pode arrogar-se ser detentor dum direito de crédito duma pena em relação a outrem, fruto duma relação jurídica forjada por violação de lei penal, TERESA ARMENTA DEU, “Principios y sistemas del proceso penal español”, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coord.: Gonzalo Quintero Olivares *et alii*), Elcano: Aranzadi, p. 59.

⁵ Com isto não se afasta a possibilidade de o legislador ordinário criar soluções de diversão, como seja a mediação não institucional, em que o início do processo e o seu fim passa sempre pela decisão do MP sujeito a critérios de estrita legalidade e objetividade, havendo sempre a possibilidade de seguir os ulteriores termos do processo tradicional no caso de frustração da mediação, cf. a Lei n.º 21/2007, de 12.VI, bem como, por todos, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Do processo sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade produzida?”, *O Direito* 1 (2005), p. 140, nota 12; CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

2. A natureza das normas penais, que são normas imperativas e de interesse público, por um lado, e o regime de monopólio em que se aplicam, por outro, permite falar em *princípio de necessidade, da legalidade e da oficialidade*. Havendo notícia de uma infração, o MP tem o dever de promover o processo penal (investigar oficiosamente) e de deduzir acusação ⁶, quando se tenham, na investigação, recolhido indícios suficientes de uma infração punível e esteja identificado o seu autor (arts. 48.º, 262.º, n.º 2, e 283.º, n.º 1) ⁷. No fundo, o princípio da oficialidade ⁸, intimamente ligado ao da legalidade, visa dar seguimento ao dever do Estado de administração e realização da Justiça Penal enquanto detentor de tal monopólio ⁹ e obter «a condenação judicial de todos os culpados e só dos culpados da prática de uma infração» ¹⁰ (*nec delicta maneant impunita*) ¹¹. O princípio da *imutabilidade* da acusação pública surge da conjugação destes dois princípios, no sentido de que não pode haver renúncia nem desistência dessa acusação.

3. Os princípios da proporcionalidade e da necessidade, previstos no art. 18.º, n.º 2, da CRP, deixam, porém, margem ao legislador

⁶ O dever de ponderar a aplicação, no caso concreto, de institutos de consenso ainda consubstancia a vinculação do MP ao princípio da legalidade, seguindo critérios de oportunidade vinculada previstos na lei por oposição a arbitrariedade.

⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Aequitas, 2009, p. 664.

⁸ Designação oriunda de Walther (1853) segundo informação de Binding, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 116.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 125; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Didot, 2019, p. 160.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹¹ O referido no texto não obsta a soluções de consenso ou de diversão nos termos vertidos na nota 6 que, apesar de porem em causa a absolutização do princípio nos moldes sintetizados no citado adágio latino, não deixam de estar delimitadas, serem a exceção e não assentarem na arbitrariedade. Soluções que surgem na tomada de consciência de que perante um aumento da pequena e média criminalidade, a Justiça não possui meios suficientes para perseguir todos os crimes e que existem outros mecanismos diversos da imposição duma pena aptos a atingir a pacificação social ou que, pelo menos, não ponham em causa as necessidades de prevenção geral e especial que se façam sentir no caso concreto [cf. a exigência de verificação deste requisito nos arts. 74.º, n.º 1, al. c), do CP, 280.º e 281.º, n.º 1, al. f)].

infraconstitucional para introduzir no próprio processo penal válvulas de ponderação dos interesses em causa. Assim, seja por razões de *necessidade da pena*, influenciadas pela ideia de Direito Penal fragmentário ou de *ultima ratio*, em que a infração não se relaciona «com bens jurídicos fundamentais da comunidade de modo tão directo e imediato que aquela sinta, em todas as circunstâncias da lesão — *v. g.* atenta a sua *insignificância* —, necessidade de reagir automaticamente contra o infractor»¹²; seja por razões de colisão de direitos fundamentais — *v. g.*, bem jurídico tutelado pela norma e reserva da vida privada, em que o crime afete de maneira profunda a esfera de intimidade da vítima —, dando o legislador prevalência ao interesse do particular¹³, inclusive evitando uma inconveniente intromissão na esfera das relações pessoais¹⁴; seja para obstar ao lastro duma enchente de processos penais por força do princípio da oficialidade em que seja duvidoso que o valor e interesse comunitário exijam a sua efetiva perseguição (bagatelas penais e pequena criminalidade)¹⁵, nem sempre se permite ao MP que prossiga sem mais a ação penal, prevendo-se, por um lado, condições de *persequibilidade* ou de *procedibilidade* e, por outro, condições de *prosseguibilidade*¹⁶. É o que acontece nos crimes particulares em sentido amplo, quer nos semipúblicos (ou quase públicos), em que o processo somente pode ter início com a dedução de queixa pelo seu legal titular (cf. arts. 113.º e seguintes do CP e 49.º), quer nos crimes particulares em sentido estrito¹⁷, em que além da dedução de queixa, é necessário haver constituição

¹² *Idem*, p. 121.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, *As Consequências Jurídicas...*, p. 667.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Considerando que os três motivos enunciados no texto para fundamentar a limitação do princípio da oficialidade e que remontam a 1838, a Mittermaier, não são suficientes para colocar na pessoa do ofendido a prerrogativa de decidir se o procedimento tem ou não *início*, antes pugnando pela previsão de critérios objetivos ou outros mecanismos processuais, não tendo a queixa a virtualidade de alcançar a paz jurídica, HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 977-978.

¹⁷ É de ter atenção que nos crimes públicos pode igualmente haver condicionantes, como sucede nos crimes praticados pelo Presidente da República, no exercício

de assistente no prazo legal¹⁸ e dedução de acusação particular (art. 50.º)¹⁹ ²⁰. O prazo para deduzir queixa e, no que concerne aos crimes particulares, para a constituição de assistente são manifestações no processo da fragmentariedade do Direito Penal²¹, cerceando que nesses casos, em que o interesse público comunitário não exige uma resposta penal, a iniciativa do particular se protelasse no tempo, ficando este impulso circunscrito a um prazo curto de seis meses para a queixa²² e de dez dias para a constituição de assistente. Trata-se de prazos de caducidade²³.

Resumidamente, o Direito Penal é o ramo de direito em que a coercibilidade é maior, permitindo-se, em certas circunstâncias, que o direito fundamental à liberdade seja comprimido. Para que uma conduta constitua um crime, além de o bem jurídico tutelado ter que ter *dignidade penal*, tem que ser necessário defendê-lo mediante o recurso ao Direito Penal — *carência de tutela penal* — por os outros

das suas funções, em que a iniciativa do processo cabe à Assembleia da República (art. 130.º, n.º 2, da CRP).

¹⁸ Cf. Ac. do STJ n.º 1/2011, publicado no D.R. 1.ª série, n.º 18, de 26.1.2011, pp. 529-549, que fixou a seguinte jurisprudência: «Em procedimento dependente de acusação particular, o direito à constituição como assistente fica precludido se não for apresentado requerimento para esse efeito, no prazo fixado no n.º 2 do art. 68.º do Código de Processo Penal».

¹⁹ O prazo para deduzir acusação particular somente se encontra limitado pela prescrição do procedimento criminal e pelos 10 dias de que o assistente dispõe a contar da notificação emitida pelo MP para a deduzir (art. 285.º, n.º 1). Tal como sucede nos crimes semipúblicos, o prazo para deduzir queixa não se confunde com o prazo para deduzir acusação.

²⁰ Para uma síntese histórica em Portugal, *vd.* JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1981, pp. 49-101.

²¹ Falando em manifestações da relação mútua de complementariedade funcional entre Direito Penal e Direito Processual Penal, que torna questionável se esses institutos têm natureza jurídico-substantiva, natureza jurídico-processual ou natureza dupla, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2021, p. 10.

²² Prazo que «termina às 24 horas do dia que corresponda, no sexto mês seguinte, ao dia em que o titular desse direito tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores; mas, se nesse último mês não existir dia correspondente, o prazo finda às 24 horas do último dia desse mês», Ac. do STJ n.º 4/2012, publicado no D.R., 1.ª Série, n.º 98, de 21.5.2012, pp. 2624-2640.

²³ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 674.

ramos do Direito se mostrarem ineficazes ou insuficientes para a proteção do bem jurídico — princípio da subsidiariedade (art. 18.º, n.º 2, da CRP). Todavia, não basta que a proteção a conferir ao bem jurídico passe por esse duplo crivo, havendo ainda que encontrar no próprio processo penal as mencionadas manifestações dos princípios da proporcionalidade e da necessidade. O legislador terá de discernir se o bem jurídico se encontra no âmbito do interesse individual, da pessoa individual, sem que a sua violação ponha em causa, de forma inadmissível, a convivência em sociedade ²⁴. Nessas situações a conduta criminosa deverá assumir a feição de crime semipúblico ou particular. O crime continua a existir enquanto tal, não desaparecendo, mas impede-se a sua perseguição penal ²⁵, que possa ser objeto de um processo penal (leia-se, de investigação criminal), com o conseqüente impedimento à aplicação duma pena ²⁶. Daí que seja comum afirmar que a queixa traduz um pressuposto *positivo* da punição por obstar à ação penal enquanto atividade de investigação ou probatória, sem que se circunscreva à fase do julgamento. A natureza público-objetiva da tutela penal não é posta em

²⁴ Um exemplo de bem jurídico que está afeto ao interesse individual de uma pessoa, mas cuja lesão porá em causa, de forma intolerável, a convivência em sociedade, é a vida. Uma tentativa de homicídio nunca poderia deixar de ser um crime público. Diversamente, um pequeno furto, apesar de a propriedade ter dignidade e carência de tutela penal, já não põe em causa, de forma intolerável, os valores ou interesses fundamentais à convivência humana em sociedade, podendo constituir um crime semipúblico. A diferença na opção entre crime semipúblico e particular reside no grau de “intimidade” que a lesão do bem jurídico acarreta, *v. g.*, própria das relações familiares, no diminuto desvalor de ação e de resultado dado o contexto em que o crime é praticado, como sucederá nos casos vertidos no art. 207.º, n.º 2, do CP, ou na subjetividade da ofensa merecedora de perseguição penal, como sucede com os crimes contra a honra em que o visado não exerce funções públicas.

²⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE/MERCEDES GARCÍA ARÁN, as condições objetivas de procedibilidade ou perseguibilidade condicionam a abertura do processo crime; mais rigorosamente, acrescentamos, condicionam a abertura da investigação. Trata-se de obstáculos processuais que, no fundo, têm, na prática, a mesma função que as condições objetivas de penalidade, sem que se confundam com estas (sublinhamos nós), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 417.

²⁶ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona: Editorial Reppertor, 2004, p. 178.

causa, não pondo em causa a punibilidade do crime ²⁷, antes somente operando sobre o plano processual ²⁸ e, nessa medida, o conteúdo de tais pressupostos processuais não se encontra abrangido pelo princípio jurídico-substantivo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ainda que possam relevar para efeitos de aplicação do regime concretamente mais favorável ao agente (art. 2.º, n.º 4, do CP) ²⁹. Trata-se de circunstâncias *alheias* ao acontecer do facto, pois no momento da execução do facto ninguém pode afirmar que se venham a verificar e nas quais ninguém se pode fiar, não se confundindo, por conseguinte, com as condições objetivas de punibilidade ³⁰.

Esta ideia de subsidiariedade esteve presente na revisão do CP de 1995, tendo-se aumentado os casos de crimes semipúblicos, contribuindo, desta forma, para o evitar de conflitos. Se não existem razões de prevenção geral que imponham a aplicação de uma sanção e a vítima não manifesta vontade nesse sentido, é preferível desjudicializar o episódio, em nome da pacificação social e do respeito pela vontade da vítima. Assumindo contornos de política criminal, está-se a reforçar o figurino do Direito Penal como *ultima ratio*, de *intervenção mínima*. Repudia-se, contudo, conceções em que o processo não poderia prosseguir por a vítima ter permitido culposamente o crime (*v. g.*, deixar-se enganar), ou já se ter reconciliado anteriormente com o autor

²⁷ Os fins das penas, as finalidades extrapenais e os pontos de vista da culpabilidade não têm aptidão para aferir se estamos perante uma condição objetiva de punibilidade ou de procedibilidade, já que os pressupostos da procedibilidade, como sucede nas situações legais de aplicação do princípio da oportunidade, podem refletir no seu conteúdo essas noções. Veja-se o caso da suspensão provisória do processo em cujo elenco de requisitos figuram a ausência de um grau de culpa elevado e o cumprimento das injunções responderem de forma suficiente às exigências de prevenção geral e especial que se façam sentir no caso concreto [art. 281.º, n.º 1, als. e) e f)], ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid: Civitas, 2001, p. 991.

²⁸ FERNANDO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova: Cedam, 2004, p. 248; ROXIN, *op. cit.*, p. 988; JAKOBS, *Derecho penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 412.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 663. ROXIN entende que as condições de procedibilidade não estão sujeitas ao princípio da proibição de retroatividade plasmada no art. 103 II da Constituição da Alemanha, *op. cit.*, p. 992.

³⁰ ROXIN, *op. cit.*, pp. 988-992.

do crime, que nada têm a ver com a figura do perdão ³¹ ou com a de desistência de queixa ³².

II. Queixa e acusação particular

1. Nos crimes semipúblicos a lei processual prevê «[o] procedimento criminal depende de queixa» (cf., entre tantos, sempre com essa formulação, arts. 143.º, n.º 2, 153.º, n.º 2, 154.º, n.º 4, 154.º-A, n.º 4, 156.º, n.º 4, 178.º, n.º 1). A regra é a natureza pública do crime do ponto de vista procedimental, pelo que se não for contemplada a mencionada previsão o crime será público. A própria formulação legal coloca a necessidade de queixa ao nível de condição de *procedibilidade*, ou seja, para que a ação penal possa ter *início* é necessária a dedução de queixa nos crimes semipúblicos. Não se trata, pois, de falta de legitimidade do MP para praticar atos no processo, dado que não perde legitimidade para arquivar o processo, inclusive por falta de queixa, e sem que a legitimidade para a ação penal passe para as mãos de entidade ou pessoa diversa. Arquivar o processo por falta de verificação dum condição de procedibilidade ainda consubstancia o exercício da ação penal na medida em que decide sobre o seu desfecho, embora por razões diversas do mérito.

Logo, o termo *legitimidade* usado pela lei nos arts. 48.º, 49.º, 50.º e 52.º não equivale a *pressuposto processual ativo* para a ação penal, nos moldes pensados para a legitimidade ativa do processo civil, uma vez que não retira ao MP legitimidade para decidir, em primeira linha, o desfecho do processo. Seria inusitado que o próprio sujeito decidisse sobre se reuniria em si os pressupostos processuais para a ação. O termo é usado antes, no contexto do processo que tem como objeto crime semipúblico ou particular, como *condicionando* a sua legitimidade para

³¹ O art. 3.º do DL 35.007 previa esta figura. O novo regime do CPP87 preferiu a figura da desistência da queixa, embora a Lei 59/2007, de 4.IX, viesse introduzir, em determinadas circunstâncias, a possibilidade de extinção da responsabilidade criminal para alguns crimes públicos, mediante a concordância do ofendido (art. 206.º, n.º 1, do CP). Sobre a distinção entre as duas figuras, cf. Ac. do STJ de 18.6.1985, *BMJ* 348, 282.

³² HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *op. cit.*, p. 978, nota 10.

praticar atos de investigação, de acusação ou aplicação de instituto de consenso, e ainda de remessa dos autos para julgamento. Donde, a queixa, mais do que ser um pressuposto positivo da punição, surge como um obstáculo/impedimento a que sejam encetadas diligências de investigação, que constitui o cerne do processo penal na sua primeira fase — o inquérito. Constitui um pressuposto positivo do *início do processo investigativo* dum crime semipúblico ou particular.

2. Existe queixa independentemente do *nomen iuris* usado, assumindo aqui relevância o seu conteúdo que tem de espelhar «a intenção inequívoca³³ do titular de que tenha lugar procedimento criminal por certo facto. O que só é reforçado pelo disposto no n.º 1 do artigo 49.º ao acentuar que, quando o procedimento criminal depender de queixa do ofendido ou de outras pessoas, é necessário que essas pessoas deem conhecimento do facto ao Ministério Público, para que este promova o processo»³⁴.

Tratando-se a queixa dum ato em que se manifesta uma vontade, esta pode resultar de forma presumida³⁵. Contudo, daqui não resulta que seja fruto de especulação, reclamando antes uma segurança apoiada em comportamentos concludentes inequívocos^{36 37}.

³³ Sublinhando que não é preciso fazer constar da queixa as palavras “perseguição criminal”, bastando que o impulso de acionar o processo crime provenha do ofendido sem deixar dúvidas, ROXIN/SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 473.

³⁴ P. 2630 do Ac. do STJ n.º 4/2012, citado na nota 22.

³⁵ Contra, Ac. do TRE de 20.11.2012, P. n.º 1831/10.9TAPTME1, disponível em www.dgsi.pt, à semelhança dos ulteriores arestos citados sem indicação da fonte.

³⁶ Não se concorda, pois, com a afirmação vertida no Ac. do TRL de 18.02.2003, P. n.º 0084955, de que bastaria dar notícia a um órgão de polícia criminal de que se tinha sido vítima de um crime de ofensas à integridade física para daí se considerar, sem mais, que se manifestou desejo de procedimento criminal, o que faria coincidir os conceitos de denúncia com o de queixa/participação, ainda que estejamos perante uma situação de denúncia facultativa (artigo 244.º). Nesta matéria é elucidativo o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de 06.03.1963, na vigência do CPP de 1929, que propugnava que se não fosse inequívoca a vontade de instaurar procedimento criminal, o participante deveria ser ouvido, não para confirmar a denúncia, mas para a esclarecer.

³⁷ Sobre o tema, cf. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Queixa, participação e acusação particular *versus* crime público convolado em crime particular em sentido

3. O mesmo sucede com os crimes particulares no âmbito dos quais, para que o processo possa ter *início*, sem que seja liminarmente arquivado ³⁸ sem a prática de qualquer ato investigatório, tem de, para além da apresentação da queixa, ser requerida a constituição de assistente no prazo de dez dias a contar da advertência para o efeito ³⁹ ⁴⁰ ou da queixa, se na mesma se transmitiu o desejo nessa constituição (arts. 68.º, n.º 2, e 246.º, n.º 4).

4. As condições de *prosseguibilidade*, por seu turno, têm como pano de fundo uma ação penal que *já* foi iniciada e em que num determinado ponto do processo se exige a prática dum ato por pessoa diversa do MP. Um exemplo disso consiste na dedução de acusação particular nos crimes particulares. A expressão usada pelo legislador é «[o] procedimento criminal depende de acusação particular» (cf., a título de exemplo, arts. 188.º, n.º 1, e 207.º, n.os 1 e 2). Nestes crimes, com a apresentação de queixa e do requerimento de

amplo por força de *redução* dos factos objeto do processo”, *Revista do Ministério Público* 173 (2023), pp. 106-110.

³⁸ Como refere MARIA JOÃO ANTUNES, «[n]ada obsta (antes tudo aconselha) a que o ministério público archive o inquérito se for legalmente inadmissível o procedimento (art. 277.º, n.º 1, do CPP). Nomeadamente por extinção do direito de queixa [...] A natureza particular dos crimes não se opõe a este entendimento, devendo ser salientado que a circunstância de o procedimento depender de acusação particular não tem o sentido de depender exclusivamente do assistente, sem quaisquer limites, a decisão de submeter a causa a julgamento» (*op. cit.*, pp. 89-90).

³⁹ A advertência tem de ter lugar seja a queixa verbal ou escrita, seja apresentada junto de entidade policial ou nos serviços do MP, uma vez que o n.º 2 do art. 68.º remete *tout court* para o regime da advertência. Assim, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 112.

⁴⁰ Há quem pugne que, na omissão da advertência, o prazo para a constituição de assistente coincide com o prazo máximo para deduzir queixa (cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 217). Todavia, estamos perante dois atos independentes (queixa e constituição de assistente). Na medida em que é a própria lei que estipula que o prazo de dez dias se conta a partir da mencionada advertência, que pressupõe a dedução da queixa, não cabe ao intérprete introduzir limitações adicionais.

constituição de assistente, no prazo legal, desbloqueia-se a condição de procedibilidade podendo, por conseguinte, o processo ter propriamente início com o encetamento de diligências de investigação. O MP, como se referiu, continua a ser o titular da ação penal e é ele quem tem legitimidade para (i) arquivar, na falta de apresentação de queixa e constituição de assistente no prazo legal, bem como para (ii) arquivar os autos na falta de dedução de acusação particular no prazo legal ⁴¹, e para (iii) remeter os autos para a fase seguinte, se a acusação particular for deduzida no prazo legal. Uma vez que a ação penal já teve início, tendo sido praticados atos de inquérito, nomeadamente de investigação, no momento em que o assistente é notificado para, querendo, deduzir acusação particular (art. 285.º, n.º 1), estamos perante uma condição de prosseguibilidade ⁴² para que a ação penal possa prosseguir os seus termos, o que vale dizer para a fase seguinte, ou seja, para que o arguido possa ser submetido a julgamento, sem que a omissão desse ato ponha em causa a validade e eficácia dos atos processuais praticados.

Em boa medida, ambas as condições em análise funcionam como *limites* da promoção processual do titular da ação penal. As primeiras (condições de *perseguibilidade* ou de *procedibilidade*) laboram ao nível do *início* do processo, *condicionando* o encetamento de diligências de investigação, enquanto as segundas atuam no *decorrer* do processo, podendo ter um carácter negativo (o processo poder prosseguir até se verificarem), como sucede com o óbito do arguido (art. 127.º,

⁴¹ Daí que não seja possível ao assistente requerer a abertura de instrução em caso de arquivamento por crime particular [art. 287.º, n.º 1, al. b)], desde que a *decisão de não acusação* seja da *sua* responsabilidade. A *ratio* subjacente a tal constrangimento impõe que se restrinja a limitação a essa situação, não havendo qualquer óbice à abertura de instrução pelo assistente se o MP não o notificar para deduzir acusação particular, ou se arquivar o processo por erroneamente considerar que a acusação foi deduzida fora de prazo. De outro modo, ficaria arredado injustificadamente o mecanismo de controlo *judicial* da decisão final de arquivamento, vulnerando-se o princípio da legalidade da promoção processual e o modelo legal e constitucional de repartição de funções entre as duas magistraturas, MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 100-101.

⁴² TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 390, nota 506.

n.º 1, do CP) e com a desistência do Presidente da República no crime de ofensa à sua honra (art. 328.º, n.º 3, do CP) ⁴³.

5. A queixa como condição de procedibilidade não se prende com direitos do arguido, mas conferir prevalência ao interesse do particular. Neste contexto, a consciência do ofendido das consequências de não apresentar queixa é vital. Daí que a Lei n.º 26/2010, de 30.VIII, tenha introduzido no n.º 2 do art. 247.º a obrigação de o MP informar o ofendido sobre o regime do direito de queixa e as suas consequências processuais. Trata-se duma manifestação de conferir uma tutela jurisdicional efetiva aos interesses do ofendido postos em causa com a prática do crime (art. 32.º, n.º 7, da CRP), *coresponsabilizando* o MP pela falta de exercício do direito de queixa, na medida em que lhe cabe aferir, ao lhe serem comunicadas todas as notícias de crime, se estamos perante um procedimento dependente de queixa tendo, na afirmativa, a obrigação de contactar o respetivo titular para lhe prestar a mencionada informação. Isso também vale para os autos de notícia em que órgão de polícia criminal surja como ofendido, mas não assumam os contornos duma verdadeira participação.

Embora o não cumprimento pelo MP do dever de informar o ofendido não constitua qualquer causa impeditiva de caducidade do direito de queixa, poderá ser fundamento de sanção disciplinar por falta de zelo.

III. Natureza jurídica da queixa e da acusação particular

1. Encontra-se profusamente difundida a ideia de que a queixa consubstancia uma condição de procedibilidade, seja na vertente de pressuposto processual, seja como obstáculo à legitimidade do MP promover o procedimento criminal.

⁴³ Pode suceder que nem todos os factos vertidos na denúncia ou na acusação pública se encontrem suficientemente indiciados e daí resultar, perante uma factua-
lidade mais restrita, que a natureza processual do crime se transmute, seja no final
do inquérito, da instrução do julgamento ou do recurso. Sobre esta temática, cf.
ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 87-138.

DAMIÃO DA CUNHA critica esta ideia, pugnando que não tem apoio na lei, não tendo correspondência com a definitividade que traduz o não exercício da queixa e a sua desistência e que não serve para explicar o fenómeno da desistência de queixa ⁴⁴.

2. A queixa e a desistência são duas faces da mesma moeda, são atos de sinal contrário, mas não significa que desempenhem idêntico papel processual. A existência de queixa não acarreta que venha a ocorrer a sua desistência, nem que esta necessariamente seja possível por estar dependente da qualificação jurídica dos factos como crime particular em sentido amplo. Uma queixa pode ser apresentada sem que o processo o reclame, revestindo um ato inútil, por estar em causa um crime público. Pode ser deduzida por os factos sobre os quais recai o reclamarem para que o procedimento possa prosseguir, mas da investigação resulte factos que consubstanciem um crime público.

3. Processualmente ⁴⁵ a queixa interessa, pois, enquanto ato sem o qual o procedimento investigatório não pode ter início. Funciona, deste modo, na negativa, como impedimento ao início da investigação criminal; na positiva, como destrave da investigação, possibilitando-a e, conseqüentemente, a comprovar-se que o arguido praticou um crime, que ocorra a sua punição. É nesta medida — e tão-só por isso — que funciona como causa positiva de punição.

Adquirida a notícia do crime por meio diverso de ato praticado pelo titular do direito de queixa, comunicado a este último tal notícia e que carece de ser apresentada a queixa, a lei não impõe que o MP tenha de esperar pela caducidade do exercício desse direito para arquivar os autos, apesar de sensatamente dever fazê-lo para que a questão fique definitivamente resolvida. Mais, a morte do arguido extingue a sua responsabilidade criminal, sem que tal facto afaste a existência de crime. Apesar do seu carácter definitivo, não afasta que

⁴⁴ “A participação dos particulares no exercício da acção penal: alguns aspectos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 4 (1998), pp. 612-615.

⁴⁵ Sem que se esteja a tomar posição sobre a natureza processual, substantiva ou mista da queixa, por razões de espaço e não ter pertinência para o presente estudo.

haja autores que o erijam a pressuposto processual negativo, na vertente da perseguibilidade ⁴⁶.

4. DAMIÃO DA CUNHA sublinha que as condições de procedibilidade e as de promovibilidade, segundo a teoria dominante, são figuras enquadráveis nas “condições da ação” e, conseqüentemente, têm que estar preenchidas no momento do exercício da ação penal ⁴⁷, o que não encontraria suporte legal quanto à queixa, nem abarcaria a desistência da queixa.

A queixa nos crimes particulares em sentido amplo constitui a condição para que os atos de investigação possam ter lugar ⁴⁸.

Este regime não afasta o regime das condições de procedibilidade e de prossequibilidade, uma vez que as condições da ação, inclusive os seus impedimentos/obstáculos, têm de ser aferidos no momento-chave a que se reportam. Assim, a necessidade de queixa tem como enquadramento processual o início da investigação e a acusação particular o encerramento do inquérito. As exigências legais quanto a essas condições remontam à data em que tais atos deveriam ter sido praticados ⁴⁹. Daí que se a mãe de menor de 16 anos tiver legitimidade para apresentar queixa em nome deste à data em que o fez, é irrelevante que, atinvida a maioridade do ofendido, este não apresente nova queixa ⁵⁰.

Se no momento do início da investigação era necessário ter sido deduzida queixa para que os atos investigatórios pudessem ter lugar e os mesmos são levados a cabo sem haver queixa, verifica-se a falta

⁴⁶ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *op. cit.*, pp. 250-257.

⁴⁷ *Idem*, p. 614.

⁴⁸ Há quem defenda que a falta de queixa fere os atos praticados com a nulidade insanável prevista no art. 119.º, al. b). Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 34; Ac. do TRC de 15.03.2006, P. n.º 4349/05.

⁴⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica, 2022, p. 521. Daí que a noção de pressuposto processual que tem de se verificar desde o início do processo até ao fim se mostrar incompatível com a salvaguarda dos atos probatórios praticados que estão na base da convalidação de crime público em crime particular em sentido amplo. Afastamo-nos, assim, do Ac. do TRE de 25.10.2016, P. n.º 40/15.5GAORQ.E1.

⁵⁰ *Ibidem*.

duma condição de procedibilidade que fere todos esses atos duma nulidade insanável. O mesmo sucede se no encerramento do inquérito devesse ser deduzida acusação particular e o processo prossegue para a fase seguinte pelos factos que deveriam constar daquela acusação, apesar de não ter sido deduzida (atempadamente).

5. Contrariamente ao que sucede nos crimes públicos, nos crimes semipúblicos e particulares poderá haver desistência de queixa até à publicação da sentença na primeira instância (art. 116.º, n.º 2, do CP). A desistência da queixa torna impossível que a mesma seja renovada, o que vale dizer que não pode ser deduzida novamente (contra a mesma pessoa) ⁵¹. Donde, a desistência de queixa surge na dinâmica do processo como *causa de extinção* do processo, o que, de resto, se encontra em consonância com a outra face da moeda que é a queixa assumir a feição de condição de procedibilidade, ou seja, *causa de início* do processo investigatório. No fundo, dois atos de sinal contrário e simétricos.

A conceção de VOLK de relacionar a queixa com o fim do processo de obter a paz jurídica, entendida normativamente como «o momento a partir do qual a comunidade pode razoavelmente tranquilizar-se sobre a suspeita da prática de um facto» ⁵² tem a virtualidade de sublinhar que a exigência de queixa se prende com a opção legal de perante uma determinada ofensa dum bem jurídico os interesses da comunidade se bastarem com a vontade do ofendido diretamente afetado pelo crime e que será afetado pelo processo. Nessa medida, sob pena de defraudação da opção legal, o ofendido deve ter tido oportunidade de manifestar a sua vontade, não sendo surpreendido com uma absolvição ou um arquivamento por falta de queixa ou de dedução de acusação

⁵¹ São de salvaguardar as situações de comparticipação (arts. 115.º, n.º 3, e 116.º, n.º 3, do CP), sem olvidar que é possível apresentar queixa contra uma pessoa, em autoria singular, e, posteriormente, apercebendo-se o queixoso que se enganara, por erro, na identidade do agente do crime, desistir da queixa e apresentar nova queixa contra o verdadeiro perpetrador, por o prazo não se encontrar decorrido, dado não estarmos perante lapso (negligente) mas sim erro, contando-se os seis meses a partir do momento em é apercebido o erro de troca de identidade.

⁵² Citado por DAMIÃO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 614.

particular, num cenário em que os factos objeto dos autos foram perspetivados pelo MP e/ou pelo Juiz de forma assumida como consubstanciando um crime público, sem erro ou lapso na sua qualificação jurídica.

IV. Desistência de queixa *ope legis*

1. No caso de o queixoso saber quais são os presumidos agentes (autores e participantes) ⁵³ do crime, deverá indicar que deseja procedimento criminal contra aqueles, ainda que sem uma indicação completa dos dados identificadores ⁵⁴. Todavia, se não souber o seu nome, bastará indicar elementos que permitam identificá-los ou inclusive apresentar queixa contra desconhecidos, deixando-se para o inquérito as diligências de apuramento da sua identidade. Daí que o prazo para deduzir queixa, que não se confunde com o prazo de prescrição do procedimento criminal e que corre independentemente do prazo daquela, somente comece a correr a partir do momento em que o titular tiver conhecimento dos agentes do crime, caso isto não coincida com a data da prática dos factos (art. 115.º, n.º 1, do CP).

2. Se no decurso do inquérito se apurar que a queixa foi dirigida contra pessoa diversa de quem efetivamente praticou o crime, daí não decorre que deixe de haver queixa, pois esta corresponde a dar conhecimento de factos ao MP (ou a órgão de polícia criminal que transmitirá àquele a queixa), ou seja, o seu conteúdo é naturalístico — o acontecimento histórico, a concreta situação da vida — e não jurídico. Nem o conhecimento em causa é judicial, por as normas respeitantes à queixa se reportarem a um momento em que ainda não existe ação penal pendente ⁵⁵.

⁵³ A lei utiliza o vocábulo autor, mas em bom rigor deveria utilizar o termo agente por estarem em causa tanto casos de autoria como de acessoriedade, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 674.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 412; Acs. do TRG de 24.1.2005 e do TRP de 29.4.2009, P. n.ºs 2097/04-1 e 190/07.1GAMDB.P1, e já o Ac. do STJ de 13.7.1988, *BMJ* 379, 555.

3. Uma queixa pode ser apresentada contra desconhecidos se o queixoso desconhecer quem são os agentes do crime, bem como contra somente alguma das pessoas cuja identidade se sabe e desconhecidos. Nesta última hipótese, o queixoso desconhece a identidade de todos os agentes do crime, devendo identificar aqueles que sabe quem são e precisar quantas pessoas praticaram os factos e cuja identidade não consegue dizer.

4. Pode igualmente apresentar queixa contra uma única pessoa por desconhecer que o crime foi praticado por mais do que uma, apurando-se no inquérito esta última circunstância, valendo, nessa medida, a queixa contra todos os participantes, sejam autores, sejam cúmplices — art. 114.º do CP.

Afastamo-nos, deste modo, da tese que defende que, averiguada em inquérito por crime semipúblico a existência de participantes não denunciados, deve o MP, antes de deduzir acusação, notificar o queixoso para, querendo, apresentar queixa também contra eles, sob pena de extinção do procedimento criminal contra todos, face ao disposto no art. 115.º, n.º 3, do CP ⁵⁶.

A queixa constitui uma condição de procedibilidade para que a investigação do crime possa ter início. A *ratio* do art. 114.º do CP consiste justamente na opção legislativa de considerar que quem apresenta uma queixa fá-lo, à partida, contra todos os agentes do crime, a menos que se apure que circunscreveu, intencionalmente, o seu desejo de procedimento criminal quanto a algumas pessoas. Daí se prever, sem exigência de qualquer ulterior ato, uma extensão da queixa a todos os participantes. O efeito útil do art. 115.º, n.º 3, do CP, assenta em esclarecer, por um lado, que o prazo para deduzir queixa se conta a partir do momento em que o seu titular tem conhecimento do crime e *dum* dos seus agentes e não de *todos* os agentes (art. 115.º, n.º 1, do CP), e, por outro, que se tiver conhecimento, aquando da apresentação da queixa, da existência de outros agentes, mas não a deduzir contra estes, essa omissão aproveitará a todos os participantes.

⁵⁶ Assim, Ac. do TRC de 8.9.2010, P. n.º 142/08.4GDSCD.C1.

Em suma, «em situação de comparticipação, desconhecendo o queixoso, aquando da apresentação da queixa contra determinadas pessoas pela prática de crime, existirem outro(s) comparticipantes, cuja existência e identificação se veio apurar no inquérito, a queixa apresentada contra aqueles outros é extensiva a este(s) último(s), atento o disposto no artigo 114.º do Código Penal, não carecendo de apresentação de outra queixa expressamente contra o(s) mesmo(s), para que se considerem verificados os pressupostos do procedimento criminal contra todos os comparticipantes, com a subsequente dedução de acusação»⁵⁷.

5. Se, todavia, o queixoso sabia quem eram os agentes dos factos de que foi vítima e tinha possibilidade de os identificar, mas omitiu de propósito a identificação de pelo menos um dos agentes do crime, conduz à caducidade do direito de queixa em relação ao(s) indivíduo(s) omitido(s), consequentemente aproveitando aos restantes agentes do crime identificados na queixa e que não possam ser perseguidos pelo crime sem queixa — art. 115.º, n.º 3, do CP⁵⁸.

Por exemplo, *Antónia* e *Bernardo*, respetivamente irmã e cunhado de *Carlos*, desferiram dois murros no estômago deste. Carlos apresentou queixa por estes factos somente contra *Bernardo*.

Daniel e um desconhecido desferiram dois murros na cabeça de *Eduardo*. Este apresentou queixa por estes factos somente contra *Daniel*, nada dizendo quanto ao desconhecido, apresentando uma versão em que o seu único agressor teria sido *Daniel*.

Em ambas as situações, o queixoso não apresenta queixa contra todos os agentes do crime, omitindo deliberadamente um, não deduzindo queixa contra essa pessoa. É de notar que no segundo exemplo teria de deduzir queixa contra *Daniel* e contra um desconhecido.

⁵⁷ Ac. do TRG de 23.10.2017, P. n.º 68/14.2TAAVV.G1.

⁵⁸ Ac. do TRG de 26.9.2016, processo n.º 90/14.9GAMGD.G1. Tem vindo a ser considerado que no crime de difamação cometido através da imprensa, a queixa deverá também ser apresentada contra o diretor da publicação ou o responsável pelo que se publica, por o crime, para ser praticado, carecer do aval daquele indivíduo na medida em que lhe cabe decidir, orientar e fiscalizar tudo o que é publicado, Ac. do TRG de 20.2.2009, P. n.º 2399/08-1.

Destarte, nos 2 casos a consequência é o arquivamento do processo em relação a ambos os agentes do crime por inadmissibilidade do procedimento face ao disposto no art. 115.º, n.º 3, do CP, que consagra o princípio de indivisibilidade da queixa.

6. Dever a queixa ser deduzida contra *todos* os suspeitos conhecidos do queixoso não é sinónimo de *todos* serem constituídos arguidos. Um inquérito pode correr contra uma pessoa determinada sem que venha a ser constituída arguida, desembocando num arquivamento. Essa constituição dependerá de haver uma suspeita *fundada* da prática de crime [arts. 58.º, n.º 1, al. a), e 59.º, n.º 1]. Pode suceder que ouvido o queixoso e produzidas todas as diligências de investigação tidas por pertinentes, o MP conclua não haver indícios suficientes de que um dos suspeitos praticou o crime, sendo, pois, impertinente a sua constituição como arguido ⁵⁹.

7. Das hipóteses *supra* enunciadas torna-se claro que o âmbito de aplicação dos arts. 114.º e 115.º, n.º 3, do CP, não é coincidente e estes reportam-se a situações diversas.

No primeiro, visa-se que o desconhecimento do queixoso não ponha em causa o procedimento contra os participantes desconhecidos por este. Uma das finalidades do inquérito consiste em apurar *todos* os agentes do crime. Se o queixoso pensava que o crime tinha sido perpetrado por *Fernando*, mas vem a descobrir-se no inquérito que foi por Fernando e *Gustavo*, ou que foi executado somente por Gustavo, estando Fernando inocente, o art. 114.º permite que o

⁵⁹ Pode igualmente, antes da constituição do(s) suspeito(s) como arguido(s), o queixoso desistir da queixa. Não se vislumbra que, nessa situação, haja qualquer óbice à homologação da desistência sem que tenha de haver prévia constituição de arguido. Não havendo ainda arguido constituído não há arguido para notificar da desistência. Arguido não é sinónimo de suspeito, usando a lei esta última terminologia em alguns casos sem que lhe confira o estatuto de sujeito processual. As razões subjacentes ao regime da notificação da desistência da queixa ao arguido parecem prender-se com a carga pejorativa que a constituição dum sujeito nessa qualidade possa acarretar. Diversamente, pugnando que a desistência da queixa pressupõe já haver um arguido constituído, DAMIÃO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 602.

processo prossiga contra o(s) autor(es) do crime apurado(s). O que importa é o texto da queixa para aferir-se se o queixoso deixou de fora, de propósito, algum agente do crime. O que se vier a apurar no inquérito somente releva caso se constate que o queixoso sabia que o crime tinha sido praticado por outra(s) pessoa(s) mas optou por não deduzir a queixa contra esta(s).

Na previsão contida no art. 115.º, n.º 3, do CP, pretende-se salvaguardar que o queixoso, intencionalmente, escolha quem deva ser perseguido criminalmente, tendo o legislador colocado nas suas mãos, no que concerne aos crimes semipúblicos e particulares, tão-só a perseguição do crime. O queixoso somente pode escolher se deseja ou não procedimento criminal quanto àqueles factos e não quanto a cada um dos seus agentes. Para verificar se existiu essa escolha, não releva o que se apurou no inquérito quanto à existência ou não de participação, por o momento de aplicação do preceito em questão ser prévio à instauração do próprio inquérito, das diligências de investigação. Destarte, a análise assentará única e exclusivamente no teor da queixa, relevando o apurado no inquérito apenas se se tiver constatado que o queixoso sabia que o crime tinha sido praticado por outra(s) pessoa(s) mas optou por não deduzir a queixa contra esta(s). Conhecimento, portanto, reportado ao momento da apresentação da queixa e não advindo posteriormente.

8. Participação não se confunde com autoria paralela. Naquela há, de certo modo, uma conjugação consciente de condutas de *todos*⁶⁰ os participantes; nesta não — existe um encontro independente e casual de autorias individuais, embora tendo em vista a mesma realização típica ou o mesmo resultado. Nem se confunde com autorias consecutivas perpetradas por agentes diversos.

Por exemplo, *Hélder* entregou aos irmãos *Inês* e *Jaime* um faqueiro em prata para que o guardassem por uma semana na casa em que coabitavam. Todavia, estes, sem autorização ou consentimento do

⁶⁰ Todos porque se um atuar sabendo da conduta do outro sem que este último saiba da atuação do primeiro, já haverá autoria paralela e não coautoria, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, I, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 952.

primeiro, venderam e entregaram-no a *Leonel*. A quantia que receberam a título de preço foi gasta totalmente por Jaime nas suas férias.

Marco foi detido pela PSP. Durante o tempo em que estava detido, *Nuno*, na presença de agentes da PSP, desferiu três socos na face de Marco, sem que aqueles tivessem intervindo, para o impedir, fingindo que nada se passava ⁶¹.

Oscar desferiu em *Pedro* um murro nas costas e abandona o local. *Quirino*, aproveitando que Pedro se desequilibrou e caiu no chão, dá-lhe um pontapé na barriga.

No primeiro caso estamos perante um crime de abuso de confiança, previsto e punido no art. 205.º, n.º 1, do CP, praticado em coautoria (art. 26.º, 3.ª parte, do CP). O facto de o produto do crime ter sido usufruído única e exclusivamente por Jaime não afasta que o crime tenha sido executado em comunhão de esforços com Inês, de forma consciente, mediante plano previamente gizado por ambos.

No segundo caso não há comunhão de esforços, não há coautoria, nem qualquer situação de comparticipação, mas sim de autorias paralelas, em que a ação dum indivíduo, conjugada com a omissão de outros, sem ser previamente concertada, desemboca num crime.

No terceiro caso há autorias subseqüentes, autónomas e independentes materializadas em duas condutas distintas que, *per se*, consubstanciam a prática dum crime, ainda que do mesmo tipo legal.

No primeiro caso a queixa tem de ser apresentada contra Inês e Jaime, sob pena de arquivamento do processo em relação a ambos

⁶¹ JAVIER SÁNCHEZ-VERA dá este exemplo de pessoa que inflige lesões físicas a vítima que se encontrava aos cuidados de agentes da polícia e na presença destes e que deixam que ocorra a agressão sem nada fazer. Os polícias seriam autores do crime ofensas à integridade física por omissão cometidas por funcionário (§ 340 StGB), devido à sua posição de garante, enquanto a pessoa que causou as lesões seria autor do crime de ofensas à integridade física por ação (§ 223 StGB), *Pflichtdelikt und Beteiligung — Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 158. Sobre uma síntese de várias situações e posições na doutrina da posição de garante, cf. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 42, n.º 2 (2001), pp. 1261-1328.

os agentes do crime por inadmissibilidade do procedimento — art. 115.º, n.º 3, do CP.

No segundo e terceiro casos, não havendo participação, tanto a queixa como a desistência podem ater-se a um dos indivíduos sem que daí resulte qualquer repercussão no procedimento criminal quanto ao agente contra o qual a queixa foi apresentada e não for objeto de desistência.

9. A renúncia não se confunde com a desistência de queixa.

A primeira consiste na vontade do seu titular não exercer o direito de queixa.

O titular do direito de queixa pode renunciar à queixa desde que o faça em data posterior à do crime, sob pena de estarmos perante um consentimento [arts. 31.º, n.ºs 1 e 2, al. *d*), e 38.º do CP]. Esta renúncia pode ser expressa ou deduzir-se de factos por si praticados — art. 116.º, n.º 1, do CP —, como sucede com a prévia instauração de ação civil para obter indemnização pelos danos sofridos com o crime, constituindo tal comportamento uma assumida presunção do legislador de que com isso estará a renunciar ao processo crime no âmbito dos crimes semipúblicos e particulares (art. 72.º, n.º 2).

A renúncia pressupõe que não tenha sido apresentada queixa, pois caso contrário estaremos perante uma desistência de queixa.

A renúncia é um ato pessoal, não influenciando no direito de queixa dos restantes titulares.

10. A desistência é um ato pessoal, não influenciando no direito de queixa dos restantes titulares que o tenham exercido.

A desistência da queixa impede a sua renovação — art. 116.º, n.º 2, 2.ª parte, do CP.

A desistência em relação a um dos participantes aproveita aos demais, salvo em relação àquele(s) que se opuser(em) expressamente à desistência — art. 116.º, n.º 3, do CP. Isto vale igualmente se houver responsabilidade cumulativa de pessoa singular e pessoa coletiva ou entidade equiparada — art. 116.º, n.º 4, do CP.

Como já se referiu, é de ter em atenção que participação não se confunde com autoria paralela. A extensão *ope legis* da desistência da queixa aos demais, independentemente da vontade do titular do

direito de queixa, somente opera na comparticipação e não releva a motivação do desistente, que, tal como sucede com a apresentação da queixa, nem sequer tem que vir fundamentada/exteriorizada.

Por exemplo, *Rute e Sandro*, na execução de plano previamente gizado, enquanto a primeira distraía *Tiago*, o segundo retirava-lhe do bolso a carteira, abandonando o casal o local na posse desta.

Tiago apresentou, no dia seguinte, queixa contra Rute e Sandro.

Tiago começou, entretanto, a namorar com Rute e desistiu da queixa quanto a esta, mas reforçou o propósito de o processo prosseguir contra Sandro.

Estamos perante um caso de crime de furto, previsto e punido no art. 203.º, n.º 1, do CP, praticado em coautoria (art. 26.º, 3.ª parte, do CP).

Os motivos subjacentes à desistência da queixa não influem no desfecho do processo, nem têm de ser revelados pelo ofendido desistente. Assim, apesar de ser compreensível que Tiago quisesse desistir da queixa contra Rute, mantendo interesse que o processo crime continuasse contra Sandro, a indivisibilidade da queixa não o permite. Tratando-se de caso de comparticipação — um único crime praticado em coautoria por 2 autores —, a desistência em relação a um dos agentes conduz a que o procedimento criminal não possa prosseguir contra qualquer um dos participantes, aproveitando a desistência a todos os que não se oponham à desistência — art. 116.º, n.º 3, do CP.

11. Nos crimes semipúblicos e particulares, o teor da queixa define o objeto do processo *ab initio* ⁶². Não basta a comunicação de que se deseja procedimento criminal, exigindo-se a descrição de factos *concretos*, que não se confunde com a alusão a meros juízos genéricos, de valor ou técnico-jurídicos ⁶³. Os factos declarados, no entanto,

⁶² Ac. do TRP de 25.05.2011, P. n.º 1105/07.2PGMTS.P1.

⁶³ Concluindo não haver queixa, por não ser enunciado um único facto, não sendo possível tal omissão ser sanada na acusação particular, na situação em que aquela teve o seguinte teor: «O Denunciado tem difamado, pública e incessantemente, os Queixosos, junto dos seus vizinhos, alegando que a Queixosa, para adquirir os terrenos de que é proprietária e coproprietária, terá enganado e até mesmo furtado os seus irmãos», Ac. do TRC de 27.09.2017, P. n.º 780/16.1T9LMG-A.C1.

não têm de refletir todos os elementos dum tipo criminal, bastando que seja claro que espelhem uma concreta agressão de natureza penal ⁶⁴. Destarte, se o agente do crime praticou, simultaneamente, um crime de ofensa à integridade física (art. 143.º, n.º 1, do CP) e um crime de perturbação da vida privada (art.190.º, n.º 2, do CP), mas o ofendido somente verte na queixa factos respeitantes ao primeiro crime, volvido o prazo para deduzir queixa pelos factos do segundo crime, deixa de se verificar a condição de procedibilidade para que se investigue a prática desse crime ⁶⁵. Do mesmo modo, se posteriormente à queixa o mesmo agente pratica novos factos que consubstanciem crime semipúblico ou particular, é necessário que se apresente queixa quanto a essa nova factualidade para que o inquérito a possa abranger ⁶⁶.

A queixa desempenha uma função delimitadora do objeto da investigação, sem que vá ao ponto de configurar um espartilho semelhante ao da vinculação temática traçada pela acusação e pelo despacho de pronúncia. No inquérito, enquanto espaço por excelência da investigação criminal, existe maior fluidez quanto à concretização dos factos que eventualmente possam vir a ser vertidos na acusação ou no despacho de pronúncia do que sucede nas restantes fases do processo ⁶⁷. A homogeneidade factual exigida é de *sentido*, sendo suscetível de ser ampliada ou restringida durante a investigação desde que comporte, por um lado, uma unidade de sentido que a contenha no mesmo episódio/“pedaço” de vida ou acontecimento histórico vertido na queixa e, por outro, matéria que foi investigada ⁶⁸ por oposição a criatividade da acusação em relação *àquilo* que foi indagado. Assim, se na queixa se informa que *Ulisses* apelidou *Vasco* de “filho da puta” e de “covarde”, é admissível, por não divergir da temática

⁶⁴ Ac. do STJ de 04.10.2006, P. n.º 06P3165.

⁶⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 532; Ac. do TRE de 20.02.2018, P. n.º 432/16.2PAENT.E1.

⁶⁶ Neste sentido, Ac. do TRP de 16.10.2013, P. n.º 150/10.5PBCBR.P1.

⁶⁷ Sublinhando que na altura da apresentação da queixa o queixoso pode não estar ciente de todos os detalhes da situação, Ac. do TRP de 27.05.2020, *CJ* 2020, III, 329.

⁶⁸ Ac. do TRG de 11.07.2013, P. n.º 1/12.6TAEPS.G1.

histórica, que no decurso do inquérito se averigüe se, naquelas circunstâncias de tempo e de lugar, aquele proferiu mais alguma expressão injuriosa visando o queixoso, pelo facto de uma testemunha o relatar ⁶⁹. Nessa senda, o importante é que a factualidade vertida na acusação não seja original àquilo que efetivamente foi investigado, não surja como ponto inovador, sob pena de se pôr em causa as garantias de defesa do arguido, que não teve a oportunidade de processualmente reagir contra a imputação de factos que surjam pela primeira vez enumerados na acusação.

Tem de se interpretar, pois, a queixa. Por exemplo, esta pode consistir em relatar o teor de uma mensagem de texto recebida via telemóvel, que configura um crime de ameaça, referindo que o queixoso recebeu mais mensagens de cujo conteúdo presentemente não se recorda, mas que se compromete a juntar aos autos. Dias depois é efetuado aditamento aos autos no qual se vertem outras mensagens que espelham um crime de perturbação da vida privada, prestando a queixosa depoimento em que confirma o teor da queixa. Da conjugação do aditamento e da manifestação que pretende procedimento criminal, a queixa inicialmente formulada abrange toda a factualidade ⁷⁰. Do mesmo modo, se o titular do direito de queixa é notificado para esclarecer se pretende procedimento criminal, a resposta afirmativa a esta notificação, ainda que remetendo para os factos objeto dos autos vertidos no auto de notícia, constitui uma queixa ⁷¹.

12. Em caso de concurso efetivo de crimes, ainda que praticados pelo mesmo agente, a desistência e a renúncia podem operar em relação a somente um ou alguns dos crimes, sem implicar, *ipso facto*, a extinção do procedimento criminal em relação aos crimes semipúblicos e particulares que não foram objeto daquele ato. Repare-se, uma coisa é haver participação criminosa pela prática dum crime. Aqui, sendo a queixa um ato indivisível, a desistência/renúncia aproveita aos demais

⁶⁹ Neste sentido, sem que, porém, da sua fundamentação se faça qualquer alusão à questão de saber se as expressões injuriosas aditadas na acusação particular tinham sido investigadas no inquérito, Ac. do TRP de 29.04.2009, P. n.º 190/07.1GAMDB.P1.

⁷⁰ Ac. do TRC de 17.01.2018, P. n.º 358/14.4PBVIS.C1.

⁷¹ Ac. do TRG de 14.01.2019, P. n.º 304/14.5GAVVD.G1.

agentes do crime. Outra coisa diversa, consiste em o queixoso ter sido vítima de mais do que um crime semipúblico/particular. Do mesmo modo que tem de apresentar queixa por cada um desses crimes, poderá desistir/renunciar do procedimento criminal somente quanto a uma parte dos ilícitos. Aqui as queixas, ainda que apresentadas num único documento ou oralmente ao mesmo tempo, não perdem a sua autonomia desde o seu nascimento até ao final do procedimento.

Por exemplo, a 13 de maio de 2022, *Xavier* deflagrou um disparo de revólver contra *Zélia* visando atingi-la na cabeça e, assim, matá-la. Contudo, esta desviou-se e, por conseguinte, *Xavier* falhou o alvo. Em ato contínuo, este gritou-lhe: «Putá por que te desviaste!?».

No dia seguinte, *Xavier* ao se cruzar com *Zélia* na rua berrou-lhe «Vaca, ainda estás viva!» ao mesmo tempo que lhe desferia um soco nas costas.

Zélia apresentou nesse mesmo dia queixa pelos 2 episódios por todos os factos.

7 meses depois, desistiu da queixa pelo 1.º episódio.

Quid iuris?

Quanto ao disparo, é de sublinhar que estamos perante uma tentativa de homicídio, o que vale dizer, trata-se dum crime público e, por conseguinte, não carecia nem de apresentação de queixa, nem o ato de desistência tem a virtualidade de extinguir o procedimento criminal. Já a expressão emitida consubstancia um crime de injúria, ou seja, um crime particular. A queixa foi apresentada atempadamente, admitindo desistência até à publicação da sentença proferida em 1.ª instância. O prazo para a apresentar era de 6 meses a contar da prática dos factos, uma vez que *Zélia* sabia quem tinha sido o autor do crime. O prazo para desistir não é de 6 meses, mas até à publicação da sentença proferida em 1.ª instância.

Logo, caso *Xavier* não se oponha, o procedimento criminal extingue-se quanto ao crime de injúria praticado a 13 de maio de 2022. E não quanto à tentativa de homicídio, repita-se, por ser um crime público e, nessa medida, não admitir desistência de queixa.

Quanto aos crimes de injúria e de ofensa à integridade física perpetrados no dia seguinte, o procedimento criminal poderia prosseguir, dado que a desistência de queixa não abrangeu tais crimes, não obstante estarmos perante o mesmo autor dos crimes.

V. O problema

1. A acusação define e fixa o objeto do julgamento e, conseqüentemente, informa os sujeitos processuais quais os factos, crimes e arguidos que serão submetidos a julgamento.

Esta delimitação do objeto permite que cada sujeito processual, consoante a sua posição, reaja e exerça o direito ao contraditório.

O arguido fica a saber quais os factos e crimes dos quais vem acusado para poder preparar a sua defesa.

O assistente ou a pessoa que se possa constituir como assistente e o lesado ficam a saber qual o objeto do julgamento e, conseqüentemente, condicionar a sua atividade processual em conformidade, de acordo com os direitos que o seu estatuto lhes confere, nomeadamente, no que concerne aos primeiros, reagir contra o arquivamento parcial que tenha ocorrido.

A acusação desempenha, pois, um papel fulcral na sujeição de alguém a julgamento, tanto na perspetiva de poder deixar de fora determinados factos e agentes, como de imputar determinados factos e crimes a determinados indivíduos.

Com a sua prolação, o assistente ou as pessoas que possam assumir essa qualidade poderão avaliar se indevidamente se deixou de fora factos ou agentes e, na afirmativa, reagir usando os mecanismos legais à sua disposição.

Por seu turno, o arguido pode delinear a sua estratégia de defesa, nomeadamente optar se deverá tentar não ser submetido a julgamento, requerendo a abertura de instrução.

2. Na fase de inquérito, em crimes particulares o *dominus* do processo continua a ser o MP. Ele é quem decide, segundo critérios de estrita objetividade e imparcialidade, quando e quais as diligências de investigação que hão de ter lugar, se as delega ou se ele próprio as realiza, e tem legitimidade para promover atos da competência do JIC, para dar alguns exemplos. Atos que pode praticar oficiosamente, sem carecer de requerimento prévio do assistente (art. 50.º, n.º 2). Ao ponto de poder não aceitar as provas oferecidas pelo assistente e indeferir as diligências de investigação por este requeridas [art. 69.º, n.º 2, al. a)], se entender que não são úteis à descoberta da verdade,

ou são legalmente inadmissíveis. Em suma, como sucede em relação a qualquer crime, também aqui o MP investiga *à charge e à décharge* a partir do momento em que foi apresentada queixa e o queixoso se constitui atempadamente assistente.

Porém, considerando o MP que é de encerrar o inquérito, não havendo mais nenhuma diligência a efetuar, é ao assistente que cabe decidir se é para acusar, por que factos e contra que indivíduos, desde que se atenha ao objeto da investigação. Em suma, é ao assistente a quem compete decidir se persegue e como persegue o(s) arguido(s).

3. Se não deduzir acusação particular ou se o fizer intempestivamente, o MP não tem legitimidade para sanar tal omissão, faltando uma condição de prosseguibilidade e, por conseguinte, não lhe é lícito deduzir acusação pelo crime particular, antes impondo-lhe o princípio da legalidade que archive, nessa parte, o inquérito (art. 277.º, n.º 1, *in fine*). Se fizer tábua rasa desse pressuposto processual, a sua acusação deverá ser rejeitada, encontrando-se ferida de nulidade insanável que contamina os atos ulteriores relacionados com a mesma — art. 119.º, al. b) ⁷².

As restrições à atividade do MP no âmbito do inquérito por crime particular circunscrevem-se, pois, a montante — no início do processo — à prévia apresentação de queixa e constituição atempada de assistente e, a jusante — no final do inquérito —, a ser o assistente a decidir se é de acusar e em que moldes, desde que se atenha a crime particular investigado.

4. Investigando-se um crime particular, o MP, ao considerar que todas as diligências de investigação pertinentes ao caso já foram realizadas, afere se existe algum óbice processual a que o assistente deduza acusação particular e, na negativa, emite “parecer” sobre a existência ou não de indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes (art. 285.º, n.º 2).

⁷² M. SIMAS SANTOS/M. LEAL HENRIQUES, *Código de processo Penal Anotado*, I, Lisboa: Rei dos Livros, 2008, p. 280; Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *op. cit.*, p. 112.

5. Esta posição do MP não vincula o assistente. Caso aquele considere não terem sido recolhidos indícios suficientes, se o assistente dissentir, não tem que fundamentar a sua discordância, bastando deduzir acusação particular no prazo legal.

É de notar que o MP não pode arquivar o inquérito quanto a crime particular com fundamento em falta de indícios suficientes, não obstante ser flagrante essa falta⁷³. Na omissão de dedução de acusação particular, inclusive por o assistente concordar com a opinião expendida pelo MP de insuficiência dos indícios recolhidos da verificação do crime e/ou de quem foram os seus agentes, o arquivamento será por falta de legitimidade do MP para prosseguir com a ação penal pelo crime particular, ou seja, por inadmissibilidade legal do procedimento, e não por falta de indícios suficientes. Deverá, pois, abster-se de qualquer consideração no arquivamento quanto a essa matéria que não seja para alicerçar não ser de condenar o assistente em custas dada a abstenção justificada em acusar — art. 515.º, n.º 1, al. d).

Poderá, sim, suceder que, em eventual instrução, e no julgamento, o MP, no estrito cumprimento dos seus deveres processuais e estatutários, pautando-se por critério de objetividade e legalidade, se comporte como se fosse um aliado do arguido, pugnando na sua atuação pela sua não pronúncia/pela sua absolvição e, inclusive, recorra, ainda que desacompanhado do arguido, de condenação com a qual discorde.

6. O prazo de que o assistente dispõe para deduzir acusação particular é de 10 dias a partir da notificação para o efeito emitida pelo MP (art. 285.º, n.º 1).

Trata-se dum prazo de caducidade, logo, uma vez ultrapassado, o ato deixa de poder ser validamente praticado, conduzindo ao arquivamento dos autos pelo MP por falta duma condição de prosseguibilidade, ao abrigo da parte final do n.º 1 do art. 277.º.

⁷³ A proposta que desse azo a arquivamento no caso de o MP não acompanhar a acusação particular e caber ao assistente requerer a abertura de instrução não viria a obter consagração na lei vigente (cf. Proposta de Lei n.º 109/X).

7. A propósito da queixa referiu-se que em caso de comparticipação não poderia haver desistência quanto a um dos agentes sem que aproveitasse aos demais, ainda que não fosse vontade do ofendido estender esse efeito aos restantes.

Tendo a queixa sido apresentada contra duas ou mais pessoas, pelos mesmos factos, em comparticipação, se a acusação particular for deduzida somente contra parte dessas pessoas estaremos perante uma desistência implícita/tácita da queixa e, por conseguinte, os seus efeitos deverão aproveitar a todos os arguidos? Ou perante uma renúncia do direito de acusação particular relativo a um dos participantes, renúncia que aproveita aos restantes por força do art. 116.º, n.º 3 *ex vi* art. 117.º?

E se estivermos perante um crime semipúblico cujo inquérito desemboca num arquivamento por falta de indícios suficientes e o assistente requerer a abertura de instrução somente contra um dos denunciados? Ao omitir os restantes denunciados que surgem na queixa como participantes do crime está implicitamente a desistir da queixa contra os mesmos?

A resposta a estas questões constitui o problema objeto do presente estudo.

VI. Posição

1. No que concerne à hipótese do arquivamento seguido de requerimento de abertura de instrução pelo assistente queixoso, esta peça processual na economia do processo desempenha o papel de acusação de substituição do arquivamento, tendo, pois, de elencar factos que traduzam um crime e indicar as normas jurídicas em causa. O que se pretende é que o JIC pronuncie o arguido para que este seja submetido a julgamento que, de outro modo, não sucederia por força do arquivamento.

Sendo o inquérito arquivado em relação a todos os denunciados, a abertura de instrução somente quanto a algum deles implica que os restantes não possam ser pronunciados e, conseqüentemente, não sejam sujeitos a julgamento. Ao optar por requerer a abertura de instrução quanto a um dos denunciados, estará o assistente, implicitamente, a desistir da queixa quanto aos demais?

Cremos que não.

O assistente, ao requerer a abertura de instrução, tem de fundamentar esse ato quanto ao arguido em causa, mas não tem de explicar porque não o dirige contra todos os denunciados.

Queixa e abertura de instrução são atos diversos.

No primeiro, o queixoso dá conhecimento da prática dum crime e, simultaneamente, dá conta de que deseja procedimento criminal contra os seus agentes. Trata-se dum ato que permite ao MP encetar diligências de investigação dum crime particular em sentido amplo (arts. 113.º, n.º 1, do CP, 49.º, n.º 1, e 50.º, n.º 1) ⁷⁴, podendo, inclusive, ser formulado contra desconhecidos e estender-se a todos os participantes, sem carecer de ser renovada nos termos do disposto no art. 114.º do CP. Já no segundo, pugna que foram recolhidos indícios suficientes da prática dum crime perpetrado por um determinado indivíduo em concreto.

A queixa é uma forma de aquisição da notícia do crime, seguindo-se a abertura do inquérito no qual se irá investigar a existência de crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade de cada um deles e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação (art. 262.º, n.º 1). O requerimento de abertura de instrução é um mecanismo processual de reação contra um arquivamento. Na primeira não está em causa a existência de indícios suficientes do crime, pois a sua recolha constituirá o objeto do inquérito; no segundo essa recolha já teve lugar, discordando-se das conclusões do MP nessa matéria.

Não é a queixa que condiciona a abrangência do requerimento de abertura de instrução, «mas sim os indícios recolhidos ao longo do inquérito, pelo que nenhum sentido faria “obrigar” a assistente a requer a abertura da instrução mesmo contra denunciados que o inquérito revelara excluídos da responsabilidade criminal» ⁷⁵. Tanto mais que a instrução não é um segundo inquérito, não é um seu sucedâneo, nem visa o substituir ou o complementar.

⁷⁴ Sobre o tema da queixa como pressuposto de legitimação do MP para a instauração do procedimento criminal quanto a determinados crimes, cf. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Queixa...”, pp. 94-100.

⁷⁵ Ac. do TRP de 15.12.2010, P. n.º 39/08.8GBVPA-A.P1.

Em suma, as finalidades dos 2 atos é diversa e os requisitos subjacentes à sua prática não coincidem, sendo mais exigentes na abertura de instrução, não só ao nível do conteúdo, enquanto sucedâneo da acusação pública que não teve lugar por força do arquivamento [arts. 283.º, n.º 3, als. *b)* e *d)*, e 287.º, n.º 2], como do suporte probatório.

Denunciado um crime semipúblico como praticado em participação, no caso de arquivamento seguido de requerimento de abertura de instrução contra um dos denunciados, a única ilação que se poderá retirar é que o assistente considera que foram recolhidos indícios suficientes de que aquele sujeito em concreto praticou o crime. Ainda que o JIC considere que haveria indícios suficientes quanto aos restantes denunciados, daí não poderá retirar que o assistente desistiu da queixa quanto a estes e fazer operar o regime do art. 116.º, n.º 3, do CP. Com o requerimento de abertura de instrução não se reitera a vontade de prosseguimento criminal vertida na queixa, mas tão-só que se considera que no inquérito foram recolhidos indícios suficientes de que *aquela* indivíduo em concreto praticou o crime. Qualquer outra ilação já será pura especulação. Nem se afirme que o assistente estaria, nessa situação, onerado em explicar no requerimento de abertura de instrução por que razão não o estenderia a todos os denunciados. Não só a lei não o exige, como se estaria a deturpar a função do requerimento de abertura de instrução. Em caso algum cabe ao assistente emitir decisão de arquivamento. Com o requerimento de abertura de instrução, a única tomada de posição do assistente reside em considerar que existem indícios suficientes de que aquele sujeito praticou o crime. *A contrario sensu* o que se poderá concluir é que concorda com o MP quanto ao arquivamento no que concerne aos demais denunciados.

É de notar que há quem, inclusive, entenda que a desistência de queixa tem de ser expressa, não podendo ser tácita ⁷⁶. Esta interpretação resulta da comparação entre o regime da renúncia da queixa vertido no n.º 1 do art. 116.º do CP, com o da desistência de queixa plasmado no n.º 2 do mesmo preceito legal. Na renúncia prevê-se que possa tanto ser expressa como tácita — deduzir-se da prática de

⁷⁶ Assim, Ac. do TRP de 27.6.2007, P. n.º 0712170.

factos. Na desistência não se faz qualquer alusão a essa dedução, pelo que somente estaria em causa uma manifestação expressa dessa vontade. Na primeira percebe-se que possa ser tácita por não fazer sentido onerar o titular do direito de queixa com a prática do ato de forma expressa. Na segunda, o queixoso impulsionou os autos apresentando queixa, manifestando uma vontade inequívoca de que dessejava procedimento criminal. Logo, é coerente que fazer cessar o processo por vontade sua careça duma exteriorização inequívoca de que desiste do procedimento criminal.

2. No que respeita à outra questão enunciada, duas teses são aventadas nesta matéria.

Uma defende que não acusar todos os suspeitos por crime praticado em comparticipação constitui uma desistência implícita/tácita da queixa e, por conseguinte, os seus efeitos deverão aproveitar a todos os arguidos⁷⁷. Ou que traduz uma renúncia do direito de acusação particular relativo a um dos participantes, renúncia que aproveita aos restantes por força do art. 116.º, n.º 3 *ex vi* art. 117.º⁷⁸.

A outra tese pugna que daí não decorre qualquer óbice a que a acusação particular seja recebida e o processo prossiga, cabendo ao assistente nos crimes particulares escolher quem acusar e por que crimes⁷⁹.

Propendemos para esta segunda posição. Nos crimes particulares, o *dominus* do inquérito continua a pertencer ao MP. A única particularidade no final do inquérito consiste em não poder arquivar por considerar não haver indícios suficientes da verificação do crime ou de quem sejam os seus agentes. Desta limitação não resulta que se transfira para as mãos do assistente o dever de arquivar o inquérito quanto aos arguidos em relação aos quais não se recolheram indícios suficientes de que tivessem perpetrado o crime. Nem

⁷⁷ JOÃO CONDE CORREIA, “Comentário ao art. 285.º”, in AA.VV, *Comentário judiciário do Código de Processo Penal*, III, Coimbra: Almedina, 2022, p. 1239.

⁷⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 261-262.

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, *As Consequências Jurídicas...*, p. 681; DAMIÃO DA CUNHA, *op. cit.*, pp. 622-623.

a acusação particular é um ato processual fundamentado, no sentido de o assistente dever explicar por que acusa, nomeadamente afirmando que considera suficientemente indiciados os factos ⁸⁰. Nem a falta de acusação particular carece de ser explicada pelo assistente. Frise-se que somente os atos decisórios das autoridades judiciárias é que têm de ser fundamentados (art. 97.º, n.ºs 1, 3 e 5). A lei não sanciona a abstenção de fundamentação quer da ausência de dedução de acusação particular, quer da dedução de acusação particular, nem prevê que a mesma tenha lugar, limitando-se a prever que, nos crimes particulares, o assistente é notificado para, querendo, deduzir acusação particular no prazo de dez dias, sem o alerta para qualquer cominação. Daí que constitua *praxis* o advogado do assistente não fundamentar qualquer um desses atos. Desse silêncio, dessa omissão, não é possível, pois, retirar qualquer comportamento conclusivo. No fundo, tal como no direito civil o silêncio não é suscetível de traduzir uma declaração de vontade, salvo se esse valor lhe for atribuído por lei, uso ou convenção (art. 218.º do CC), no processo penal a omissão de acusar, ou somente acusar por uns factos, ou acusar tão-só alguns indivíduos, deixando de fora outros, não explica, ao se tratar de ato sem fundamentação, quais as razões subjacentes a essa opção, mormente se o assistente entendeu não se encontrarem recolhidos indícios suficientes nessa matéria. Pressupor, presumir, tirar ilações dum comportamento tem de estar alicerçado num nível de segurança que não se compadece com a existência de outras explicações que possam haver. Assim, da acusação particular que deixe de fora algum indivíduo, não resulta que se esteja implicitamente a desistir da queixa quanto a esse sujeito, por poder haver outra explicação, como é o caso do assistente constatar

⁸⁰ A acusação pública, por ser emitida pelo MP, que se encontra vinculado a critérios de objetividade e legalidade, carece de ser fundamentada, invocando que considera que os factos pelos quais se acusa se encontram suficientemente indiciados e, correndo o inquérito contra mais do que uma pessoa, é necessário que arquive o inquérito quanto a quem não acuse explicando as respetivas razões. O mesmo não sucede com a acusação do assistente, limitando-se a lei a prever que o MP notifique o assistente para, querendo, deduzir acusação particular, não se prevendo nas suas formalidades qualquer alusão à fundamentação do ato.

a falta de indícios suficientes de que tenha praticado o crime, aqui se incluindo a verificação duma causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude, da culpa ou da punibilidade.

Aqui não se pode olvidar o que se referiu na resposta à primeira questão. A queixa é um modo de aquisição da notícia do crime que encerra uma declaração de vontade de procedimento criminal. A acusação particular, embora implicitamente reitere essa vontade, assume uma finalidade diversa — a de que o acusado seja submetido a julgamento pelo crime particular. Deixar de fora algum suspeito ou arguido, se mais nada se disser, somente traduz que se considera que se recolheram indícios suficientes de que o(s) acusado(s) praticou(a-ram) o crime particular e, *a contrario sensu*, que em relação aos demais não. O juízo que se pede ao assistente, ao ser notificado para deduzir acusação particular, consiste, em primeira linha, aferir que (i) factos, (ii) crime particular e (iii) agentes devem ser acusados *por*, no inquérito, se terem recolhido indícios suficientes da sua prática. Este critério legal aplica-se igualmente aqui, sob pena de a acusação particular soçobrar em sede de eventual instrução requerida pelo arguido ou no julgamento. É o entendimento do assistente, e não o do MP, que vence no *terminus* da fase de inquérito como contrapartida de o onerar com a prática dum ato suplementar para que o procedimento possa prosseguir — a dedução de acusação particular. É este ónus que caracteriza a natureza do crime e não a reiteração da vontade no procedimento criminal. A confirmar esta conclusão atente-se que, se o assistente não acusar de forma infundamentada, será condenado nas custas do processo a serem fixadas pelo JIC. Nessa situação, a omissão da acusação, que poderá consistir na sua dedução intempestiva, não revela a manifestação da vontade de desistir da queixa — isto é, que já não se deseja procedimento criminal —, mas uma apatia ou uma reação tardia na prática do ato exigido pela lei. Do silêncio não resulta, reitere-se, a manifestação duma vontade de desistir da queixa, dado que outras explicações, como o se considerar não haver indícios suficientes, podem verificar-se. Por outras palavras, não acusar todos os suspeitos ou todos os arguidos não reflete um ato equivalente à desistência de queixa, que sempre teria de ser inequívoca, o que não parece suceder por poder estar em causa outra explicação.

Já se referiu que nem todos os suspeitos enunciados como tal na queixa carecem de ser constituídos como arguidos, podendo não haver fundadas suspeitas de que tenham praticado o crime. Somente se o assistente discordar é que fará sentido acusar o suspeito não constituído arguido e, conseqüentemente, por força da lei, este indivíduo passará a assumir a qualidade de arguido — art. 57.º, n.º 1. Discorda-se, pois, de que o assistente tenha de deduzir acusação particular por crime particular em comparticipação contra todos os indivíduos que indicou na queixa como sendo os agentes do crime, ainda que no inquérito se trate de sujeito que não foi constituído arguido e nos factos vertidos no libelo nenhum papel na execução do crime lhe seja assacado ⁸¹. Nem se argumente que o assistente

⁸¹ Diversamente, Ac. do TRC de 4.11.2015, P. n.º 245/14.6TACBR.C1, que conclui que o diretor da revista em crime de difamação perpetrado em artigo deveria ter sido acusado, não obstante o inquérito ser completamente omissivo quanto à sua pessoa, ao ponto de nunca se ter apurado a sua identidade, nunca ter sido ouvido e muito menos constituído arguido, não havendo inquérito quanto a este sujeito. Esta posição, apesar da consciência de que acusar alguém a quem nunca foi dada a oportunidade de ser ouvido no inquérito constituiria uma nulidade [art. 120.º, n.º 2, al. d), segundo jurisprudência fixada no Ac. do STJ n.º 1/2006, publicado no D.R. 1.ª série-A, n.º 1, de 2.1.2006, pp. 10-14], desvaloriza-o por se tratar duma nulidade sanável, como se num Estado de Direito fosse de incentivar a prática de atos nulos, esperando que a nulidade ficasse sanada por o arguido não a invocar. Esta nulidade não fica sanada com a dedução da acusação particular, ao contrário do que se referiu na decisão recorrida objeto do Ac. do TRP de 14.4.2021, P. n.º 219/18.8T9AND. P1, por o referido arguido acusado e não ouvido, podendo sê-lo, enquanto principal afetado pela nulidade, poder arguir o vício no prazo de que dispõe para requerer a abertura de instrução. É de notar que o assistente não tem poderes para constituir alguém como arguido ou determinar que seja ouvido. Mais, o aresto parte duma petição de princípio — de que o diretor da revista teria um efetivo domínio do facto sobre a publicação e que em relação ao mesmo se verificaria o dolo exigido pelo tipo legal. Prerrogativas e obrigações decorrentes da lei não são sinónimo de, no caso concreto, as coisas assim se passarem. Para se concluir que o diretor da revista praticou em coautoria o crime, teria de resultar do inquérito indícios suficientes de que todos os artigos da revista seriam por si aprovados e que conhecia o teor difamatório do artigo em questão, mas mesmo assim autorizou a sua publicação. As coisas passarem-se duma determinada forma ou deverem, do ponto de vista legal, se passar dessa forma não significa que sempre se passem assim, cabendo à investigação demonstrar que efetivamente assim se passaram, sob pena de inversão do ónus

tenha de fundamentar não acusar quem não deixou de ser um mero suspeito. Na situação ora enunciada a dedução que se impõe é que se não acusou foi porque concordou com o MP de que da investigação levada a cabo no inquérito resultou não haver uma fundada suspeita de que tenha sido agente do crime.

3. Por seu turno, o assistente não se encontra vinculado à posição expendida pelo MP quanto a haver ou não indícios suficientes. Assim, a coincidência da acusação particular com aquela posição não é suficiente para explicar se se deve a pura concordância ou se se encontra ancorada em outras razões. Por exemplo, corre termos contra Alberto, Bento, Carolina e Daniela processo por crime particular em coautoria. No final do inquérito, o MP pugna que somente se recolheram indícios suficientes pela prática desse crime quanto a Alberto e Bento. O assistente deduz acusação particular somente contra Alberto e Bento. Deixou de fora Carolina e Daniela por concordar com o MP em que não há indícios suficientes de que estas tenham praticado o crime? Não obstante ter deduzido queixa contra elas e no seu depoimento ter confirmado o teor da queixa, havendo mais testemunhas a corroborar? Ou por outra razão? Por ter encetado namoro com Carolina e Daniela ser mãe desta?

E se o MP pugnar que não se recolheram indícios suficientes pela prática desse crime quanto aos quatro, mas ainda assim o assistente deduz acusação particular contra Alberto e Bento? Fê-lo porque concordou com o MP somente quanto a Carolina e Daniela? Ou por outras razões, mormente por estar a escolher as pessoas que realmente quer que sejam sujeitas a julgamento?

E se o MP pugnar que se recolheram indícios suficientes somente quanto a Alberto e Bento, mas o assistente acusar Alberto, Bento e Daniela, deixando de fora Carolina?

de prova. Nem se invoque que sobre o diretor do periódico recai um dever de garante, dado que a prática de crime por omissão por recurso à cláusula de extensão da tipicidade prevista no art. 10.º do CP pressupõe que o comportamento omissivo seja doloso (Ac. do TRL de 28.3.2007, P. n.º 2761/2007-3). Aqui valem as considerações disseminadas quanto ao crime de abuso de confiança fiscal entre gerente de direito e gerente de facto. Vide igualmente *infra* nota 83.

E se o MP pugnar que se recolheram indícios suficientes quanto aos 4, mas o assistente acusar somente Alberto e Bento? Está a desistir da queixa quanto a Carolina e Daniela, ou a espelhar o entendimento de que quanto a estas não foram recolhidos indícios suficientes?

Em suma, a pretensa escolha de quem o assistente acusa não significa *per se* uma verdadeira escolha, um arbítrio, uma seleção, por motivos pessoais, de quem vai ser sujeito a julgamento. Nem a omissão de qualquer fundamentação que anteceda o ato de acusar é sinónimo dessa escolha, dado que a lei não o prevê e muito menos o impõe.

Nem na *praxis* é habitual que a acusação particular seja precedida dum prefácio a explicar as razões por que se acusa, ou por que se acusa somente alguns dos arguidos. Tanto mais que se o MP entender verificar-se uma situação de abstenção injustificada de acusar, qualquer condenação em custas [art. 515.º, n.º 1, al. d)] é precedida da possibilidade do assistente se pronunciar e, nesse momento, explicar as razões por que não deduziu acusação particular ou somente a deduziu em relação a alguns dos arguidos/suspeitos.

Além disso, parece logicamente abusivo concluir que, se a queixa foi apresentada contra 4 indivíduos e a acusação particular é deduzida somente contra 2 desses sujeitos, se esteja a desistir do procedimento criminal quanto ao 3.º e 4.º. Principalmente quando é o próprio MP que notifica o assistente para deduzir acusação particular quanto apenas àqueles 2 sujeitos, pois nem sequer o 3.º e 4.º indivíduo foram constituídos arguidos. Nem se invoque a responsabilidade do assistente pela acusação particular que é independente das opções do MP ⁸², pois não basta trazer à colação o art. 114.º do CP para estender o procedimento a todos os suspeitos que surjam na queixa e no inquérito. Se nem sequer foram constituídos arguidos, exigir a dedução de acusação particular contra estes, ou que o assistente tivesse de justificar a omissão, seria contrariar o art. 58.º, n.º 1, al. a), que salvaguarda que um indivíduo seja constituído arguido sem que haja a suspeita fundada da prática do crime. Se aquela pessoa não foi constituída arguida e não foi acusada é porque, à partida,

⁸² Como o fazem os citados Acs. do TRC de 4.11.2015 e do TRP de 14.4.2021.

entendeu-se não haver indícios suficientes de que tivesse praticado os factos ou que se verifica em relação à sua pessoa uma causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude, da culpa ou da pena que conduzem a que não tenha praticado um crime. Esta, sim, é a dedução lógica possível, e não a inversa, de que se pretendeu desistir da queixa quanto a essa pessoa em concreto ⁸³.

Acresce que não existe qualquer fase processual que preveja a aferição de indícios suficientes quanto aos arguidos não acusados pelo assistente. Logo, como se verificaria se o assistente não acusou por razões pessoais ou com base na avaliação que fez dos indícios que poderá ser falível? Deveria o assistente acusar as pessoas indicadas pelo MP, ainda que não concordasse haver quanto aos

⁸³ Diversamente, parecendo não ter atendido à argumentação expendida no texto, Ac. do TRC de 4.11.2015, P. n.º 245/14.6TACBR.C1. Do mesmo modo, afirmando a existência de coautoria dos arguidos que elaboraram um comunicado alegadamente difamatório do assistente e o pároco que o lê na missa, pelo que tanto a queixa como a acusação particular deveriam ter sido deduzidas contra os arguidos e o pároco que nunca foi constituído arguido, sem que dos factos indicados pelo aresto se retire que este último indivíduo tivesse com a leitura do documento a intenção de lesar a honra do assistente ou que dos autos não resultasse qualquer causa de exclusão dum pressuposto do crime, como seja reputar como verdadeiro o conteúdo do documento, Ac. do TRC de 1.6.2011, P. n.º 74/09.9GAMDA.C1. Atente-se ainda na situação de difamação perpetrada em contestação formulada em processo civil subscrita por mandatário, em que somente o mandante foi acusado. Aqui é de ter em conta se a difamação consiste na imputação de factos falsos ao assistente ou na formulação de juízos de valor depreciativos, pois somente na primeira situação é que o mandatário não praticará o crime convencido de que os factos são verdadeiros. Todavia, no Ac. do TRP de 14.4.2021, P. n.º 219/18.8T9AND.P1, essa distinção não foi ponderada, tendo havido somente a exigência de que a não dedução de acusação particular contra o mandatário — não constituído arguido, nem ouvido no inquérito por simplesmente não se ter encetado essas diligências — careceria de fazer verter no libelo factos que traduzissem que o mandante, ao relatar ao seu advogado os factos ofensivos da honra do assistente, teria agido com o propósito de que este os transpusesse para a contestação apresentada em juízo, no convencimento de que correspondiam à verdade. Ora, a regra consiste em o mandatário verter nas peças processuais a versão apresentada pelo seu cliente se não tiver motivos para desconfiar da sua veracidade pelo que se nada se diz na acusação sobre essa matéria não se pode, sem mais, deduzir que o assistente desistiu tacitamente da queixa quanto ao mandatário subscritor da contestação.

mesmos indícios suficientes? Não se pode olvidar que, no caso de absolvição de arguido acusado pelo assistente, este será condenado em custas, não obstante o MP concordar com a acusação particular — art. 515.º, n.º 1, al. a).

Da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do art. 285.º deriva que é ao MP que cabe emitir juízo sobre a existência de indícios suficientes quanto à verificação do crime particular e de quem são os seus agentes. Para acusar, o assistente nem sequer tem que referir que o faz por considerar que se encontram suficientemente indiciados os factos que narra na acusação. Nem tem de referir se adere ou não à avaliação do MP.

Há quem pugne que o assistente poderá acusar quem entender, sem ter que fundamentar previamente, desde que acuse quem o MP entende ter cometido o crime denunciado, podendo acusar mais pessoas, ainda que não todas as denunciadas ⁸⁴. Esta tese pugna que, caso o assistente discorde da apreciação do MP relativamente à suficiência de indícios, deve justificar porque não acusa quem o MP entende ter cometido o crime denunciado.

Ora, tratando-se dum ato do assistente, não tendo o MP a possibilidade de o travar, mormente arquivar ou requerer a abertura de instrução se discordar da acusação particular, porquê fixar o critério na ponderação efetuada por aquele? O “parecer” desta magistratura é dado com o intuito de transmitir ao assistente uma análise objetiva e imparcial dos indícios recolhidos durante o inquérito. Não significa que esteja correta ou seja infalível, não se retirando, repita-se, do ato de acusar qualquer ilação da motivação do assistente, nem que esteja ou não a aderir à posição do MP, pois as verdadeiras razões poderão ser outras como espelha o exemplo dado do namoro do queixoso com Carolina. Em suma, não exigindo o legislador que a acusação particular ou a sua falta quanto a alguns dos sujeitos seja fundamentada, retirar, sem mais, que a acusação de somente alguns dos indivíduos acusados significa uma renúncia a acusar e, por conseguinte, uma desistência tácita da queixa quanto aos não acusados, seria impor, ao arrepio da lei, uma acusação contra todos

⁸⁴ Acs. do TRL de 18.2.2015 e do TRE de 18.2.2020, P. n.ºs 10181/12.5TDLSB-3 e 250/18.3T9STR.E1.

independentemente de terem sido recolhidos contra si indícios suficientes da prática do crime. Impor que se acusasse, pelo menos, os indicados pelo MP, não afastaria a possibilidade da pessoa que o MP não acusaria ter sido acusado por vindicta privada, por motivos diversos da recolha de indícios suficientes. Impor que se acusasse somente os arguidos assinalados pelo MP ou todos, seria remeter a acusação particular para dois extremos: um patamar de subalternização ao parecer daquele, restando ao assistente unicamente a decisão de acusar ou não acusar ou ter de acusar todos. Impor que, deduzida a acusação, tivesse de seguir a recomendação do MP, não podendo acusar somente alguns dos por este indicados, seria impor a dedução duma acusação contra quem o assistente poderia considerar não haver indícios suficientes de que tivesse praticado o crime ou que se verifica nas respetivas pessoas uma causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude, da culpa ou da punibilidade que o MP não considerou. É de notar que o parecer do MP somente tem de referir se considera que se encontram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes sem ter que ir ao ponto de referir em que provas alicerça as suas conclusões. Não existe qualquer consequência se esse parecer for omissivo quanto à matéria invocada por um arguido durante o inquérito duma causa de exclusão da sua responsabilidade, mormente se foram recolhidos indícios suficientes da existência dessa causa de exclusão e, na negativa, em que se baseia essa conclusão. Para afastar as situações ora abordadas ter o assistente de justificar a acusação⁸⁵ não tem, com o devido respeito, base legal por não estar previsto. Repita-se, os despachos do MP e decisões judiciais carecem de ser fundamentadas por a lei expressamente

⁸⁵ Como o fazem os citados Acs. do TRL de 18.2.2015 e do TRE de 18.2.2020. O primeiro aresto vai ao ponto de afirmar que o assistente podia «inclusivamente requerer outras diligências de prova para verificação e eventual reforço dos indícios, o que não fez, limitando-se, sem qualquer justificação, a não deduzir acusação contra o indicado participante» não identificado na queixa. Todavia, olvida que o prazo para deduzir acusação particular após a notificação para o efeito é perentório havendo quem considere que o pedido de diligências não o suspende nem interrompe pelo que o assistente correria o risco, na falta de dedução de acusação particular, de deixar de o poder fazer (cf. Ac. do TRE de 3.12.2015, P. 857/13.5GBTMR.E1).

o prever. Para que se exija que um ato dum sujeito processual tenha de ser fundamentado, a lei terá de o prescrever. Tal sucede, por exemplo, no requerimento de abertura de instrução pelo assistente e no recurso interposto pelo assistente, em que a lei prevê que se trata de atos que devem conter as razões de facto e de direito da discordância — arts. 287.º, n.º 2, e 412.º. Já não acontece no caso da acusação particular, pelo que não se pode retirar, sem mais, um comportamento tácito do teor de quem o assistente acusa por se desconhecer as razões subjacentes, podendo nada ter a ver com uma escolha pessoal de quem acusar. Um comportamento tácito tem de resultar inequivocamente de atos praticados. Não acusar uns denunciados e acusar outros não significa, sem mais, impreterivelmente uma desistência do procedimento quanto aos primeiros. Acresce que a exigência de atos tem de estar suportada na lei. Logo, se a omissão de acusar algum dos denunciados não é suficiente para se concluir pela desistência da queixa, invocar que essa conclusão decorre da circunstância de o assistente não explicar no libelo acusatório por que não acusa aquele indivíduo é estar a retirar duma omissão uma dedução, não obstante o ato omitido — a fundamentação — não estar prevista legalmente, nem a lei o sancionar ou exigir. Nem se alegue que a lei exige essa fundamentação para que a ausência de acusação dum denunciado não signifique uma desistência de queixa, pois é transformar uma dedução numa exigência. Frise-se que a fundamentação em causa bastaria que o assistente copiasse na acusação a expressão amiúde usada nas acusações públicas «Porquanto os autos indiciam suficientemente que:» e acrescentasse a palavra somente — «Porquanto os autos *somente* indiciam suficientemente que». Desta expressão resulta que o acusador considerou que foram recolhidos indícios suficientes de que *somente* os acusados praticaram os factos que lhe são imputados na acusação. Mais nada seria preciso dizer ou esclarecer, sob pena de se exigir mais ao assistente para deduzir uma acusação particular do que ao MP quando deduz uma acusação pública em que a sua fundamentação pode consistir no uso da mencionada expressão. Nem tem de explicar porque considera não haver indícios suficientes de que os restantes denunciados praticam o crime dado que não lhe cabe proceder ao arquivamento dos autos, sendo-lhe pedido tão-só que, querendo, acuse.

Donde, para que a questão ora analisada tenha pertinência: primeiro da acusação particular não pode constar a referida expressão ou similar; segundo, a ausência de acusação particular contra um dos denunciados não importa só por si a desistência tácita de queixa quanto a este. A haver, esta desistência terá de resultar da conjugação com outros elementos. Pelo que se referiu a regra não consiste em o assistente ter de fundamentar porque somente acusa aqueles indivíduos, mas antes, em caso de dúvida das razões subjacentes a essa circunscrição, notificá-lo para vir esclarecer essa matéria com a cominação de que, caso nada diga, se interpretará a acusação como desistindo do procedimento criminal quanto às restantes pessoas.

No fundo, porque constitui renúncia ao direito a acusar e equivale a desistência de queixa a acusação particular não deduzida quanto a todas as pessoas indicadas pelo MP sobre as quais este considera haver indícios nos autos de que cometeram o crime? O MP é infalível nessa avaliação, apesar de a prática comprovar ser possível que uma acusação soçobre na instrução por falta de indícios suficientes?

É certo que a injustificada omissão de acusação particular pelo assistente poderá dar azo a que seja condenado em custas — art. 515.º, n.º 1, al. d). Todavia, essa condenação deverá ser precedida de contraditório, sob pena de indefensa do condenado em custas. Nesse momento, e não antes, o assistente será chamado a fundamentar o seu ato.

Havendo queixa quanto aos indivíduos em causa, não se poderá já falar em renúncia da queixa. Nem resultará uma renúncia do direito de acusar configuradora duma desistência tácita de queixa pelos motivos ora expostos.

Contudo, face à referida posição de desistência implícita da queixa, será prudente que o assistente, ao contrário do que é habitual na *praxis*, faça preceder a acusação particular dum introito em que explique porque não a deduz contra determinados sujeitos cujo nome surgiu no inquérito como potenciais participantes do crime, ou preceder os factos da expressão «Porquanto os autos *somente* indiciam suficientemente que».

Jurisprudência Crítica

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

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Introdução

O presente artigo ¹ analisa dois acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE): *Bundesrepublik Deutschland (notice rouge d'Interpol)* (C-505/19) ² e *Generalstaatsanwaltschaft München (and ne bis in idem)* (C-435/22 PPU) ³. Estes acórdãos enquadram-se na jurisprudência iniciada em *Petruhhin* ⁴, na medida em que identificam novos limites à extradição para Estados terceiros, mas constituem também — talvez *sobretudo* — desenvolvimentos da sua jurisprudência relativa ao *ne bis in idem* do direito da União ⁵. O problema

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

¹ Que se baseia em “The External Effects of *Ne Bis in Idem* in EU Law”, in Araceli Turmo (ed.), *Le Droit Européen et l’Autorité des Jugements*, Bruxelas: Bruylant, 2024, em vias de publicação.

² Acórdão de 12 de Maio de 2021, ECLI:EU:C:2021:376.

³ Acórdão de 28 de Outubro de 2022, ECLI:EU:C:2022:852.

⁴ Analisada em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29(2), 2019, pp. 345 ss. [RPCC I]; 29(3), 2019, pp. 590 ss. [RPCC II]; 30(1), 2020, pp. 139 ss. [RPCC III]; e 32(1) 2022, pp. 209 ss. [RPCC IV].

⁵ Isso explica que a referência feita nestes acórdãos àquela jurisprudência seja escassa e apenas lateral: cf. sobretudo os §§ 86 e 100 do primeiro e os §§ 101 ss. do segundo.

consistia em determinar se a extradição — e, no caso do primeiro acórdão referido, logo a detenção com vista à eventual extradição — de uma pessoa para um Estado terceiro por parte de um Estado Membro estão vedadas se os factos em causa tiverem já sido objecto de uma decisão final por parte de outro Estado Membro ⁶.

Não foi a primeira vez que o problema foi colocado ao TJUE. Ele manifestara-se logo em *Schotthöfer & Steiner*, o segundo processo da linha de *Petruhhin*, decidido em 2017 ⁷. Contudo, para além de a questão prejudicial ter então sido colocada em termos algo inadequados, o seu conhecimento ficou prejudicado pela circunstância de concorrerem outras questões já decididas em *Petruhhin* e de o TJUE ter decidido exercer a faculdade, conferida pelo artigo 99.º do seu Regulamento de Processo, de resolver o caso por mero despacho fundamentado por remissão para essa jurisprudência prévia ⁸.

Mas já em 2017 parecia claro que o *ne bis in idem* europeu tinha a potencialidade de interferir sobre a extradição para fora da União ⁹. Isto é, que, se uma decisão final de um Estado Membro

⁶ O segundo acórdão toma também posição sobre o problema do conflito entre obrigações decorrentes do direito da União e obrigações decorrentes do direito internacional público, que se centra fundamentalmente no alcance do artigo 351.º do TFUE. Esse problema, pela autonomia que apresenta em relação aos temas substantivos que aqui mais importam, não é analisado neste texto. Sobre ele pode ver-se, *u.g.*: STEFANO SALUZZO, “Impunity and EU or Member States’ Extradition Agreements with Third Countries”, in Luisa Marin/Stefano Montaldo (eds.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, Oxford: Hart, 2020, pp. 299 ss.; STEFANO MONTALDO, “Three (r)evolutions in a row: *ne bis in idem*, extradition agreements and the temporal scope of Article 351(1) TFEU: *Generalstaatsanwaltschaft München v HF* (C 435/22 PPU)”, *EU Law Live*, 17 de Novembro de 2022; LUCA PANTALEO, “The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?”, *European Papers* 7(3) (2022) 1005; LEANDRO MANCANO, “Transnational *ne bis in idem* and extradition: *HF* — Case C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft München (HF)*, judgment of 28 October 2022 (Grand Chamber), EU:C:2022:852”, *Common Market Law Review* 60 (2023), pp. 1131 ss.

⁷ (C-473/15), Despacho de 6 de Setembro de 2017, ECLI:EU:C:2017:633.

⁸ Cf. RPCC I, pp. 370 e 371 ss.

⁹ Assim MIGUEL JOÃO COSTA, “The Emerging EU Extradition Law: *Petruhhin* and Beyond”, *New Journal of European Criminal Law* 8(2) (2017), pp. 206, 211 ss.;

impede os restantes de actuarem penalmente sobre os mesmos factos, isso dificilmente poderia deixar de impedi-los também de cooperarem com Estados terceiros para uma actuação dessa natureza por parte deles — ocorresse essa interferência de uma forma indirecta, encontrada dentro da lógica de *Petruhhin*¹⁰, ou directa, por aplicação dos artigos 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen (CAAS) e 50.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), como veio a acontecer nos acórdãos que se analisam em seguida.

1. *Bundesrepublik Deutschland (notice rouge d’Interpol) (C-505/19)*

O caso dizia respeito a um alerta vermelho da Interpol emitido em 2012 a pedido dos Estados Unidos da América com vista à eventual extradição de um cidadão alemão, W.S. Antes da emissão do alerta vermelho, a Alemanha realizara um processo penal pelos mesmos factos, processo que foi definitivamente encerrado em 2010, depois de W.S. ter procedido ao pagamento de uma quantia pecuniária, em conformidade com o disposto no § 153a, n.º 1, StPO. As autoridades alemãs informaram a Interpol de que, em seu entender, o princípio *ne bis in idem* teria aplicação.

O tribunal de reenvio alemão submeteu seis questões prejudiciais, mas, conforme resumido nas Orientações da Comissão Europeia sobre extradição para Estados terceiros, o problema fundamental

FRANZ LEIDENMÜHLER/SANDRA GRAFENEDER, “*Civis europaeus sum!* — Current legal issues relating to the extradition of citizens of the Union to third States. Discussion of the Cases C-182/15, *Petruhhin*; C-473/15, *Schotthöfer & Steiner*; C-191/16, *Pisciotti*”, *European Legal Forum* 3 (2016), p. 59.

¹⁰ Visto que, se os factos já foram julgados na União, não pode falar-se impunidade e o objectivo de preveni-la está, portanto, satisfeito *a priori*. Na verdade, em “Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries”, A Haia, Novembro de 2020, p. 17, dá-se nota de um caso onde algo de semelhante ocorreu. Cf. também o caso mencionado em CHAD HEIMRICH/MICHAELA SCHARPF, “*Ne bis in idem* in the context of an Interpol red notice: Effective law enforcement versus fundamental right (case note on C-505/19 WS)”, *New Journal of European Criminal Law* 13(1) (2022), p. 9.

resumia-se a saber se os artigos 54.º CISA e 21.º TFUE, interpretados à luz do artigo 50.º CDFUE, deveriam ser interpretados no sentido de que precludem a detenção temporária, por um Estado contratante do Acordo de Schengen, de uma pessoa relativamente à qual a Interpol tenha publicado um alerta vermelho, num caso em que: (i) essa pessoa tenha já sido sujeita, num Estado Membro, a um processo penal que tenha sido encerrado definitivamente por decisão do Ministério Público depois de aquela ter satisfeito determinadas condições; e (ii) as autoridades desse Estado Membro tenham informado a Interpol de que, na sua opinião, esse processo penal respeita aos mesmos factos que os descritos no alerta vermelho ¹¹.

O TJUE entendeu que essa detenção poderia, de facto, violar o *ne bis in idem* ¹². Após rejeitar um conjunto de argumentos apresentados por vários Governos pugnando pela inadmissibilidade das questões prejudiciais ¹³, o Tribunal recordou que o preenchimento do *ne bis in idem* europeu o não pressupõe uma decisão proferida por um tribunal penal ¹⁴, conclusão que se suporta em estável e antiga jurisprudência ¹⁵. Sustentou então que, para os efeitos do artigo 54.º CAAS, um indivíduo detido na sequência de um alerta vermelho pode considerar-se “submetido a uma ação judicial”, uma vez que essa detenção se traduz em “auxiliar um Estado terceiro na ação penal contra essa pessoa” ¹⁶. Por conseguinte, do artigo 54.º do CAAS resulta para os Estados Membros ou contratantes um dever de se absterem, não apenas de actuar penalmente sobre determinados factos, mas também de prestarem aquela espécie de auxílio.

No entanto — prossegue o acórdão —, esse dever apenas existe “se for pacífico que essa pessoa já foi julgada pelos mesmos factos,

¹¹ Comissão Europeia, “Guidelines on Extradition to Third States”, C(2022) 3626 final, Bruxelas, 7 de Junho de 2022, p. 17 s.

¹² Em linha com as Conclusões do Advogado-Geral Bobek, apresentadas em 19 de Novembro de 2020, ECLI:EU:C:2020:939.

¹³ *Bundesrepublik Deutschland*, cit., §§ 42-66.

¹⁴ *Idem*, §§ 72-74.

¹⁵ *Gözütok & Brügge* (C-187/01 e C-385/01) Judgment of 11 February 2003, ECLI:EU:C:2003:87.

¹⁶ *Bundesrepublik Deutschland*, cit., §§ 75-82.

por decisão transitada em julgado, por um tribunal de outro Estado contratante, na aceção do artigo 54.º da CAAS, e que, por conseguinte, se aplica o princípio *ne bis in idem*”¹⁷. Se, pelo contrário, houver “dúvida” quanto a essa aplicabilidade, se ela permanecer “incerta”, então a detenção temporária deve continuar a considerar-se “justificada pelo objetivo legítimo de evitar a impunidade”¹⁸. Mais especificamente, o Tribunal considerou exigível que “as autoridades de um Estado contratante ou de um Estado Membro para o qual essa pessoa se desloca tenham tomado conhecimento de que foi tomada noutro Estado contratante ou noutro Estado Membro uma decisão judicial transitada em julgado que declara a aplicação do princípio *ne bis in idem* relativamente aos factos abrangidos pelo referido alerta vermelho, eventualmente depois de terem obtido as informações necessárias junto das autoridades competentes do Estado contratante ou do Estado Membro em que se alega ter sido declarada extinta a ação penal relativa aos mesmos factos”¹⁹. Uma vez que no caso não existia semelhante decisão, o Tribunal concluiu que, “nesta fase”, a detenção não violaria o direito europeu²⁰.

Decidiu em suma o Tribunal que as normas relevantes de direito europeu “não se opõem à detenção provisória, pelas autoridades de um Estado contratante ou de um Estado Membro, de uma pessoa a que se refere um alerta vermelho publicado pela Interpol a pedido de um Estado terceiro, exceto se estiver demonstrado, numa decisão judicial transitada em julgado proferida num Estado Contratante ou num Estado-Membro, que essa pessoa já foi definitivamente julgada por um tribunal, respetivamente, de um Estado contratante ou de um Estado Membro, pelos mesmos factos que estão na base desse alerta vermelho”²¹.

No caso, o Estado Membro onde a pessoa se encontrava e que proferira a decisão susceptível de desencadear a protecção do *ne bis in idem* era o mesmo: a Alemanha. O reenvio prejudicial era, portanto,

¹⁷ *Idem*, § 82.

¹⁸ *Idem*, §§ 84 e 86.

¹⁹ *Idem*, § 89.

²⁰ *Idem*, §§ 101-102.

²¹ *Idem*, § 106.

‘preventivo’ (também aqui à semelhança do que ocorrera em *Schotthöfer & Steiner*): o objectivo era o de determinar se essa pessoa poderia vir a exercer a sua liberdade de circulação isenta do risco de ser detida noutro Estado Membro ²². Assim, as conclusões do acórdão valem para detenções realizadas por Estados Membros diversos daquele que proferiu a decisão susceptível de desencadear o *ne bis in idem*, tendo o Tribunal afirmado com toda a clareza que o artigo 54.º da CAAS “implica necessariamente a existência de uma confiança mútua dos Estados contratantes nos respetivos sistemas de justiça penal” e que isso pressupõe que “as autoridades do segundo Estado contratante aceitem uma decisão transitada em julgado que foi proferida no território do primeiro Estado contratante nos termos em que foi comunicada a essas autoridades” ²³.

Não pode deixar de observar-se que a condição, imposta pelo TJUE, de que tenha sido ou seja proferida uma decisão final confirmando a aplicabilidade do *ne bis in idem* é uma condição exigente — o que leva alguns autores a verem neste acórdão um “sucesso apenas parcial para a pessoa visada” ²⁴, sobretudo quando se pensa nos casos em que a pessoa não está sequer ciente da existência do alerta vermelho ²⁵. No entanto, a fim de “garantir, em tal situação, o efeito útil do artigo 54.º da CAAS e do artigo 21.º, n.º 1, TFUE, lidos à luz do artigo 50.º da Carta”, o Tribunal contrabalançou em

²² O carácter “puramente hipotético” da questão prejudicial era, de resto, um dos argumentos invocados por vários Governos no sentido da inadmissibilidade. O TJUE afastou-o com a consideração de que W.S. almejava “criar as condições necessárias para exercer o seu direito à livre circulação sem correr o risco de ser detido no Estado-Membro para o qual pretende deslocar-se, devido à existência do referido alerta” (§§ 44 ss.).

²³ § 80.

²⁴ THOMAS WAHL, “CJEU Judgment on Compatibility of Interpol Searches and Arrests with *Ne bis in idem* Principle”, *Eu crim*, 15 de Junho de 2021, acrescentando que a descrição dos factos nos alertas vermelhos da Interpol é tendencialmente muito sucinta, de sorte que, em muitos casos, aquele sucesso exigirá a organização de uma defesa dupla nos Estados envolvidos.

²⁵ Cf. BJÖRN KRUSE, ‘INTERPOL Red Notices and the Prohibition of Double Jeopardy — *quo vadis?*’ *Wij 2* (2021), p. 103 s.; CHAD HEIMRICH/MICHAELA SCHARPE, *op. cit.*, p. 99.

certa medida aquela exigência impondo aos Estados Membros e Estados contratantes — de um modo, aliás, incomum na sua jurisprudência ²⁶ — um dever de “assegurar a disponibilidade de vias de recurso que permitam às pessoas em causa obter uma decisão judicial transitada em julgado que declare a aplicação do princípio *ne bis in idem*” ²⁷.

2. *Generalstaatsanwaltschaft München (and ne bis in idem)* (C-435/22 PPU)

O caso envolvia um cidadão sérvio (H.F.) detido na Alemanha em virtude de um alerta vermelho da Interpol, emitido a pedido dos Estados Unidos da América com vista à sua extradição por crimes cometidos entre 2008 e 2013. Em 2012 H.F. fora já condenado na Eslovénia por parte desses factos, tendo cumprido na íntegra a pena (480 horas de trabalho a favor da comunidade, em substituição de 1 ano e 3 meses de prisão) até 2015. O seu título de residência na Eslovénia caducou em 2019 e a sua prorrogação foi indeferida pelas autoridades eslovenas em 2020.

Por outro lado, em 2020 a Eslovénia recusara já aos Estados Unidos da América um pedido de extradição pelos mesmos factos agora constantes do pedido de extradição dirigido à Alemanha, incluindo aqueles pelos quais HF não fora ainda condenado, com a justificação, quanto a estes, de não existir “nenhuma suspeita de infração” ²⁸. Segundo o órgão de reenvio, por um lado, o pedido de extradição anteriormente dirigido à Eslovénia e o pedido de extradição agora em causa “dizem respeito às mesmas infracções”; por outro, os factos julgados na Eslovénia em 2012 “são idênticos aos visados por este último pedido de extradição, na medida em que são aí descritas infracções cometidas até junho de 2010”. Quanto às infracções posteriores, não abrangidas pela decisão condenatória eslovena de 2012, o pedido de

²⁶ Como notam CHAD HEIMRICH/MICHAELA SCHARPF, *op. cit.*, p. 98.

²⁷ § 92.

²⁸ *Generalstaatsanwaltschaft München, cit.*, § 30.

reenvio prejudicial não as abrangia, pelo que não caberia ao Tribunal pronunciar-se sobre elas ²⁹.

O tribunal alemão questionou então (para o aqui mais releva ³⁰) se os artigos 54.º CAAS e 50.º CDFUE devem ser interpretados no sentido de se oporem à extradição de uma pessoa que não é cidadã da União, para um Estado terceiro, se essa pessoa já tiver sido condenada por sentença transitada em julgado de outro Estado Membro pelos mesmos factos a que se refere o pedido de extradição e essa sentença tiver sido executada ³¹.

O TJUE respondeu afirmativamente. Começando por relembrar que o *ne bis in idem* constitui um princípio fundamental do direito da União, que actualmente está consagrado no artigo 50.º CDFUE — não já apenas no artigo 54.º CAAS — e que, além disso, resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros ³², o Tribunal confirmou, em primeiro lugar, que o conceito de ‘acção judicial’, para os efeitos do artigo 54.º CAAS, “abrange um pedido de extradição”, conforme decorria já *a fortiori* da decisão proferida em *notice rouge d’Interpol* ³³. Menos evidente foi a conclusão, apresentada logo em seguida, de que o conceito de ‘pessoa’ para os efeitos daquele preceito, interpretado à luz do artigo 50.º CDFUE — que, conforme observara o Advogado-Geral nas suas Conclusões, não se integra no Capítulo V da Carta, relativo à Cidadania, mas sim no seu Capítulo VI, relativo à Justiça —, inclui o nacional de um Estado terceiro, sendo ademais irrelevante, para tais efeitos, a regularidade ou legalidade da sua permanência em território da União ³⁴.

²⁹ Cf. a delimitação temática feita na *supra*, na Introdução.

³⁰ Cf. as Conclusões do Advogado-Geral Collins, apresentadas em 13 de Outubro de 2022, ECLI:EU:C:2022:775, § 45. Teria sido interessante saber se essa anterior decisão de recusa da extradição por parte da Eslovénia deveria ter alguma relevância para a decisão do novo pedido de extradição submetido à Alemanha, sobretudo na medida em que, conforme sugerido no acórdão, se tenha fundado na inexistência de qualquer suspeita de infracção.

³¹ Cf. o § 54.

³² Cf. os §§ 63-66.

³³ § 70.

³⁴ Cf. os §§ 71-94. Mas cf. ainda *infra*, o ponto 3.d) deste texto.

O TJUE abordou depois as circunstâncias de o Acordo de Extradicação entre a UE e os EUA não prever uma causa de recusa com base no princípio *ne bis in idem* e de o Tratado de Extradicação entre a Alemanha e os EUA limitar o alcance da causa de recusa baseada no princípio *ne bis in idem* a decisões proferidas no Estado requerido ³⁵. Relativamente ao primeiro instrumento referido, notou o Tribunal que, embora se não preveja aí expressamente que a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* permite a um Estado Membro recusar a extradicação aos EUA, o artigo 17.º, n.º 2, desse Acordo ³⁶ “permite (...), em princípio, que um Estado Membro reserve, com fundamento em regras do seu direito constitucional ou em decisões judiciais transitadas em julgado, um tratamento especial às pessoas que já tenham sido julgadas definitivamente pela mesma infração pela qual é pedida a extradicação, proibindo[-a]” ³⁷; razão por que se oferece como “base jurídica autónoma e subsidiária para a aplicação do princípio *ne bis in idem* no âmbito de um pedido de extradicação dirigido pelos Estados Unidos a um Estado Membro, quando o tratado bilateral aplicável não permita resolver esta questão” ³⁸. Importava então determinar o alcance do tratado bilateral aplicável no caso, o Tratado de Extradicação de 1978 entre a Alemanha e os EUA.

Relativamente a este instrumento jurídico, o Tribunal começou por constatar que o seu artigo 8.º, onde se contém a causa de recusa relativa ao princípio *ne bis in idem*, apenas admite a recusa da extradicação com fundamento em decisões definitivas das autoridades competentes do Estado requerido ³⁹, o que não era o caso. Logo acrescentou que, nos

³⁵ Cf. os §§ 95-114.

³⁶ *Sc.*: “Quando os princípios constitucionais ou as decisões judiciais transitadas em julgado do Estado requerido possam obstar ao cumprimento da sua obrigação de extraditar e a resolução dessa questão não esteja prevista no presente acordo nem no tratado bilateral aplicável, realizar-se-ão consultas entre o Estado requerido e o Estado requerente”.

³⁷ Conforme já sugerido, *mutatis mutandis*, em *Pisciotti* (C-191/16), Acórdão de 10 de Abril de 2018, EU:C:2018:222, § 41.

³⁸ § 104.

³⁹ *Sc.* (e conforme a redacção indicada no Acórdão, § 20): “A extradicação não é concedida se a pessoa perseguida já tiver sido definitivamente absolvida ou condenada

termos já acolhidos em vários outros acórdãos pertencentes à linha jurisprudencial iniciada em *Petruhhin*, “[o] poder de que os Estados Membros dispõem para adotar regras relativas aos processos de extradição deve, no entanto, ser exercido em conformidade com o direito da União”, onde se integram, naturalmente, os artigos 54.º CAAS e 50.º CDFUE, aqui aplicáveis nos termos já estabelecidos ⁴⁰. Sendo impossível proceder a uma interpretação conforme — como aconteceria no caso, já que no entender do tribunal de reenvio o referido artigo 8.º não poderia ser interpretado senão no sentido de excluir sentenças proferidas noutros Estados Membros —, o juiz nacional tem a obrigação, decorrente do princípio do primado, de “assegurar o pleno efeito das exigências deste direito no litígio que é chamado a decidir, afastando, se necessário, a aplicação, por sua própria iniciativa, de qualquer regulamentação nacional, ainda que posterior, que seja contrária a uma disposição do direito da União que tenha efeito directo, sem que tenha de pedir ou de esperar pela supressão prévia dessa legislação nacional por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional” ⁴¹. Tendo o TJUE já declarado que o artigo 50.º da Carta tem efeito directo ⁴² — e o mesmo valendo para o artigo 54.º CAAS ⁴³ —, incumbe ao órgão de reenvio assegurar o seu pleno efeito, afastando a aplicação de qualquer disposição do Tratado de Extradicação entre a Alemanha e os EUA que seja incompatível com o princípio *ne bis in idem* aí consagrado.

3. Análise

Estes dois acórdãos têm importância prática, atento o elevado número de alertas vermelhos da Interpol que a todo o tempo se

pelas autoridades competentes do Estado requerido pela infração para a qual a extradição é pedida.”

⁴⁰ § 106.

⁴¹ § 108.

⁴² Prosseguiu o Tribunal, § 108, suportando-se em *Garlsson Real Estate e outros* (C-537/16), Acórdão de 20 de Março de 2018, EU:C:2018:193, § 68, e em *XC e outros* (C-234/17), Acórdão de 24 de Outubro de 2018, EU:C:2018:853, § 38.

⁴³ Acrescentou ainda o Tribunal, §§ 109 e 65, suportando-se em *Notice rouge d’Interpol*, § 70.

encontram em circulação ⁴⁴. Têm também interesse teórico, pelas razões apresentadas em seguida ⁴⁵.

a. Direito penal e direito da extradição

Que o *ne bis in idem*, mesmo quando nominalmente cingido ao julgamento ou à punição penais, abrange também a acção de extraditar é circunstância que decorre com naturalidade da interligação entre o direito e o processo penais e a extradição. O propósito da extradição é proporcionar a outro Estado a realização de um processo penal ou a execução de uma pena ⁴⁶. Em consequência disso, partilham vários conceitos e princípios fundamentais.

Não que não haja autonomia: as bases teóricas do direito da extradição não constituem uma continuação linear das do direito e do processo penais, logo porque a extradição pressupõe uma interacção entre Estados que podem ter perspectivas muito diferentes em matéria penal (por exemplo, quanto às condutas que criminalizam). Pode ver-se o direito da extradição, em certa medida, como *direito e processo penais colocados em perspectiva transnacional* ⁴⁷. Daí, por exemplo, que extraditar por factos que não se criminaliza não enfrente objecções tão fundamentais como aplicar uma pena por factos que não se criminaliza. Não constitui, desde logo, uma violação do princípio da legalidade criminal, como é exemplarmente ilustrado pelo mandado de detenção europeu ⁴⁸.

⁴⁴ Cf. CHAD HEIMRICH and MICHAELA SCHARPE, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁵ Que se desenvolvem a partir de MIGUEL JOÃO COSTA, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Leiden: Brill | Nijhoff, 2019, pp. 4 ss. e 412 ss.

⁴⁶ Quanto a isto, cf., irrepreensíveis, as Conclusões do Advogado-Geral Bobek em *notice rouge d'Interpol*, *cit.*, §§ 54-63.

⁴⁷ *Extradition Law... op. cit.*, p. 5.

⁴⁸ Cf. *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05), Acórdão de 3 de Maio de 2007, ECLI:EU:C:2007:261, §§ 48 ss.; sobre ele, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/PEDRO CAEIRO: “Comentário ao Acórdão *Advocaten voor de Wereld* VZW c. *Leden van de Ministerraad*”, in Eduardo Paz Ferreira/Maria Luísa Duarte/Miguel Sousa Ferro (orgs.), *Jurisprudência. Cunha Rodrigues — Comentários*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 14 ss.; PEDRO CAEIRO, “The contribution of *Advocaten voor de Wereld* for the

Apesar dessa autonomia, a circunstância de a extradição conduzir a um exercício de punição explica que esteja condicionada por um conjunto amplo de causas de recusa e outras garantias, várias delas fundadas em direitos humanos. É assim natural que várias garantias desenvolvidas no âmbito penal e processual penal propriamente dito tenham dado lugar, ainda que com alguma transformação, a garantias contra a extradição. É o caso, particularmente, daquelas garantias cujas razões de ser são convocadas com intensidade idêntica logo pela acção de auxiliar a uma punição — e, dentro destas, particularmente daquelas que dizem respeito a circunstâncias passadas, já materializadas e, neste sentido, *estáveis*. É o caso do *ne bis in idem*, visto que as razões essenciais por que uma pessoa não deve ser exposta a um segundo processo penal ou a uma segunda punição penal pelos mesmos factos (um princípio de humanidade e o repúdio de punições desnecessárias ⁴⁹, a segurança jurídica, etc. ⁵⁰) justificam por inteiro que não deva, desde logo, ser extraditada. Constatando-se logo nesse momento que os factos por que está a ser perseguida foram já julgados em termos que desencadeiam a protecção conferida pelo *ne bis in idem*, contribuir para esse processo penal mostra-se imediatamente despropositado, injusto, desnecessário.

No âmbito da UE, entendimento diverso desse colidiria ainda com o desígnio, a que o *ne bis in idem* do direito da União está geneticamente ligado ⁵¹, de criação e aprofundamento de um espaço sem fronteiras internas ⁵². É evidente que a eventualidade de se ser extraditado ou detido para efeitos de extradição inibe o exercício da liberdade de circulação.

protection of human rights in the context of supra-state law and for the doctrine of double criminality”, in Valsamis Mitsilegas/Alberto di Martino/Leandro Mancano (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*, Londres: Bloomsbury, 2019, pp. 348-361 ss.

⁴⁹ PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O Caso Português*, Coimbra: Wolters Kluwer | Coimbra Editora, 2010, p. 339.

⁵⁰ Cf. v. g. ARACELI TURMO, “*Ne bis in idem* in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism”, *European Papers* 5(3) (2021), pp. 1344 ss.

⁵¹ Sobre isto, cf. ainda *infra*, II.3.d).

⁵² Cf. de novo as Conclusões do Advogado-Geral Bobek, *cit.*, §§ 63.

b. *Ne bis in idem* transnacional: entre a protecção de direitos fundamentais e a preocupação com a credibilidade da sentença anterior

De facto, é de elementar justiça que um indivíduo não seja perseguido penalmente mais do que uma vez pelos mesmos factos — e é assim independentemente de a primeira actuação penal ter sido empreendida pelo mesmo Estado ou por um outro. E, contudo, se a maioria dos Estados consagra o princípio *ne bis in idem* quanto às suas próprias decisões, muitas vezes no próprio plano constitucional — como acontece na Alemanha (o Estado em causa no acórdão em análise ⁵³), assim como em Portugal ⁵⁴ —, menos são os Estados que retiram as mesmas consequências de decisões proferidas por outros Estados, sobretudo quanto a factos cometidos no seu próprio território (mesmo que apenas em parte) ou contra interesses nacionais. Ou seja, enquanto o *ne bis in idem* nacional pode considerar-se bem sedimentado, o *ne bis in idem* transnacional encontra mais resistência.

O segundo desenvolveu-se não tanto em legislação penal nacional quanto em legislação e tratados internacionais sobre cooperação judiciária internacional, particularmente enquanto causa de recusa da extradição ⁵⁵. Isso é compreensível, porque, quando os Estados prevêem uma causa de recusa baseada no *ne bis in idem*, não estão imediatamente a impedir-se a si próprios de julgarem os factos (a proibição que se mostram mais relutantes em aceitar). Estão apenas a limitar a possibilidade de conceder e obter a extradição por tais factos — o que decerto constitui já uma concessão, mas continua a ser bastante distinto de se considerarem vinculados a não julgar os factos caso a pessoa em questão seja ou venha a ser encontrada no seu território.

Além disso, nos tratados internacionais, os Estados tendem a limitar a extradição apenas quando a pessoa tenha sido anteriormente julgada noutra Estado parte do tratado em causa. De facto,

⁵³ Cf. o artigo 103.º, n.º 3, da Constituição alemã.

⁵⁴ Cf. o artigo 29.º, n.º 5, da Constituição portuguesa (e, sobre ele, PEDRO CAEIRO, *Fundamento... op. cit.*, p. 339-340).

⁵⁵ Cf., sobre o contexto europeu, JOHN A.E. VERVAELE, “*Ne Bis in Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*”, *Utrecht Law Review* 9 (2013), p. 215 f.

apenas nesse caso (assim como naquele em que a decisão anterior foi proferida pelo próprio Estado requerido ⁵⁶) é comum encontrar-se uma causa de recusa obrigatória, na medida em que, ao acederm a tais instrumentos jurídicos, os Estados avaliem positivamente a credibilidade das decisões proferidas pelos outros específicos Estados partes. Isto afigura-se crucial, uma vez que, se a decisão não for credível, a protecção decorrente do *ne bis in idem* fica esvaziada de pelo menos alguns dos seus fundamentos essenciais. Com efeito, enquanto causa de recusa da extradição, o *ne bis in idem* procura atender a dois conjuntos de interesses que conflituam: de um lado, procura evitar uma segunda punição injustificada, em nome das múltiplas razões já indicadas, assim como uma afronta à soberania do Estado que proferiu a decisão anterior; ao fazê-lo, no entanto, arrisca contribuir para a impunidade, *v. g.* em caso de absolvições fabricadas ⁵⁷, assim como denegar uma legítima pretensão punitiva ao Estado requerente. Isso contribuirá para explicar que, relativamente a decisões proferidas por Estados que não são partes no tratado em causa — ou seja, por possivelmente qualquer Estado —, a causa de recusa da extradição, a existir sequer, seja apenas *facultativa*. Um exemplo disto é novamente o regime do mandado de detenção europeu, em que o *ne bis in idem* desencadeado por decisões de Estados Membros constitui um motivo de não execução obrigatório ⁵⁸, enquanto o *ne bis in idem* desencadeado por decisões

⁵⁶ Sobre esta hipótese, cf. já em seguida no texto.

⁵⁷ Atribuindo também relevo à eventualidade de ocorrerem “farsas judiciárias”, PEDRO CAEIRO, *Fundamento... op. cit.*, p. 332. No caso do *ne bis in idem* do direito da União, com o seu compromisso com a liberdade de circulação, pode ainda discernir-se, em *Spasic* (C-129/14 PPU, Acórdão de 27 de Maio de 2014, ECLI:EU:C:2014:586), um argumento oblíquo fundado no objectivo de evitar a impunidade. Nesse acórdão, conforme nota LEANDRO MANCANO, “Transnational *ne bis in idem*...”, *op. cit.*, pp. 1127, com ulteriores referências — o artigo 54.º CAAS é também visto como uma forma de assegurar um seguro exercício da liberdade de circulação por parte dos outros indivíduos.

⁵⁸ Cf. o artigo 3.º, n.º 2 da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros [DQ-MDE]; na mesma linha, cf. também o artigo 2.º do Protocolo Adicional de 1975 à Convenção Europeia de Extradição de 1957.

de Estados terceiros constitui um motivo de não execução meramente facultativo ⁵⁹.

Portanto, as hipóteses em que a decisão anterior tenha sido proferida no Estado requerido ou no próprio Estado requerente não colocam dificuldades. Nesta segunda hipótese, a extradição deve claramente ser recusada e normalmente nem chegará a ser pedida: o mesmo Estado punir mais de uma vez os mesmos factos é a mais profunda e amplamente consagrada dimensão do *ne bis in idem*. A primeira hipótese será também tipicamente de recusa, por emanção natural do *ne bis in idem* interno do Estado requerido: ainda que decisão por si anteriormente proferida tenha sido baseada em jurisdição extraterritorial e ainda que não tenha sido genuína, este Estado dificilmente deixará de reiterar a sua soberania e a credibilidade da sua decisão, recusando a extradição; quando a sua anterior decisão tenha sido genuína, então a recusa da extradição corresponderá ainda à protecção dos relevantes interesses individuais e de justiça acima referidos ⁶⁰.

A hipótese desafiante é, pois, aquela em que a decisão anterior foi proferida por um outro Estado, que não o requerente nem o requerido. Uma hipótese que, portanto, sem surpresa e conforme já referido, tende a não surgir prevista como causa de recusa da extradição — como exactamente acontece com o Tratado de Extradicação de 1978 entre a Alemanha e os EUA, em causa no acórdão do TJUE aqui em análise) —, ou, quando prevista, surge como meramente opcional ⁶¹. A razão aparente para isto, também já sugerida anteriormente, será a de que, ao adoptarem legislação nacional ou ao celebrarem tratados internacionais de extradição, os Estados não podem antecipar qual será, em cada caso, o Estado que proferiu a decisão anterior susceptível de fazer emergir a protecção conferida

⁵⁹ Cf. o artigo 4.º, n.º 5, DQ-MDE.

⁶⁰ Cf. também BERT SWART, “Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition”, *Netherlands Yearbook of International Law* 23 (1992), pp. 200 s.

⁶¹ Cf. o Tratado Modelo de Extradicação da ONU (artigo 3.º, alínea *d*) e a Lei Modelo de Extradicação da ONU, artigo 8.º.

pelo princípio *ne bis in idem* — nem, conseqüentemente, a credibilidade dessa decisão.

Quando, porém, num caso concreto, se determina a decisão anterior relevante e o Estado que a proferiu, aquela incerta desvanece e, se aqueles deverem ter-se como credíveis, então os fundamentos da causa de recusa do *ne bis in idem* estarão preenchidos. Isso será assim independentemente da concreta constelação de Estados que se verifique no caso, mas será especialmente evidente — e normativamente fundado — quando o Estado requerido tenha assumido, através de outros instrumentos jurídicos (que não aqueles que regulam o pedido de extradição em causa), não actuar penalmente sobre factos já julgados no Estado que proferiu a decisão em causa. Ou seja, através de instrumentos jurídicos que vinculam o Estado requerido, não (pelo menos, não necessariamente) ao Estado requerente, mas ao Estado que proferiu a decisão anterior relevante — que, neste sentido, é aqui o ‘Estado terceiro’. O exemplo paradigmático disto é, precisamente e de novo, a União Europeia, cujos Estados Membros se vincularam a reconhecer as decisões uns dos outros ⁶².

Em suma, em princípio, o conteúdo mínimo do *ne bis in idem* enquanto causa de recusa num dado caso de extradição é dado pela medida até à qual o Estado requerido se tenha comprometido a reconhecer as decisões do Estado que proferiu a decisão anterior relevante. Os Estados Membros da União Europeia assumiram esse compromisso entre si: primeiro, através da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen; depois, com a sua consagração na Carta de Direitos Fundamentais.

⁶² Valendo a pena sublinhar que, no caso de decisões finais — e em contraste com o que acontece, *v. g.*, com a emissão de um mandado de detenção europeu —, o *ne bis in idem* faz com que o reconhecimento mútuo se aproxime de uma verdadeira *automaticidade*: cf. PEDRO CAEIRO, «Una nota sobre reconocimiento mutuo y armonización penal sustantiva en la Unión Europea», in Luis Arroyo Jiménez/Adán Nieto Martín (dirs.), *El Reconocimiento Mutuo en el Derecho Español y Europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 307 f.; mais recentemente, PEDRO CAEIRO/MIGUEL JOÃO COSTA, “Extradition and Surrender: from a Bilateral Political Arrangement to a Triangular Legal Procedure”, in Kai Ambos/Peter Rackow (eds.), *Cambridge Companion to European Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2023, p. 262.

c. *Ne bis in idem* transnacional enquanto condição substantiva e enquanto causa de recusa da extradição: co-determinação recíproca

O que acima se disse significa que uma regulação substantiva do *ne bis in idem* transnacional, como a que se contém no CAAS e na CDFUE, contém algo como uma proto-regulação do *ne bis in idem* transnacional enquanto causa de recusa da extradição: quando, como na UE, os Estados tenham estabelecido entre si uma regulação do *ne bis in idem* transnacional através da qual se impediram de actuar penalmente sobre os factos abrangidos pelas decisões uns dos outros, esses Estados estão desse passo a modelar o conteúdo do *ne bis in idem* transnacional enquanto causa de recusa — tanto da extradição entre eles como da extradição para outros Estados. Pois se aceitam a credibilidade das decisões proferidas uns pelos outros, daí retirando consequências para a sua própria actuação penal, *a fortiori* estão a aceitá-la quanto à actuação penal de outros Estados. Essa espécie de regulação substantiva do *ne bis in idem* transnacional está, assim, destinada a produzir efeitos externos. Não gera obrigações *erga omnes*, visto que não tem qualquer eficácia nos ordenamentos jurídicos de Estados terceiros (cujas prerrogativas de actuar penalmente e de requerer a extradição permanecem intocadas), mas repercute-se nesses outros Estados (uma vez que os priva de obter a extradição). É, porém, estritamente sobre os Estados Membros ou Contratantes que tais obrigações recaem, muito à semelhança do que ocorre com a aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos, como a CEDH, à extradição a partir de um Estado parte desses instrumentos para um Estado não parte, sem que haja actualmente qualquer dúvida de que se não está desse modo a fazer impender sobre Estados não partes obrigações que não subscreveram: elas recaem apenas sobre os Estados partes, sobre a sua acção de auxílio a Estados não partes — e é assim mesmo quando seja nestes últimos que se materializa o resultado lesivo e mesmo quando essa materialização seja, no momento de extraditar, apenas potencial ⁶³.

De maneira simétrica, quando os Estados estabelecem, nos instrumentos

⁶³ Sobre a questão, com ulteriores referências, pode ver-se MIGUEL JOÃO COSTA, *Extradition Law... op. cit.*, p. 84.

jurídicos que regulam a extradição entre si, uma causa de recusa fundada na *ne bis in idem* transnacional, estão também, na forma como a modelam, a denotar a relevância que atribuem às decisões proferidas por Estados terceiros (*i.e.*, por Estados que não o requerido e o requerente). Essas causas de recusa constituem, pois, um indicador da regulação substantiva do *ne bis in idem* transnacional entre os Estados envolvidos na relação de extradição e outros Estados que hajam proferido decisões definitivas susceptíveis de activarem a protecção do *ne bis in idem*.

Em definitivo, o escopo do *ne bis in idem* transnacional enquanto causa de recusa da extradição, como o de tantas outras causas de recusa da extradição, varia em função dos níveis de confiança interestadual, com a particularidade de que essa confiança não se refere, aqui ao Estado requerente. Refere-se, antes, pelo menos essencialmente, ao Estado que proferiu a decisão capaz de activar a protecção do *ne bis in idem*. De sorte que, mesmo quando o Estado requerente esteja ligado ao Estado requerido por laços de confiança mútua, este último deverá recusar o seu pedido de extradição se houver uma decisão final sobre os mesmos factos proferida por um outro Estado a que esteja também ligado por laços de confiança mútua, na medida desta confiança. Sendo a confiança mútua entre os Estados Membros da União Europeia virtualmente tão alta quanto pode conceber-se entre Estados soberanos ⁶⁴, era absolutamente normal, praticamente inevitável mesmo, que ela fosse projectada nas relações de extradição dos Estados Membros com quaisquer Estados terceiros.

d. Vocação universal

Pode considerar-se que na UE o *ne bis in idem* transnacional se desenvolveu concomitantemente como um suporte à liberdade de circulação e como uma garantia individual com valor próprio. Contudo, na sua génese e durante muito tempo subsequentemente, aquela primeira dimensão foi

⁶⁴ Uma vez mais, o conceito de ‘confiança’ é aqui utilizado não apenas num sentido fáctico, mas num sentido formal e normativamente fundado: cf. a este respeito, *Generalsstaatsanwaltschaft München (and ne bis in idem)*, *cit.*, §§ 92-94, com ulteriores referências, incluindo a *Interpol Red Notice*, valendo a pena recordar aqui também o Parecer 2/13 do TJUE, de 18 de Dezembro de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, em especial o § 191, e a visão algo ‘prescritiva’ que dele ultrapassa relativamente ao conceito de confiança mútua.

a preponderante. Como é bem sabido, a CAAS, que contém uma regulação quase completa do *ne bis in idem* transnacional⁶⁵, teve como objectivo primário estabelecer um espaço de liberdade de circulação, objectivo a que aquela regulação foi algo funcionalizada. Conforme observado por van Bockel, o artigo 54.º da CAAS “não reflecte necessariamente qualquer particular ambição supranacional de direitos humanos”⁶⁶.

Foi apenas com a Carta de Direitos Fundamentais (artigo 50.º) que teve lugar uma ‘constitucionalização’ do *ne bis in idem* da UE. Esse aprofundamento axiológico realizado pela Carta concorre, aliás, para dar sentido à projecção dessa garantia nas relações dos Estados Membros com Estados terceiros. Como excelentemente sumariou o Advogado-Geral Bobek em *Notice rouge d’Interpol*: “Esta conclusão é ainda confirmada por uma interpretação do artigo 54.º da CAAS à luz da Carta. O seu artigo 50.º eleva o princípio *ne bis in idem* à condição de direito fundamental, dispondo que «[n]inguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei». Provavelmente, «ninguém» deve significar «ninguém», sem quaisquer limitações territoriais e não «ninguém», exceto indivíduos submetidos a uma ação penal fora da União»⁶⁷. Mas aquela constitucionalização concorre, sobretudo — e, neste aspecto, provavelmente, de um modo decisivo — para afastar a ideia de que a sua aplicabilidade se cingiria a cidadãos da UE e a pessoas que aí residam legalmente: os direitos fundamentais têm vocação universal⁶⁸ e, também neste aspecto, “ninguém” teria de significar “ninguém”⁶⁹.

⁶⁵ Cf. ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Cambridge: Intersentia, 2022, pp. 285 s.; JOHN A.E. VERVAELE, *op. cit.*, pp. 218 s.

⁶⁶ BAS VAN BOCKEL, “The ‘European’ *Ne Bis in Idem* Principle: Substance, Sources, and Scope”, in Bas van Bockel (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 23 (tradução do autor).

⁶⁷ Conclusões do Advogado-Geral Bobek, *cit.*, §§ 69.

⁶⁸ No âmbito da extradição e com ulteriores referências, cf. MIGUEL JOÃO COSTA, *Extradition Law... op. cit.*, pp. 40 ss. e 555.

⁶⁹ Cf. também STEFANO MONTALDO, “No one means no one: *ne bis in idem* and extradition agreements (Advocate General Collins’ Opinion in *Generalstaatsanwaltschaft München v HF*)”, *EU Law Live*, 28 de Outubro de 2022.

Curiosamente, a fundamentação do acórdão *Generalstaatsanwaltschaft München (and ne bis in idem)* como que subestima essa evolução histórica do *ne bis in idem* da União. Dessa fundamentação perpassa a ideia de que no direito da UE o *ne bis in idem* sempre se concebeu como um princípio autónomo, perfeitamente independente da liberdade de circulação ⁷⁰. Contudo, por um lado, e como já se sugeriu, em jurisprudência anterior era notória a conexão entre eles ⁷¹; por outro, mesmo este acórdão não os cindiu por completo ⁷², embora tenha atribuído à liberdade de circulação um significado claramente secundário no âmbito de uma garantia com um carácter agora mais fundamental. Parece-me que esta evolução deve antes ser salientada ⁷³, pois justamente nela se filiam alguns dos principais avanços trazidos por este acórdão.

Conclusão

Os acórdãos do TJUE aqui analisados constituem um desenvolvimento natural do direito da UE. Tanto em face da ‘constitucionalização’ do seu *ne bis in idem*, como da jurisprudência já proferida sobre extradição para Estados terceiros. Na verdade, atentos os fundamentos do princípio *ne bis in idem*, trata-se de um desenvolvimento de profundidade axiológica superior à daqueles que se baseiam na cidadania da União.

É, de resto, um desenvolvimento coerente com a estrutura do *ne bis in idem* enquanto causa de recusa da extradição: a relevância das decisões de outro Estado que não o requerido ou o requerente decorre da circunstância de, nesta causa de recusa, o nexo de confiança mútua

⁷⁰ Cf. especialmente os §§ 72 ss. e §§ 85 ss.

⁷¹ Como também nota LEANDRO MANCANO, “Transnational *ne bis in idem*...”, *op. cit.*, pp. 1127 s.: “Since the leading *Gözütok and Brügge* judgment and for many years thereafter, Article 54 CISA seemed to be inseparable from free movement and from what is now Article 3(2) TEU”.

⁷² Cf. os §§ 76 s., especialmente os §§ 76, 77, 81 e 85.

⁷³ Cf. também STEFANO MONTALDO, “Three (r)evolutions in a row...” *cit.*, para quem a aplicação do *ne bis in idem* a não cidadãos da UE nem aí residia legalmente parece constituir uma das ‘três revoluções’ trazidas por este acórdão.

preponderante ser, não aquele que liga o Estado requerido ao requerente, mas aquele que liga o Estado requerido àquele que proferiu a decisão capaz de activar a protecção do *ne bis in idem*.

No caso dos Estados Membros da UE, essa confiança é muito elevada e encontra-se concretizada em instrumentos jurídicos onde, para o que aqui mais releva, os Estados Membros se vincularam a reconhecer as decisões finais proferidas pelos demais: a Convenção de aplicação do Acordo de Schengen (artigo 54.º) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 50.º). Também neste sentido este desenvolvimento é peculiar em relação à linha jurisprudencial iniciada em *Petruhhin*: ele assenta *directamente* no princípio do reconhecimento mútuo, que, no caso de decisões desencadeadoras da proibição de *bis in idem*, e de um modo algo ímpar no lato âmbito do reconhecimento mútuo em matéria penal, fica muito próximo de uma autêntica automaticidade.

Isso, por outro lado, faz esperar novos desenvolvimentos em situações que envolvam o reconhecimento mútuo (ou que de algum outro modo justifiquem a tomada em consideração) de certas decisões de espécie diferente tomadas por outros Estados Membros. (i) Por exemplo, a decisão de um Estado Membro de conceder asilo a um indivíduo que não é cidadão da UE, numa situação em que esse indivíduo posteriormente se desloque para outro Estado Membro e a sua extradição lhe seja requerida por um Estado terceiro: é a situação em causa no processo *Demande d'extradition d'un réfugié vers la Turquie* (C-352/22), actualmente pendente, em que o Advogado-Geral de la Tour apresentou já as suas Conclusões em 19 de Outubro de 2023⁷⁴. (ii) Ou a própria decisão de um Estado Membro de recusar a extradição a um Estado terceiro (*v. g.* com fundamento em risco de violação de direitos humanos), numa situação em que o indivíduo em causa posteriormente se desloque para outro Estado Membro e a sua extradição lhe seja (também) requerida por aquele Estado terceiro: é

⁷⁴ ECLI:EU:C:2023:794. O caso apresenta algumas semelhanças, mas também salientes particularidades, em relação ao caso já decidido em *Ruska Federacija* (C-897/19 PPU), Acórdão de 2 de Abril de 2020, ECLI:EU:C:2020:262, já aqui analisado em *RPCC III*.

a espécie de situação contemplada na Declaração da *European Criminal Bar Association* sobre “Reconhecimento Mútuo de Decisões de Extradicação”, de 16 de Maio de 2022 ⁷⁵, e que, entre nós, teve já expressão jurisprudencial, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 2022 ⁷⁶. Este Acórdão determinou “a revisão e confirmação” de um Acórdão do Tribunal Constitucional espanhol ⁷⁷ que, mobilizando jurisprudência do TJUE relativa ao mandado de detenção europeu ⁷⁸, negou a extradicação da pessoa em causa para Angola, “com fundamento na violação do direito à tutela jurisdiccional efectiva e ao processo equitativo, em conexão com os direitos fundamentais à liberdade pessoal e à liberdade de circulação” ⁷⁹.

⁷⁵ European Criminal Bar Association, “Statement on Mutual Recognition of Extradition Decisions”, 2022, available at www.ecba.org.

⁷⁶ Processo 157/21.7YRCBR.S1, em www.dgsi.pt.

⁷⁷ *Sc.*, da *Sentencia* 147/2021, de 12 de Julho de 2021, ECLI:ES:TC:2021:147.

⁷⁸ Cf. *idem*, § 3, com suporte, por sua vez, na *Sentencia* 147/2020, de 19 de Outubro de 2020, ECLI:ES:TC:2020:147 (cf. sobretudo os seus §§ 7-8). São aí mobilizados os Acórdãos do TJUE em *OG e PI* (C-508/18 e C-82/19 PPU), ECLI:EU:C:2019:456, *PF* (C-509/18) ECLI:EU:C:2019:457, *JR e YC* (C-566/19 PPU e C-626/19 PPU) ECLI:EU:C:2019:1077, *XD* (C-625/19 PPU) ECLI:EU:C:2019:1078; *ZB*, C-627/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1079).

⁷⁹ Acórdão do STJ de 14 de Julho de 2022, *cit.*, § II.5.5., afirmando que “foi precisamente a falta de conformidade com estes direitos fundamentais estabelecidos no direito da UE (e como homólogos na Constituição Espanhola) que conduziu à decisão de recusa de extradicação”; que, portanto, essa decisão “recusou a extradicação com um fundamento pan-europeu, ou seja, com fundamento nos direitos consagrados na Constituição Espanhola, homólogos dos direitos constantes da CDFUE e, neste sentido, declarou o direito da UE aplicável ao caso, direito esse aplicável de forma necessariamente uniforme em toda a UE, por não estar sujeito às idiossincrasias do direito interno”; e que, assim sendo, essa decisão espanhola de recusa da extradicação “é susceptível de ser revista e confirmada em Portugal, apesar de não se tratar de sentença penal de carácter condenatório”.

Vária

Relatório sobre a população reclusa em Portugal de 2022

Karla Tayumi Ishiy

*Investigadora Colaboradora do
Instituto Jurídico da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra*

1. Introdução

O relatório sobre a população reclusa em Portugal tem sido publicado anualmente, desde 2019, nesta Revista Portuguesa de Ciência Criminal com o objetivo de apresentar a recolha e o tratamento dos dados estatísticos prisionais publicados por instituições governamentais, não-governamentais e académicas, em formato acessível à leitura e interpretação, de forma a poder contribuir para promover o conhecimento acerca da população prisional portuguesa e fomentar a investigação nessa área.

Ao longo desses 5 anos, para além dos dados gerais sobre as pessoas privadas de liberdade e o sistema penitenciário português que estiveram sempre presentes nos relatórios (nomeadamente os dados relativos à quantidade de pessoas reclusas, taxa de encarceramento, taxa de ocupação, situação penal e processual penal das pessoas reclusas, dados socioeconómicos e de mortalidade), em cada relatório foram incluídas análises mais específicas sobre determinados assuntos, seja pela relevância do momento, pela disponibilidade dos dados ou pela publicação de novos estudos sobre o tema.

Comparativamente ao relatório do ano de 2018, no relatório de 2019, excecionalmente, foram incluídas análises das estatísticas quinzenais de 2020 publicadas pela DGRSP, com o objetivo

de monitorizar os primeiros impactos da pandemia de Covid-19 e das medidas de flexibilização da execução das penas estabelecidas pela Lei n.º 9/2020, de 10 de abril. No relatório de 2020, foram acrescentadas informações sobre a taxa de notificação da tuberculose nas prisões de Portugal e na Europa, e sobre a quantidade de crianças de até 6 anos nos estabelecimentos prisionais europeus. No relatório de 2021, foram incluídos dados desagregados de pessoas presas preventivamente, por sexo e nacionalidade, e estatísticas demonstrando as mudanças no tempo da idade média da população reclusa, em Portugal e no Conselho da Europa, bem como do nível de escolaridade da população reclusa e da população geral.

Neste relatório sobre a população reclusa do ano de 2022, comparativamente aos relatórios anteriores, foram acrescentados dados sobre a evolução da população privada de liberdade em estabelecimentos não prisionais, as penas aplicadas pela Justiça Penal, a evolução das penas e medidas não privativas de liberdade em execução, a comparação entre as taxas de mortalidade e de suicídio no Conselho da Europa e em Portugal, bem como dados sobre os custos dos estabelecimentos prisionais. Além disso, foram incluídas análises sob uma perspetiva de género, com a apresentação das estatísticas sobre a natureza dos crimes e as penas aplicadas, desagregadas por sexo, e dos dados sobre a quantidade de mulheres em cumprimento de penas e medidas privativas de liberdade comparativamente à quantidade de mulheres em cumprimento de penas e medidas não privativas de liberdade.

Após dois anos de grandes impactos no sistema penitenciário português causados pela pandemia de Covid-19 e pelas medidas de flexibilização da execução das penas (Lei n.º 9/2020, de 10 de abril), em 2022, verificaram-se movimentos característicos de períodos pós-amnistia, tal como o crescimento da população reclusa e a diminuição das saídas dos estabelecimentos prisionais, com o conseqüente aumento das taxas de encarceramento e de ocupação. Além disso, outros acontecimentos geopolíticos também contribuíram para mudanças significativas nas estatísticas prisionais no âmbito europeu. Por um lado, com a saída da Rússia do Conselho da Europa e conseqüente exclusão dos dados prisionais russos do

relatório SPACE I, algumas estatísticas europeias alteraram-se sensivelmente. Por outro lado, a Ucrânia, que não respondia aos questionários do SPACE I desde 2014, passou a reportar dados prisionais desde 2021.

Por fim, salienta-se que embora estes relatórios tenham como objetivo apresentar a população reclusa de Portugal em números, o foco central das análises não são os números em si mesmos, mas as pessoas que se encontram privadas de liberdade. Nesse sentido, as estatísticas devem ser lidas e interpretadas segundo uma abordagem centrada na pessoa e nos direitos humanos, numa perspetiva de utilizar os números para melhorar e transformar o sistema prisional.

2. Dados gerais sobre as pessoas privadas de liberdade e o sistema penitenciário português

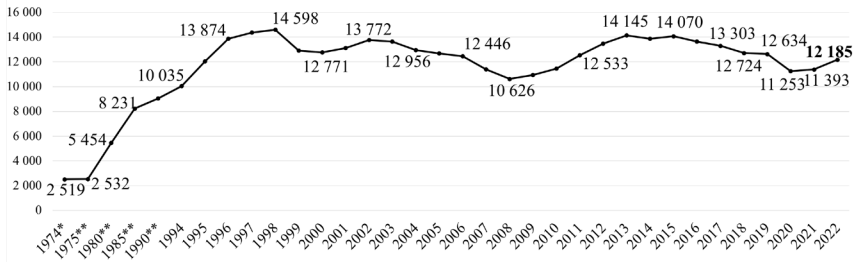
2.1. População privada de liberdade no ano de 2022

Ao redor do mundo, estima-se que pelo menos 11 milhões de pessoas estão privadas de liberdade, das quais 6,9% são mulheres¹. Em Portugal, em 31 de dezembro de 2022, 13.449 pessoas estavam em cumprimento de penas e medidas privativas de liberdade, entre as quais: 12.185 encontravam-se reclusas em estabelecimentos prisionais, 198 em estabelecimentos não prisionais, 590 cumpriam pena de prisão em regime de permanência na habitação, 444 estavam submetidas à medida de coação de obrigação de permanência na habitação e 32 estavam em adaptação à liberdade condicional em regime de permanência na habitação.

Entre os reclusos em estabelecimentos prisionais e não prisionais, 396 eram inimputáveis em cumprimento de medidas de segurança (dos quais, 198 estavam em estabelecimentos prisionais), 2.470 estavam presos preventivamente (19,9%), 885 eram mulheres (7,1%) e 1.900 eram estrangeiros (15,3%).

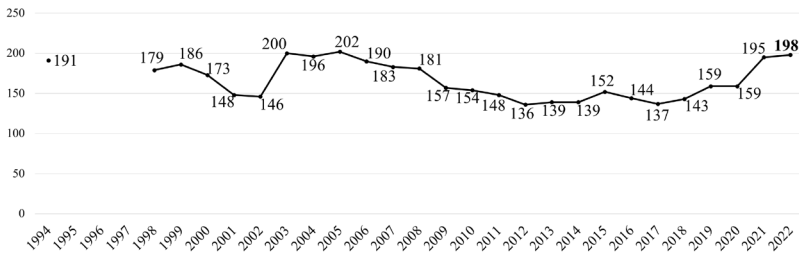
¹ HELEN FAIR; ROY WALMSLEY, *World Female Imprisonment List (fifth edition)*, Londres: Institute for Crime & Justice Policy Research, 2022.

Gráfico 1
População reclusa em estabelecimento prisional (1974 a 2022)



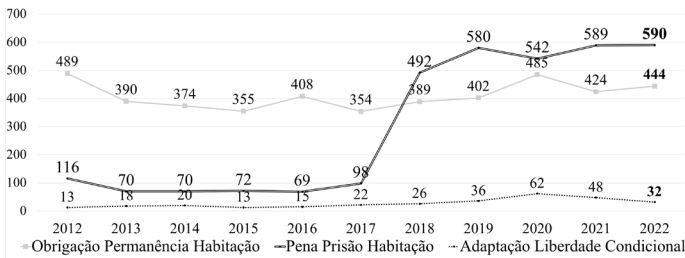
Nota: Inclui imputáveis em estabelecimentos não prisionais somente nos anos de 1975 a 1990.
Fonte: DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP), *Estatísticas Prisionais Anuais* [1999 a 2022], Lisboa: Ministério da Justiça; *Resolução do Conselho de Ministros 62/96, *op. cit.*; **INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH, *World Prison Brief, op. cit.*

Gráfico 2
População privada de liberdade em estabelecimento não prisional



Fonte: DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP), *Estatísticas Prisionais Anuais* [1999 a 2022], Lisboa: Ministério da Justiça.

Gráfico 3
Penas e medidas privativas de liberdade em regime de permanência na habitação

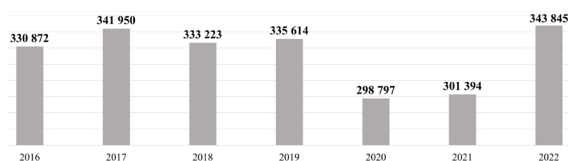


Fonte: DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP), *Relatório Estatístico Anual — Assessoria Técnica à Tomada de Decisão Judicial (Relatórios e Audições) e Execução de Penas e Medidas nas áreas Penal e Tutelar Educativa* [2017 a 2022], Lisboa: Ministério da Justiça.

No ano de 2022, após a revogação da Lei n.º 9/2020, de 10 de abril, verificou-se um crescimento significativo da população reclusa (aumento de 8,3% em dois anos, de 11.253 em 2020 para 12.185 em 2022), característico dos períodos pós amnistia ou de perdão de penas. No período posterior à Lei n.º 29/99, de 12 de maio, por exemplo, a população reclusa também cresceu expressivamente, apresentando um aumento de 7,8% entre os anos de 2000 e 2002 (passando de 12.771 pessoas reclusas para 13.772).

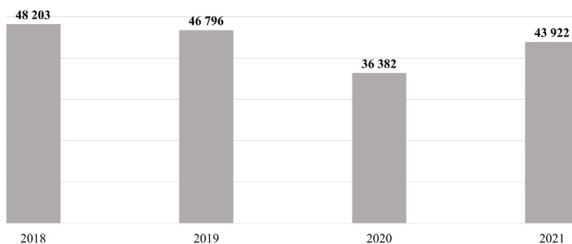
Contudo, ao contrário de outros períodos pós amnistia, a redução da população reclusa entre 2019 e 2021 não resultou apenas do regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça no âmbito da pandemia de Covid-19, mas também da queda acentuada da quantidade de crimes registados (Gráfico 4), da quantidade de pessoas condenadas criminalmente (Gráfico 5) e da redução das atividades nos Tribunais, que contribuíram para a diminuição da entrada de pessoas nos estabelecimentos prisionais (Gráfico 13). O retorno desses índices à níveis pré pandémicos também teve reflexos no aumento da população reclusa em 2022.

Gráfico 4
Crimes registados (2016 a 2022)



Fonte: DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA, *Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça*, disponível em: <<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/sie/j-pt-pt>>.

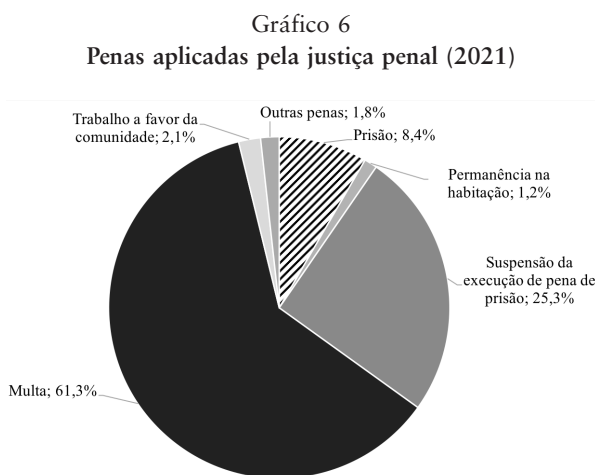
Gráfico 5
Pessoas condenadas (2018 a 2021)



Fonte: DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA, *Panorama Justiça penal (1.ª instância)*, 2018-2021, disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/sie/j-pt-pt>.

No ano de 2021, das 43.922 pessoas condenadas pela Justiça Penal, 26.906 foram condenadas à pena de multa (61,3%), 11.108 foram condenadas à suspensão da execução da pena de prisão, 3.686 foram condenadas à pena de prisão (8,4%), 914 à pena de trabalho a favor da comunidade (2,1%) e 537 à pena de prisão em regime de permanência na habitação (1,2%) (Gráfico 6).

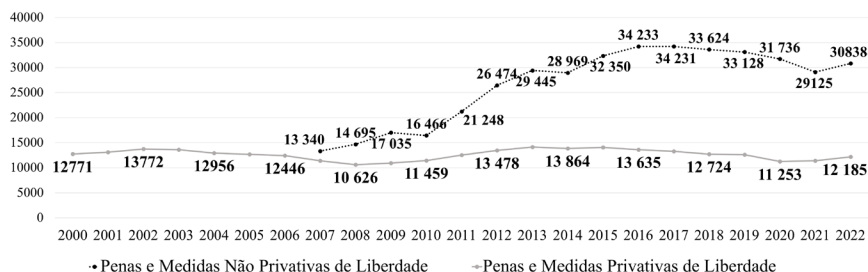
Se, por um lado, é possível afirmar que as penas e medidas não privativas de liberdade são cada vez mais aplicadas pelos Tribunais e que apenas uma pequena parcela das condenações penais resulta em prisão, por outro lado, as estatísticas não sugerem que o aumento das penas e medidas alternativas à prisão tenha resultado na diminuição efetiva do recurso à prisão. No período de 2007 a 2019, o número de penas e medidas não privativas de liberdade em execução a 31 de dezembro aumentou 148,3% (de 13.340 para 33.128), enquanto número de penas e medidas privativas de liberdade em execução também aumentou 10,4% (de 11.587 para 12.793) ². (Gráfico 7)



Fonte: DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA, *Panorama Justiça penal (1.ª instância)*, 2021, disponível em: www.estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt.

² ANABELA MIRANDA RODRIGUES *et al.*, *Non-custodial sanctions and measures in the Member States of the European Union: Portugal* (www.prialteur.pt/).

Gráfico 7
Penas e medidas privativas de liberdade x penas e medidas não privativas de liberdade (2000 a 2022)

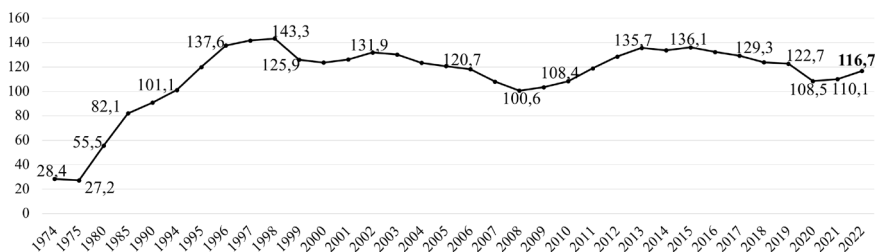


Fonte: DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP), *Estatísticas Prisionais Anuais* [1999 a 2022], Lisboa: Ministério da Justiça; DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP), *Relatório Estatístico Anual — Assessoria Técnica à Tomada de Decisão Judicial (Relatórios e Audições) e Execução de Penas e Medidas nas áreas Penal e Tutelar Educativa* [2017 a 2022], Lisboa: Ministério da Justiça.

2.2. Taxa de encarceramento

Assim como na maioria dos países do Conselho da Europa, a taxa de encarceramento em Portugal tem vindo a aumentar desde o fim da pandemia de Covid-19, passando de 108,5 reclusos a cada 100 mil habitantes, em 31 de dezembro de 2020, para 116,7, em 31 de dezembro de 2022, (Gráfico 8). A taxa mediana europeia, por sua vez, passou de 89,7, em 31 de janeiro de 2021, para 98,1, em 31 de janeiro de 2022, sendo que a taxa em Portugal (107,6) continua sendo superior à taxa mediana europeia. (Gráfico 9)

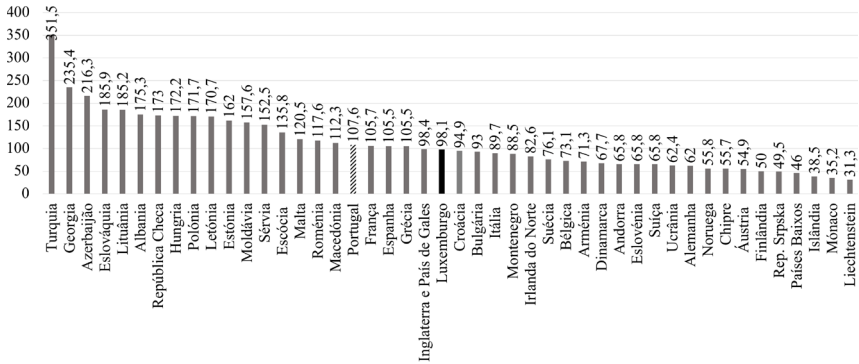
Gráfico 8
Taxa de encarceramento em Portugal (1974 a 2022)



Nota: Contabiliza inimputáveis em estabelecimentos não prisionais apenas nos anos 1975 a 1990.

Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 9
Taxa de encarceramento no Conselho da Europa (2022)



Fonte: MARCELO F. AEBI, EDOARDO COCCO, LORENA MOLNAR, SPACE I — 2022 — *Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, Strasbourg: Conselho da Europa e Universidade de Lausanne, 2023, p. 31.

2.3. Ocupação e défice de vagas

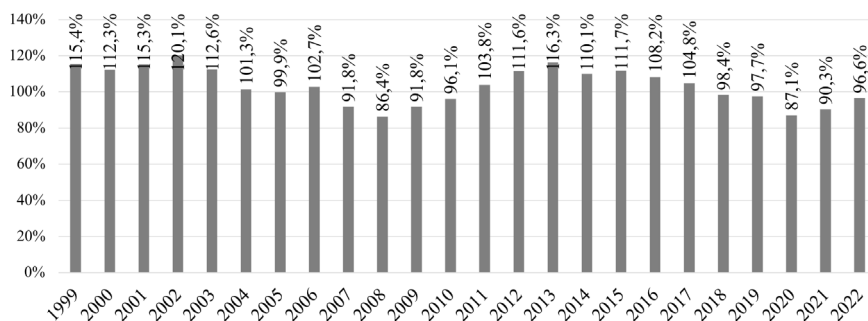
Em 31 de dezembro de 2022, a taxa de ocupação geral nos estabelecimentos prisionais portugueses era de 96,6%, considerando um total de 12.185 pessoas reclusas e 12.618 vagas disponíveis (Gráfico 10). Embora os índices gerais demonstrem uma aparente ocupação abaixo da capacidade máxima, tal como mencionado no Relatório à Assembleia da República de 2022, do Mecanismo Nacional de Prevenção³, o Livro Branco do Conselho da Europa acerca da sobrelotação das prisões afirma que: “*Se um estabelecimento prisional estiver ocupado a mais de 90% da sua capacidade, tal constitui um indicador de sobrelotação prisional iminente. Trata-se de uma situação de alto risco e as autoridades devem sentir-se preocupadas e tomar medidas para evitar um maior congestionamento*”⁴. A sobrelotação, entretanto, não era iminente, mas efetiva em pelo menos 22

³ PROVIDOR DE JUSTIÇA, MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO, *Relatório à Assembleia da República 2022*, Lisboa: Provedor de Justiça, 2020, p. 34.

⁴ EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *White Paper on Prison Overcrowding* PC-CP (2015) 6 rev 7, Estrasburgo: Conselho da Europa, 2016 (tradução da autora).

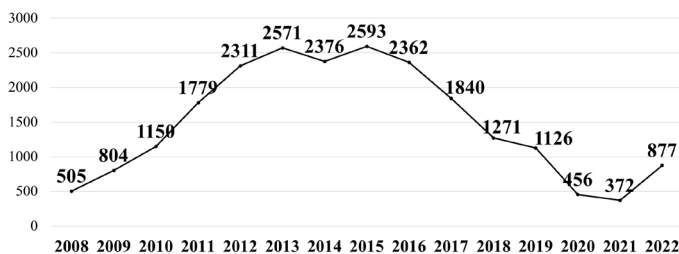
estabelecimentos prisionais (Gráfico 12) que alojavam 4.848 pessoas reclusas (39,7% da população reclusa). No total, em 31 de dezembro de 2022, havia um défice real de 877 vagas (considerando a ocupação efetiva e o número de vagas em cada um dos estabelecimentos prisionais), o que representou um aumento de 505 vagas em falta relativamente ao ano anterior (Gráfico 11).

Gráfico 10
Ocupação dos estabelecimentos prisionais (1999 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 11
Défice de vagas (2008 a 2022)

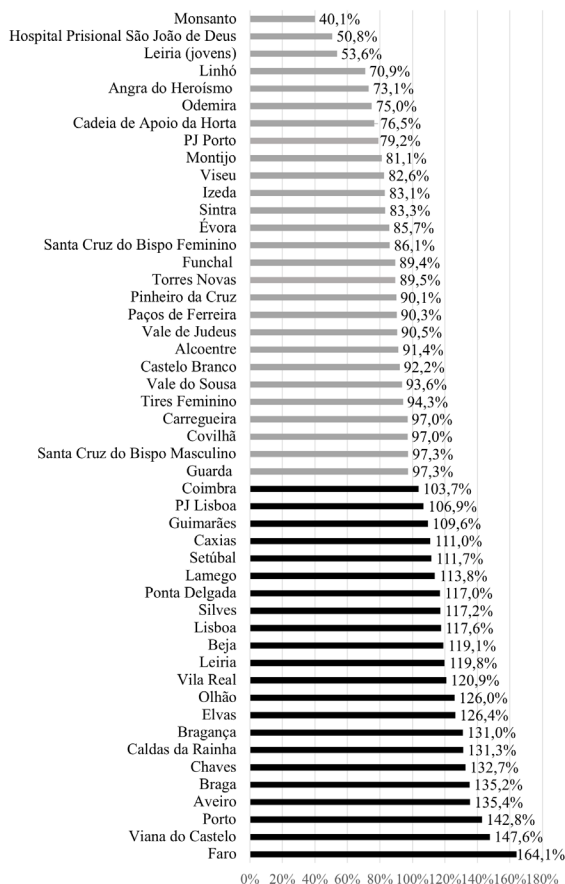


Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Em 31 de dezembro de 2022, 22 estabelecimentos prisionais tinham ocupação acima de 100%, sendo que em 11 deles a ocupação era superior a 120% (EPs de Vila Real, Olhão, Elvas, Bragança, Caldas da Rainha, Chaves, Braga, Aveiro, Porto, Viana do Castelo e Faro) com uma ocupação de até 164,1% no EP de Faro. Tal como

tem sido verificado nos últimos 13 anos, os estabelecimentos de Braga, Bragança, Porto e Viana do Castelo continuam a funcionar quase ininterruptamente com ocupação acima de 120%.

Gráfico 12
Taxa de ocupação nos estabelecimentos prisionais (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

2.4. Movimentação

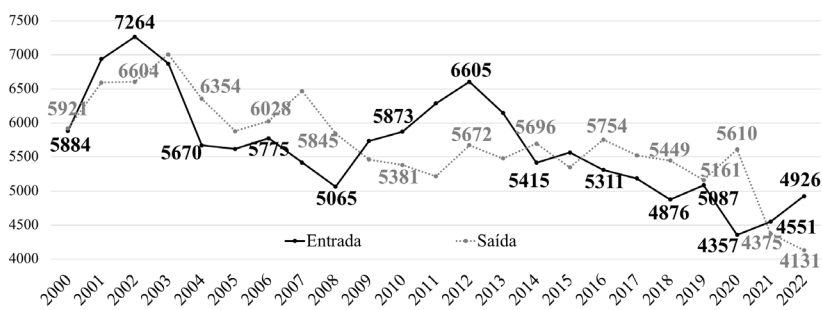
Ao longo do ano de 2022, a movimentação de pessoas no sistema prisional, continuou a apresentar os reflexos da pandemia e da Lei

n.º 9/2020. Por um lado, com o fim das medidas de restrição e de confinamento, as entradas nos estabelecimentos prisionais retomaram os índices anteriores à 2020, tendo sido registada a entrada de 4.926 pessoas. Por outro lado, a quantidade de pessoas que saíram do sistema continuou a diminuir, passando de 4.375 saídas em 2021 para 4.131, em 2022, superando o índice mais baixo já registado no sistema prisional português. Tal como já observado no relatório anterior, a antecipação da libertação de pessoas no ano de 2020 poderá repercutir em baixos índices de saída ainda no próximo ano.

No período de 31 de dezembro de 1998 a 31 de dezembro de 2022, estima-se que cerca de 151.397 pessoas já passaram pelo sistema prisional português, o que inclui inimputáveis (em estabelecimentos prisionais e não prisionais) e não considera a taxa de reincidência por ausência de dados oficiais.

Nos países do Conselho da Europa, cerca de 1.209.534 pessoas entraram nos estabelecimentos prisionais ao longo do ano de 2020. A quantidade de admissões é inferior à do ano anterior (1.252.761, em 2020), o que também pode ser resultado da exclusão da Rússia no relatório SPACE. Em 2021, Portugal apresentou a menor taxa de admissão da Europa (44,9), sendo que a taxa mediana europeia foi de 147,5 admissões por 100 mil habitantes ⁵.

Gráfico 13
Movimentação nos estabelecimentos prisionais (1999 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

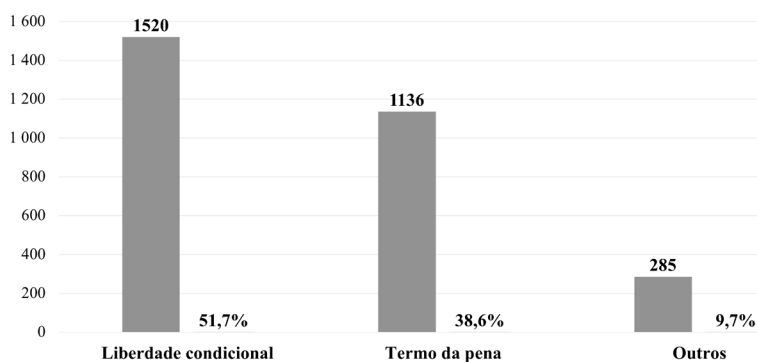
⁵ MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, op. cit., p. 99 e s.

2.5. Motivo da saída

No ano de 2022, 4.131 pessoas saíram dos estabelecimentos prisionais, das quais 2.941 estavam em cumprimento de pena (71,2%) e 1.190 estavam presas preventivamente (28,8%). A constatação de que a saída de pessoas em cumprimento de pena, comparativamente aos anos anteriores, diminui em proporção muito mais elevada do que a saída de pessoas presas preventivamente reforça a hipótese de que a considerável queda no número de pessoas libertadas do sistema prisional é reflexo direto do perdão parcial de penas de prisão, previsto na Lei n.º 9/2020.

Entre as pessoas em cumprimento de pena, 1.520 saíram em liberdade condicional (51,7%), 1.136 foram libertadas ao termo da pena (38,6%) e 285 por outros motivos (9,7%). (Gráfico 14)

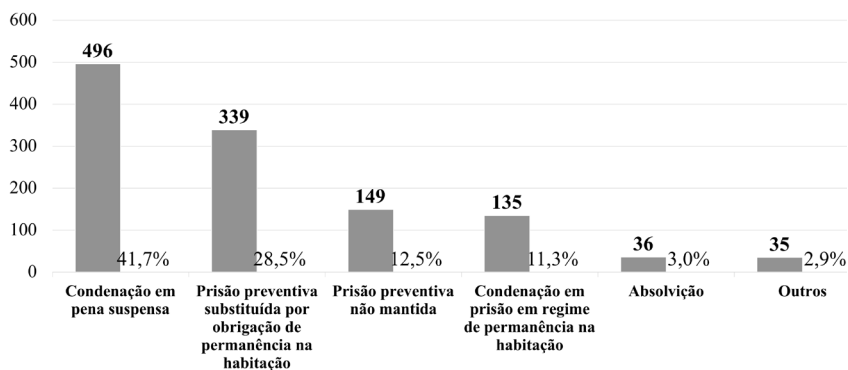
Gráfico 14
Motivo da saída de pessoas em cumprimento de pena (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

Entre as pessoas que se encontravam presas preventivamente, 496 pessoas foram condenadas à pena de suspensão condicional do processo (41,7%), 339 tiveram a prisão preventiva substituída por obrigação de permanência na habitação (28,5%), 149 tiveram a prisão preventiva revogada (12,5%), 135 foram condenadas à pena de prisão em regime de permanência na habitação (11,3%) e 36 foram absolvidas (3,0%). (Gráfico 15)

Gráfico 15
Motivo do termo da prisão preventiva (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

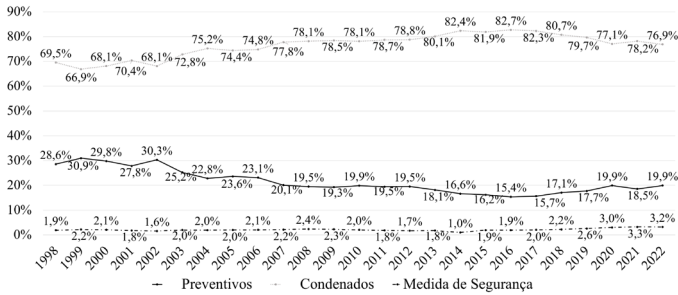
3. Situação penal e processual da população reclusa em Portugal

3.1. Situação processual

Em 31 de dezembro de 2022, das 12.383 pessoas privadas de liberdade, 9.517 estavam em cumprimento de pena de prisão (76,9%), 2.470 em prisão preventiva (19,9%) e 396 cumpriam medidas de segurança (3,2%). Desde 2008, a proporção de pessoas em prisão preventiva nos estabelecimentos prisionais representa menos de 20% do total, o que revela uma relativa estabilidade da situação processual da população reclusa. Contudo, após um período de constante diminuição da proporção de pessoas presas preventivamente (de 30,3% em 2002 para 15,4% em 2016), nos últimos anos, verifica-se uma tendência inversa de aumento dessa população (de 15,4%, em 2016, para 19,9%, em 2022). A proporção de pessoas em cumprimento de medidas de segurança também aumentou consideravelmente, passando de 1% da população reclusa, em 2014, para 3,2%, em 2022.

No âmbito do Conselho da Europa, em 31 de janeiro de 2022, Portugal mantinha um índice de presos preventivos (18,5%) inferior às taxas média (28,9%) e mediana europeias (24,8%).

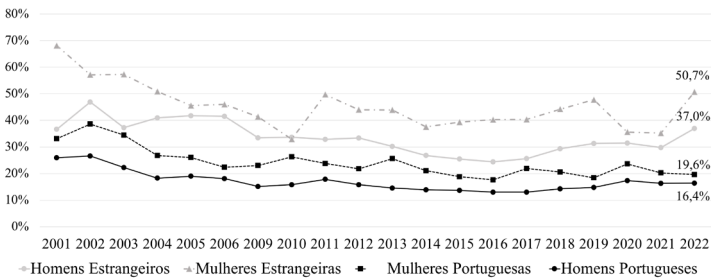
Gráfico 16
Situação processual (1998 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

No ano de 2022, as disparidades quanto à situação processual entre homens e mulheres, cidadãos nacionais e estrangeiros, e jovens, que são constatadas desde 2001, tornaram-se ainda mais evidentes do que nos anos anteriores. Em 31 de dezembro de 2022, considerando o sexo e a nacionalidade, encontravam-se presos preventivamente 50,7% das mulheres estrangeiras, 37,0% dos homens estrangeiros, 19,6% das mulheres portuguesas e 16,4% dos homens portugueses.

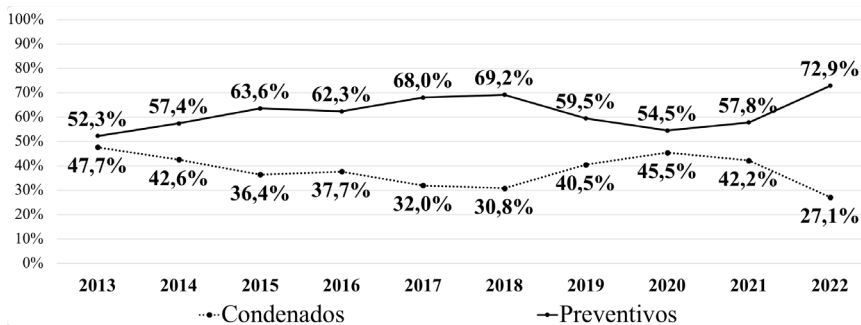
Gráfico 17
Prisão preventiva por sexo e nacionalidade (2001 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

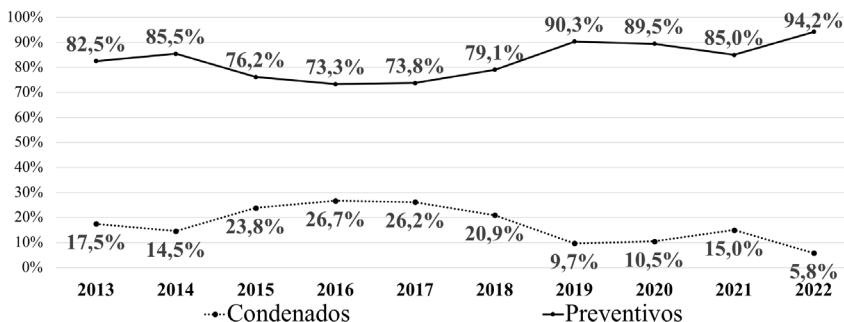
Com relação à população reclusa jovem, 72,9% dos jovens entre 19 e 20 anos e 94,2% dos jovens entre 16 e 18 estavam presos preventivamente, a maior proporção de jovens em prisão preventiva dos últimos 10 anos. (Gráfico 18 e 19)

Gráfico 18
Situação processual dos jovens de 19 e 20 anos (2013 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 19
Situação processual dos jovens de 16 a 18 anos (2013 a 2022)



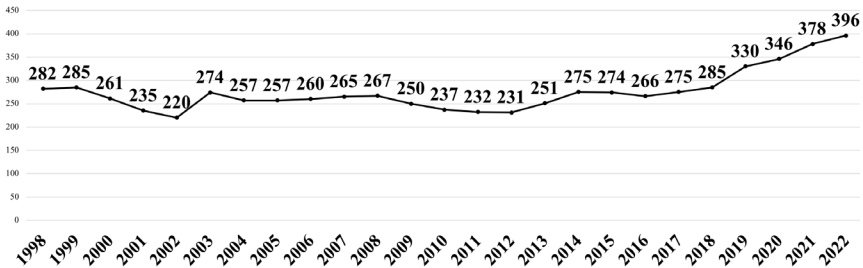
Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

3.2. Inimputáveis

A quantidade de pessoas inimputáveis privadas de liberdade nos estabelecimentos prisionais e não prisionais continuou a aumentar em 2022, passando de 378, em 31 de dezembro de 2021, para 396, em 31 de dezembro de 2022, superando novamente o maior índice já registado desde 1998 (Gráfico 20).

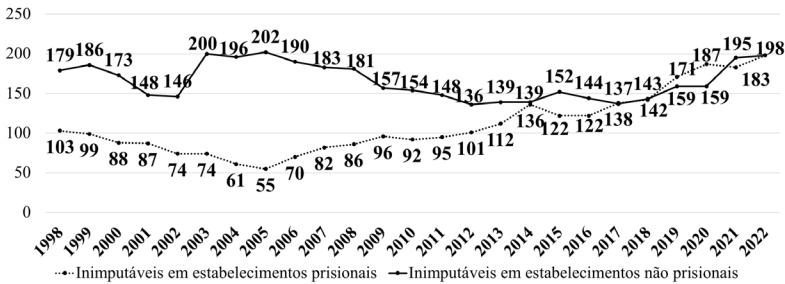
Entre os 396 inimputáveis, 198 estavam em estabelecimentos não prisionais (50%) e 198 em estabelecimentos prisionais (50%). (Gráfico 21)

Gráfico 20
Inimputáveis (1998 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 21
Inimputáveis (1998 a 2022)



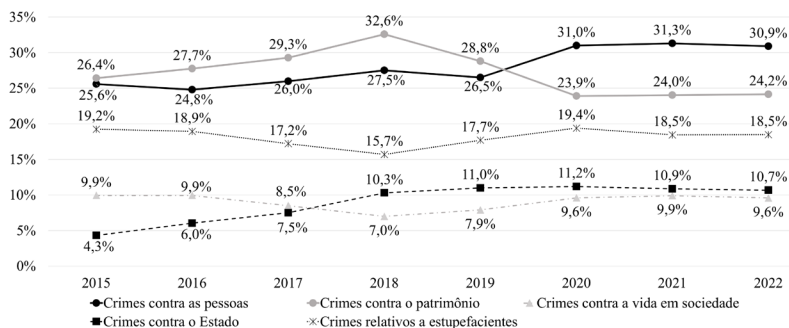
Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

3.3. Natureza dos crimes

Comparativamente aos dois anos anteriores, a natureza dos crimes e os tipos penais prevalentes entre as pessoas reclusas em cumprimento de pena ou de medida de segurança permaneceram estáveis. Em 31 de dezembro de 2022, entre as 9.913 pessoas condenadas ou em cumprimento de medida de segurança, 30,9% estavam reclusas pela prática de crimes contra as pessoas, 24,2% por crimes contra o patrimônio, 18,5% por crimes relativos a estupefacientes, 10,7% por crimes contra o estado e 9,6% por crimes contra a vida em sociedade (Gráfico 22). Considerando os tipos penais em específico, o tráfico de drogas continua a ser o crime mais comum entre a população

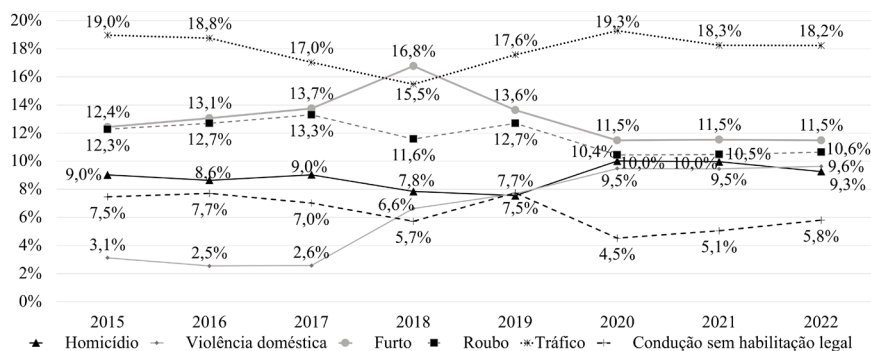
reclusa (18,2%) ⁶, seguido do crime de furto (11,5%), roubo (10,6%), violência doméstica (9,6%), homicídio (9,3%) e condução sem habilitação legal (5,8%). (Gráfico 23)

Gráfico 22
Natureza dos crimes (2015 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 23
Crimes de maior incidência (2015 a 2022)

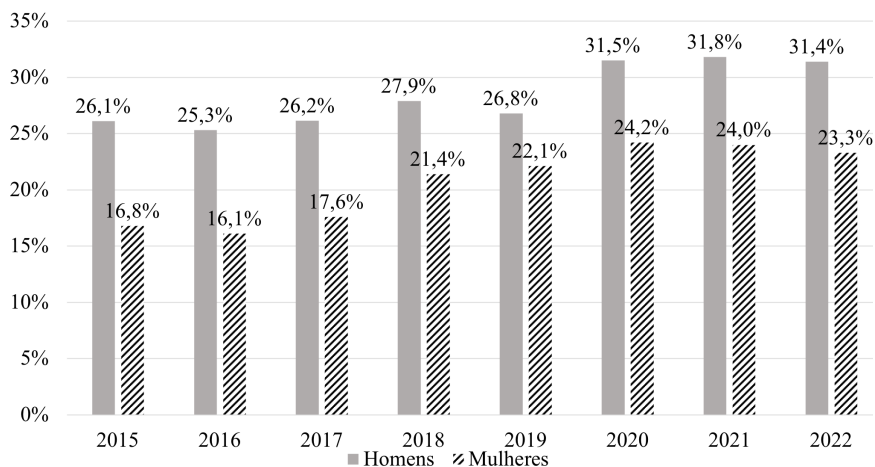


Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

⁶ Neste relatório de 2022, os dados relativos ao tráfico incluem também o tráfico de quantidade diminuta, de menor gravidade ou para consumo, o que, consequentemente, resultou no aumento dos valores proporcionais comparativamente aos gráficos apresentados nos relatórios anteriores.

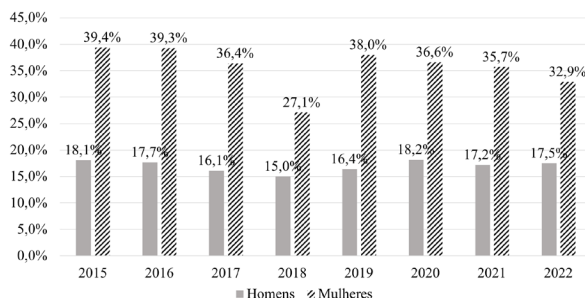
Ao desagregar os dados relativos à natureza dos crimes por sexo e nacionalidade, é possível perceber diferentes tendências entre homens e mulheres e entre cidadãos estrangeiros e nacionais, que se mantiveram durante todo o período de 2015 a 2022. Enquanto os crimes contra as pessoas prevalecem entre os homens em cumprimento de pena e de medida de segurança (entre 25,3% e 31,8% dos homens), os crimes relativos a estupefacientes prevalecem entre as mulheres na mesma situação (entre 27,1% e 39,4% das mulheres) (Gráfico 24 e 25). Por outro lado, em 31 de dezembro de 2022, havia proporcionalmente mais mulheres estrangeiras condenadas por crimes relativos a estupefacientes (52,9%) do que mulheres portuguesas (29,2%), assim como havia mais homens estrangeiros condenados por esses crimes (26,3%) do que homens portugueses (16,3%). A tendência, contudo, é inversa com relação aos crimes contra as pessoas, que foram o motivo da prisão de 31,7% dos homens portugueses reclusos, em 31 de dezembro de 2022, 29,7% dos homens estrangeiros, 24,4% das mulheres portuguesas e 17,6% das mulheres estrangeiras. (Gráfico 26)

Gráfico 24
Crimes contra as pessoas
(2015 a 2022)



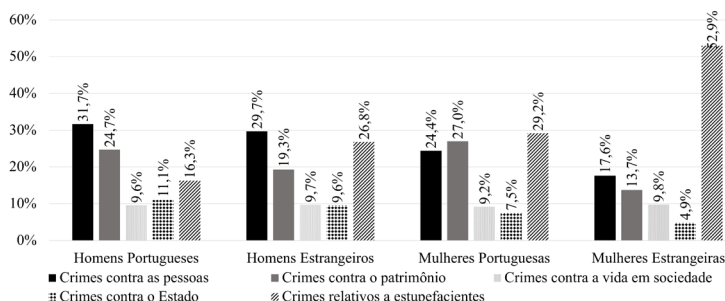
Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 25
Crimes relativos a estupefacientes (2015 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

Gráfico 26
Natureza dos crimes por sexo e nacionalidade (2022)

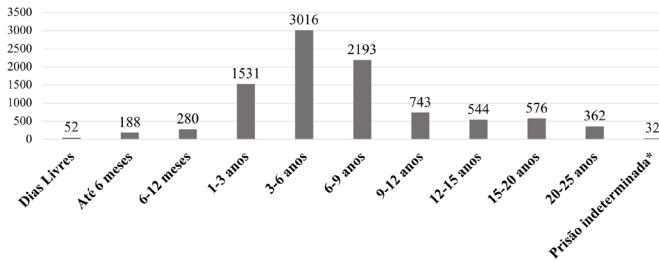


Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

3.4. Penas aplicadas

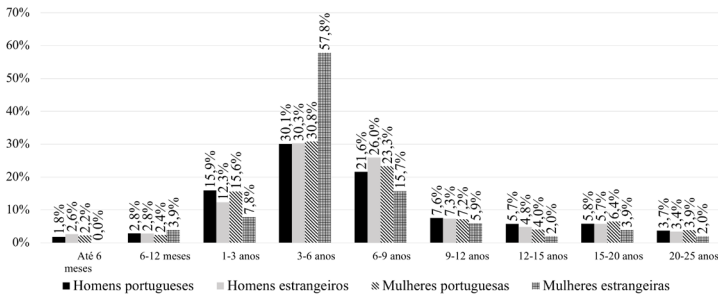
Em 31 de dezembro de 2022, a maioria das 9.517 pessoas reclusas condenadas à pena de prisão cumpria penas entre 3 e 9 anos (54,7%), enquanto 23,4% cumpriam penas entre 9 e 25 anos e 21,0% cumpriam penas de até 3 anos (Gráfico 27). As estatísticas desagregadas por sexo e nacionalidade demonstra que a distribuição proporcional das penas aplicadas não apresenta variações relevantes entre os homens portugueses, homens estrangeiros e mulheres portuguesas, mas apenas com relação às mulheres estrangeiras que, em sua maioria, cumpriam penas de 3 a 6 anos de prisão (57,8%). (Gráfico 28)

Gráfico 27
Penas aplicadas às pessoas em cumprimento de pena de prisão (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

Gráfico 28
Penas aplicadas às pessoas em cumprimento de pena de prisão por sexo e nacionalidade (2022)



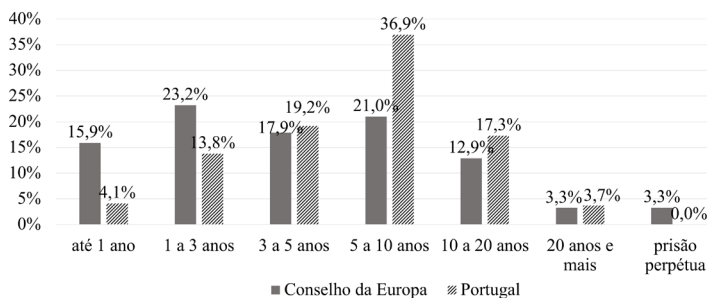
Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

Tal como tem sido verificado nos relatórios anteriores, as penas aplicadas às pessoas em cumprimento de pena de prisão são relativamente altas comparativamente à média apresentada nos países no Conselho da Europa. Em 31 de janeiro de 2022, a proporção de reclusos em cumprimento de penas acima de 5 anos era muito mais elevada em Portugal (57,9%) do que na maioria dos países europeus (40,5%), enquanto a situação era inversa relativamente às penas de até 3 anos, com taxas relativamente mais baixas em Portugal. (Gráfico 29)

Se, por um lado, a interpretação destes dados em conjunto com as estatísticas relativas às penas aplicadas pela Justiça Penal (Gráfico 6) pode indicar que, na prática, as penas de curta duração são, em sua maioria, substituídas por alternativas à prisão, por outro lado,

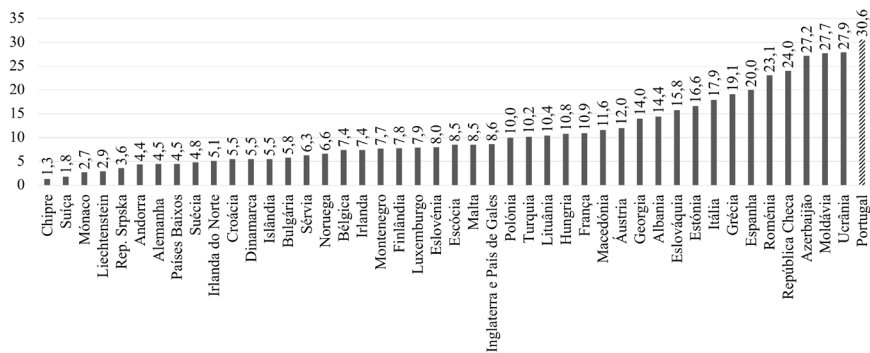
também revela que, quando as penas de prisão são efetivamente aplicadas, são bastante longas, o que também se confirma pelo facto de que o indicador do tempo médio de prisão em Portugal é o mais alto do Conselho da Europa. (Gráfico 30)

Gráfico 29
Penas aplicadas no Conselho da Europa (2022)



Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 54-55

Gráfico 30
Indicador do tempo médio de prisão no Conselho da Europa (2021)



Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 121-122

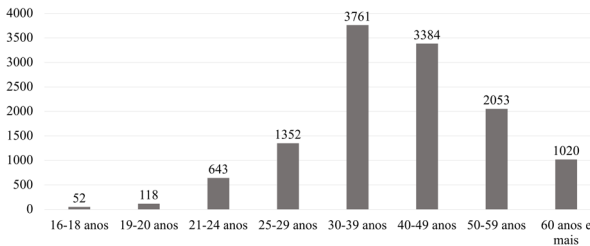
4. Dados socioeconómicos e relativos à saúde da população reclusa

4.1. Faixa etária

Em 31 de dezembro de 2022, entre as 12.383 pessoas privadas de liberdade, 170 eram jovens entre 16 e 20 anos (1,4%), 1.995 tinham

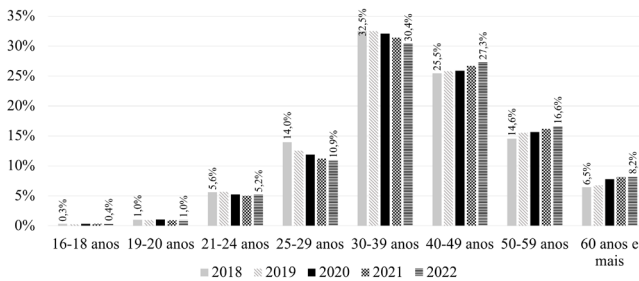
entre 21 e 29 anos (16,2%), 3.761 tinha entre 30 e 39 anos (30,4%), 3.384 entre 40 e 49 anos (27,3%), 2.053 entre 50 e 59 anos (16,6%) e 1.020 tinham 60 anos ou mais (8,2%) (Gráfico 31). Assim como nos anos anteriores, a maioria das pessoas reclusas tinha 40 anos de idade ou mais (52,1%), sendo possível notar uma contínua tendência de envelhecimento da população reclusa, que poderá ser consequência do envelhecimento da população em geral, do envelhecimento das próprias pessoas reclusas que permanecem por muitos anos nos estabelecimentos prisionais ou do aumento da entrada de pessoas mais velhas, causas que ainda não foram devidamente investigadas. (Gráfico 32)

Gráfico 31
Faixa etária da população reclusa (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

Gráfico 32
Faixa etária da população reclusa (2018 a 2022)

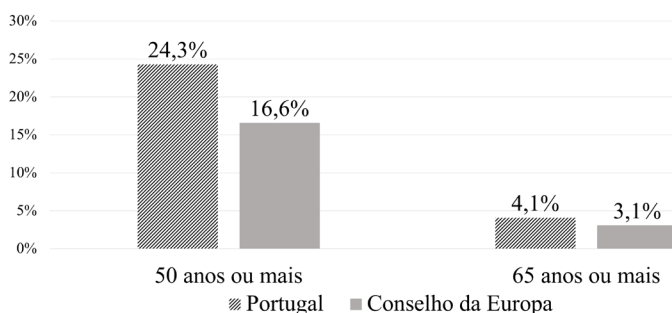


Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

No âmbito do Conselho da Europa, de acordo com os dados de 31 de janeiro de 2022, há proporcionalmente mais pessoas com 50

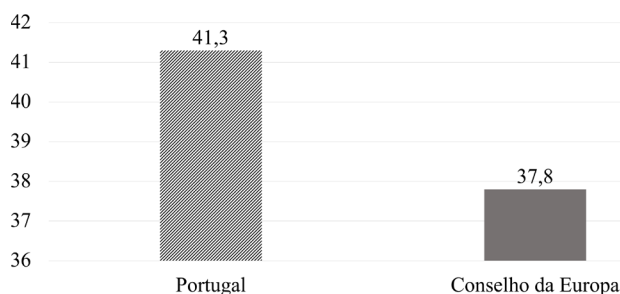
anos de idade ou mais, em Portugal, do que na maior parte dos Estados europeus. Enquanto 24,3% das pessoas reclusas em Portugal tinham acima de 50 anos e 4,1% acima de 65 anos, a média europeia era de 16,6% e 3,1%, respetivamente (Gráfico 33). Além disso, a idade média da população reclusa era de 41,3 anos, em Portugal, enquanto a média europeia era de 37,8. (Gráfico 34)

Gráfico 33
Faixa etária da população reclusa no Conselho da Europa (2022)



Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 123, p. 41.

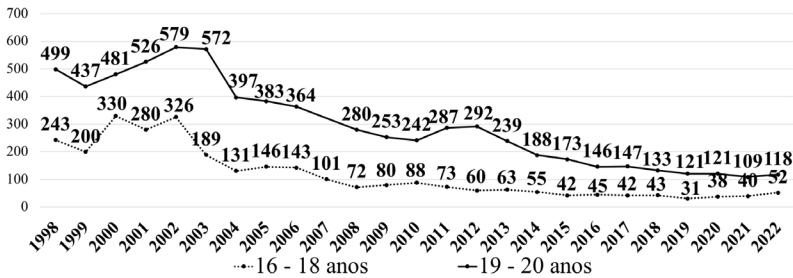
Gráfico 34
Idade média da população reclusa em Portugal e no Conselho da Europa (2022)



Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 123, p. 41

Com relação à população jovem, contrariamente à tendência verificada nos anos anteriores, a quantidade de pessoas privadas de liberdade entre 16 e 20 anos de idade aumentou 14,1%, passando de 149 jovens, em 2021, para 170, em 2022. (Gráfico 35)

Gráfico 35
População reclusa jovem (1998 a 2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

4.2. População reclusa por sexo

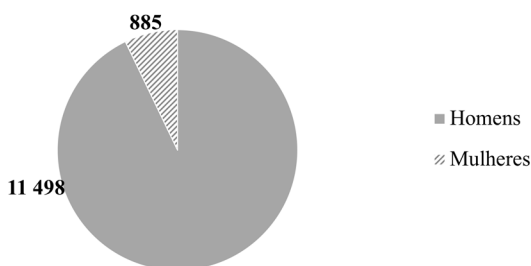
A população reclusa continua a ser maioritariamente masculina (92,8%), sendo que em 31 de dezembro de 2022, havia 11.498 homens e 884 mulheres privados de liberdade em estabelecimentos prisionais e não-prisionais (Gráfico 36).

Conforme verificado no relatório sobre as penas e medidas não privativas de liberdade em Portugal ⁷, ao longo dos últimos 12 anos (pelo menos), a proporção de mulheres em cumprimento de penas e medidas privativas de liberdade é menor do que a proporção de mulheres em cumprimento de penas e medidas não privativas de liberdade (Gráfico 37). Considerando que o mesmo padrão tem sido verificado em quase todos os países do Conselho da Europa, os autores dos relatórios SPACE sugerem que esta tendência poderia ser explicada pelo facto de que as mulheres estão sub-representadas entre as pessoas condenadas por crimes violentos, ou pelo facto de continuarem a ser as principais cuidadoras dos filhos menores e, por isso, recebem tratamento diferenciado ⁸. No entanto, os dados disponíveis não permitem conclusões definitivas.

⁷ ANABELA MIRANDA RODRIGUES *et al.*, *Non-custodial sanctions...*, op. cit., p. 27.

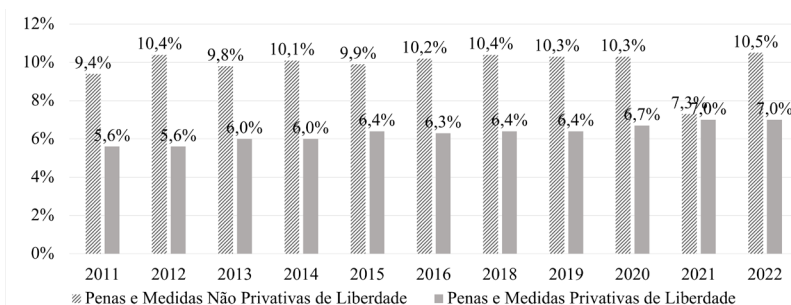
⁸ AEBI, Marcelo F.; HASHIMOTO, Yuji Z.; TIAGO, Mélanie M., *Probation and prison in Europe, 2020: Key findings of the Space reports*, Strasbourg: Council of Europe, 2021, p. 10.

Gráfico 36
População reclusa feminina e masculina (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 37
Mulheres em cumprimento de penas e medidas privativas de liberdade x penas e medidas não privativas de liberdade (2011 a 2022)



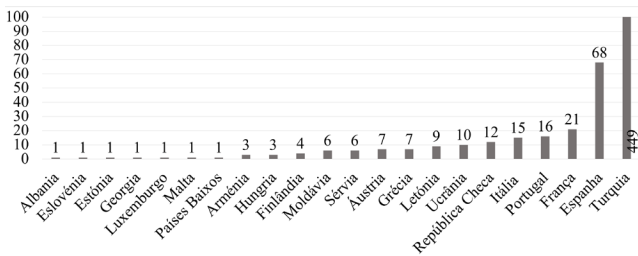
Fonte: MARCELO F. AEBI; YUJI Z. HASHIMOTO, Space II — Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons under the supervision of Probation Agencies. Strasbourg: Council of Europe, 2018-2020; MARCELO F. AEBI; JULIEN CHOPIN, SPACE II — Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons Serving Non-Custodial Sanctions and Measures. Strasbourg: Council of Europe, 2013-2016; MARCELO F. AEBI; YANN MARGUET, SPACE II — Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons Serving Non-Custodial Sanctions and Measures. Strasbourg: Council of Europe, 2011-2012.

4.3. Quantidade de crianças nos estabelecimentos prisionais

Em 31 de janeiro de 2022, 643 crianças de até 6 anos de idade encontravam-se nos estabelecimentos prisionais em companhia das suas mães reclusas, em 22 países do Conselho da Europa, sendo que em Portugal havia 16 crianças de até 5 anos de idade (Gráfico 31). A quantidade de crianças demonstra-se consideravelmente mais baixa do que no ano anterior (966), o que se deve especialmente à exclusão dos dados da Rússia dos relatórios.

De acordo com o relatório SPACE I, entre os países do Conselho da Europa, apenas Liechtenstein, Noruega e Irlanda do Norte não permitem que as crianças fiquem com as suas mães nos estabelecimentos prisionais.

Gráfico 38
Quantidade de crianças nos estabelecimentos prisionais do Conselho da Europa (2022)

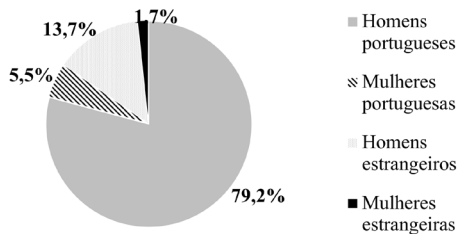


Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 30.

4.4. Nacionalidade

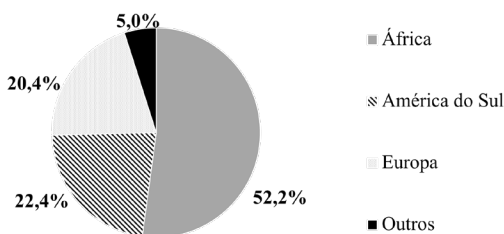
Quanto à nacionalidade, a proporção de pessoas portuguesas e estrangeiras permanece estável. Em 31 de dezembro de 2022, a população reclusa era composta por 79,2% de homens portugueses, 5,5% de mulheres portuguesas, 13,7% de homens estrangeiros e 1,7% de mulheres estrangeiras. Entre os estrangeiros, a maioria era proveniente de países da África (52,2%), da América do Sul (22,4%) e da Europa (20,4%), sendo uma pequena parcela de outros continentes (5%). (Gráficos 39 e 40)

Gráfico 39
Nacionalidade e sexo da população reclusa (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais, op. cit.*

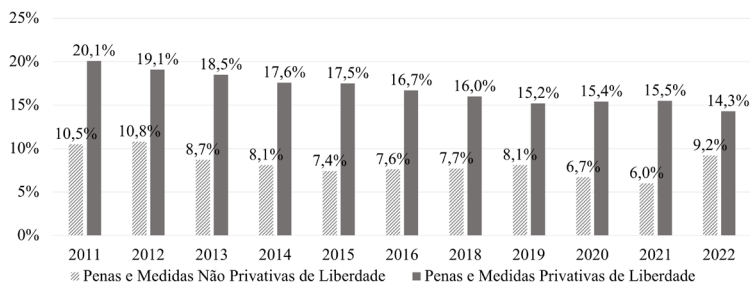
Gráfico 40
Origem da população reclusa estrangeira (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Conforme já demonstrado no relatório sobre as penas e medidas alternativas em Portugal ⁹, a proporção de pessoas estrangeiras nos estabelecimentos prisionais é superior à de estrangeiros em cumprimento de penas e medidas não privativas de liberdade, o que sugere que pode haver obstáculos para o acesso às alternativas à prisão (falta de documentos válidos, status de imigração irregular, dificuldade em obter informações e documentos para informar os relatórios pré-sentenciais, etc.).

Gráfico 41
Estrangeiros em cumprimentos de penas privativas de liberdade x penas não privativas de liberdade (2011 a 2022)



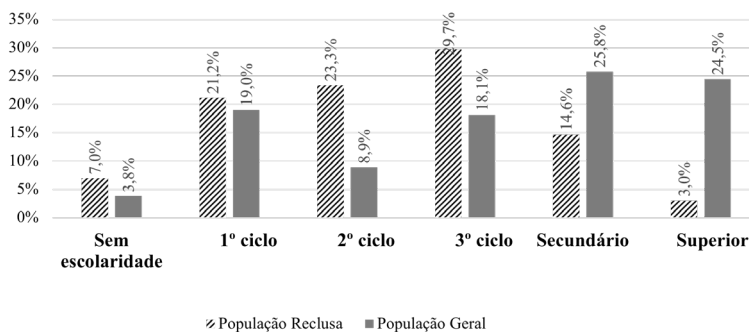
Fonte: MARCELO F. AEBI; YUJI Z. HASHIMOTO, Space II — Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons under the supervision of Probation Agencies. Strasbourg: Council of Europe, 2018-2020; ; MARCELO F. AEBI; JULIEN CHOPIN, SPACE II — Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons Serving Non-Custodial Sanctions and Measures. Strasbourg: Council of Europe, 2013-2016; MARCELO F. AEBI; YANN MARGUET, SPACE II — Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons Serving Non-Custodial Sanctions and Measures. Strasbourg: Council of Europe, 2011-2012.

⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES *et al.*, *Non-custodial sanctions...*, op. cit., p. 28.

4.5. Nível de escolaridade

No relatório do ano de 2021, demonstrou-se que embora o nível de escolaridade da população reclusa tenha aumentado ao longo dos últimos 20 anos, o contraste com o nível de escolaridade da população geral também aumentou (enquanto, em 2001, 7,6% da população reclusa e 18,5% da população geral tinham completado o ensino secundário ou o ensino superior; em 2021, apenas 16,8% da população reclusa tinha ensino secundário ou superior completo, em contraste com 49,5% da população geral). Em 31 de dezembro de 2022, essa desigualdade nos níveis de escolaridade continuou bastante evidente. Entre as pessoas reclusas, 7,0% não tiveram acesso ao ensino, 74,2% limitavam-se aos três primeiros ciclos do ensino básico, 14,6% completaram o ensino secundário e 3% o ensino superior. Já entre a população geral, 3,8% não tinham escolaridade, 46% completaram o ensino básico, 25,8% completaram o ensino secundário e 24,5% o ensino superior. (Gráfico 42)

Gráfico 42
Nível de escolaridade: população reclusa x população geral (2022)



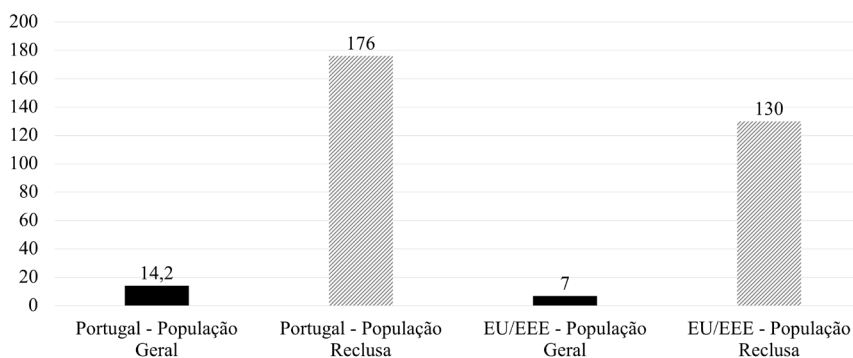
Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.; FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS, *Base de Dados Portugal Contemporâneo* — PORDATA: *População residente com idade entre 16 e 89 anos: total e por nível de escolaridade completo mais elevado*, op. cit.

4.6. Tuberculose nas prisões

De acordo com os relatórios publicados pela Organização Mundial da Saúde e pelo Centro Europeu de Prevenção e Controlo das

Doenças (ECDC), a tuberculose nas prisões continua a ser pouco notificada. Nos 14 países da União Europeia e do Espaço Económico Europeu (UE/EEE) que reportaram dados relativos ao ano de 2021, foram reportados 332 casos de tuberculose, resultando numa taxa total de notificação de 130 casos de tuberculose por 100 mil pessoas reclusas e um risco relativo de 8,9 em comparação com o risco da população geral nesses mesmos países. Já a taxa de notificação nas prisões de países não pertencentes à UE/EEE foi de 664 novos casos de tuberculose por 100 mil pessoas reclusos.¹⁰ Nas prisões em Portugal, foram notificados 20 casos de tuberculose em 2021, representando uma taxa de 176 casos por 100 mil pessoas reclusos, com um risco relativo de 10,5 em comparação com a população geral portuguesa.¹¹ (Gráfico 43)

Gráfico 43
Taxa de notificação de tuberculose por 100 mil habitantes (2021):
população reclusa x população geral



Fonte: World Health Organization Regional Office for Europe (WHO/Europe); European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), *Tuberculosis surveillance and monitoring in Europe 2023 — 2021 data*, Estocolmo: WHO/Europe, ECDC, 2023, p. 60 e 77.

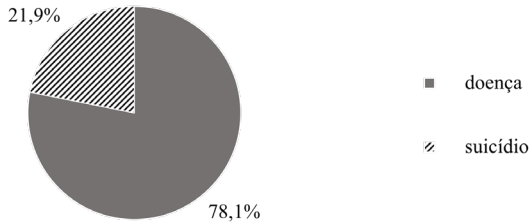
¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION REGIONAL OFFICE FOR EUROPE (WHO/Europe); EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL (ECDC), *Tuberculosis surveillance and monitoring in Europe 2023 — 2021 data*, Estocolmo: WHO/Europe, ECDC, 2023, p. 21-24.

¹¹ *Idem*, p. 60.

4.7. Mortalidade nos estabelecimentos prisionais

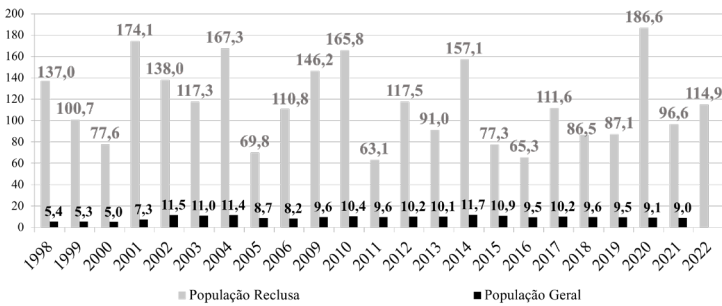
Ao longo do ano de 2022, 64 pessoas morreram nos estabelecimentos prisionais (11 mortes a mais do que no ano anterior), das quais, 50 por doença (78,1%) e 14 por suicídio (21,9%). A taxa de suicídio a cada 100 mil pessoas continua bastante mais elevada nas prisões (96,6, em 2021, e 114,9, em 2022) do que na população geral (9,0, em 2021).

Gráfico 44
Mortalidade nos estabelecimentos prisionais (2022)



Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.

Gráfico 45
Taxa de suicídio por 100 mil pessoas (1998 a 2022):
população reclusa x população geral

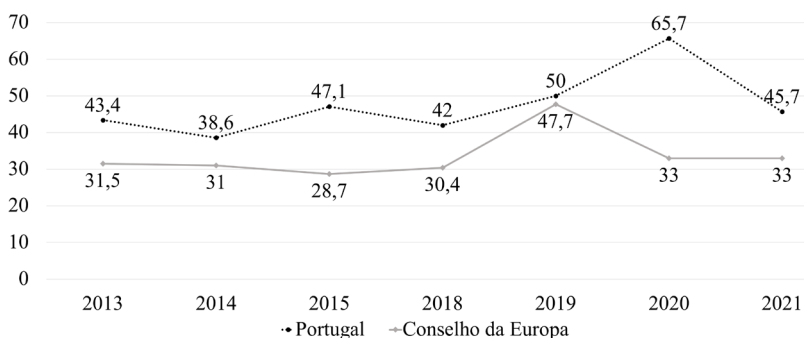


Nota: Os dados de óbitos da população geral em Portugal para o ano de 2022 não estavam publicados.
Fonte: DGRSP, *Estatísticas Prisionais Anuais*, op. cit.; FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS, *Base de Dados Portugal Contemporâneo — PORDATA: Óbitos de residentes em Portugal por algumas causas de morte*, op. cit.

No âmbito do Conselho da Europa, durante todo o período de 2013 a 2021, as taxas de mortalidade (por 10 mil pessoas reclusas)

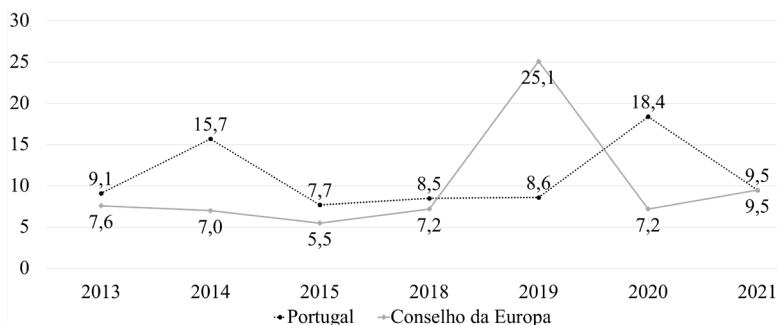
nos estabelecimentos prisionais portugueses foi mais elevada do que a taxa média europeia. Enquanto as taxas portuguesas variaram entre 38,6 e 65,7 mortes a cada 10 mil pessoas reclusas, a taxa média europeia foi de 31 a 47,7 mortes a cada 10 mil pessoas. Nesse mesmo período, as taxas de suicídio nas prisões portuguesas também foram mais elevadas do que a média europeia, exceto nos anos de 2019 e 2021. (Gráficos 46 e 47)

Gráfico 46
Taxa de mortalidade por 10 mil pessoas reclusas (2013 a 2021):
Conselho da Europa (taxa média) x Portugal



Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 115-116

Gráfico 47
Taxa de suicídio por 10 mil pessoas reclusas (2013 a 2021):
Conselho da Europa (taxa média) x Portugal



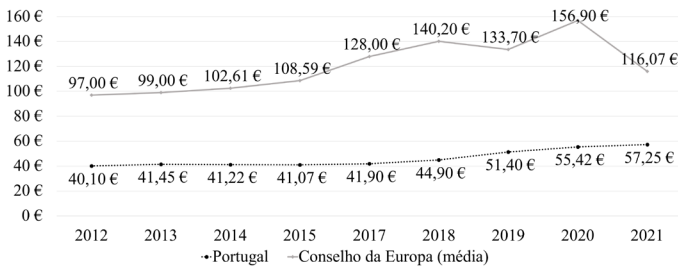
Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 115-116

5. Custos dos estabelecimentos prisionais

De acordo com os dados publicados no relatório SPACE I, no ano de 2021, o valor total gasto nos estabelecimentos prisionais em Portugal foi de 237.005.267,50€ (duzentos e trinta e sete milhões, cinco mil e duzentos e sessenta e sete euros e cinquenta cêntimos). Este valor refere-se ao orçamento total efetivamente gasto nas instituições penais, incluindo custos de segurança, cuidados de saúde, serviços (manutenção do estabelecimento, manutenção do registo das pessoas reclusas, receção, transporte, etc.), administração (alimento, atividades, trabalho, vestuário) e programas de reabilitação (educação, formação profissional, programas para toxicodependentes, etc.).

Nesse mesmo ano, o custo diário por pessoa nos estabelecimentos prisionais portugueses foi de 57,25€, enquanto o custo médio nos países do Conselho da Europa foi de 116,07€.

Gráfico 48
Custo diário por pessoa nos estabelecimentos prisionais
Conselho da Europa (custo médio) x Portugal (2021)



Fonte: MARCELO F. AEBI et al, SPACE I — 2022, *op. cit.*, p. 128-129.



INSTITUTO DE DIREITO PENA
ECONÓMICO E EUROPEU

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