

GALILEU

VOLUME XIX

ISSUE 1 • 1ST JANUARY - 30TH JUNE • FASCÍCULO 1 • 1 DE JANEIRO - 30 DE JUNHO 2018

**REVISTA
DE DIREITO
E ECONOMIA**

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XIX · Issue 1 · 1st January – 30st June 2018

Semiannual Publication. Scientific Journal of the Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas from the Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

DIRECTORY

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

DATABASES

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XIX · Fascículo 1 · 1 de janeiro – 30 de junho 2018

Publicação semestral. Revista Científica do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

DIRETÓRIOS

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

BASE DE DADOS

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

PUBLISHING INSTITUTION INSTITUIÇÃO EDITORA

CEU – Cooperativa de Ensino Universitário, C.R.L.

EDIUAL – Universidade Autónoma Editora

Rua de Santa Marta, 47 – 1150-293 Lisboa

PHONE TELEFONE +351 213 177 667 · e-mail: galileu@autonoma.pt

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projecto Ref.º: UID/DIR/04441/2016.

This work was funded by national funds through FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia – as part the project Ratio Legis – Ref.º: UID/DIR/04441/2016.

E-ISSN 2184-1845

TITLE TÍTULO Galileu – Revista de Direito e Economia

SITE <http://journals.ual.pt/galileu/>

REGISTRATION STATUS Under Publishing SITUAÇÃO DE REGISTO Em Publicação

FORMAT SUPORTE Online

REGISTRATION ERC Notation INSCRIÇÃO Anotada na ERC

PERIODICITY Semiannual PERIODICIDADE Semestral

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR Paulo Costa

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS Ruben Bahamonde, Davide Argiolas

SCIENTIFIC EDITOR EDITOR CIENTÍFICO RATIO LEGIS

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR

Paulo Nogueira da Costa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	pcosta@ual.pt
-------------------------	---	---------------

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS

Davide Argiolas	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	argiolasdavide@gmail.com
-----------------	---	--------------------------

Ruben Bahamonde Delgado	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	rbahamonde@ual.pt
-------------------------	---	-------------------

EDITORIAL BOARD CONSELHO EDITORIAL

Aloísio Cristóvão dos Santos Júnior	Centro Universitário Estácio da Bahia, Brasil	acristovamjr@gmail.com
-------------------------------------	---	------------------------

António Carlos dos Santos	Universidade Europeia, Portugal	acsantos@iseg.utl.pt
---------------------------	---------------------------------	----------------------

Constança Urbano de Sousa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mconstanca@autonoma.pt
---------------------------	---	------------------------

Fernando Cachaifeiro Garcia	Universidade da Corunha, Espanha	fernando.cachaifeiro@ude.es
-----------------------------	----------------------------------	-----------------------------

Francisco Hernández	Universidade de Santiago de Compostela, Espanha	francisco.hernandez.rodriguez@consellolegodacompetencia.es
---------------------	---	--

João Nogueira de Almeida	Universidade de Coimbra, Portugal	jjna@fd.uc.pt
--------------------------	-----------------------------------	---------------

Julio Garcia Camiñas	Universidade da Corunha, Espanha	jgc@udc.es
----------------------	----------------------------------	------------

Manuel António Pita	Instituto Superior das Ciências do Trabalho e do Emprego, Instituto Universitário, Portugal	manuel.pita@iscte-iul.pt
---------------------	---	--------------------------

Paulo Nogueira da Costa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	pcosta@ual.pt
-------------------------	---	---------------

Pedro Trovão do Rosário	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	prosario@autonoma.pt
-------------------------	---	----------------------

Roberto Mazzola	Università degli Studi del Piemonte Orientale – Amedeo Avogadro, Itália; Università di Torino, Itália	rmazzola961@gmail.com
-----------------	---	-----------------------

Teófilo Área Leão Júnior	UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Brasil	teofiloleaojr@gmail.com
--------------------------	--	-------------------------

Valter Santin	Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil	santin@uenp.edu.br
---------------	--	--------------------

Vasco Branco Guimarães	Instituto Superior das Ciências do Trabalho e do Emprego, Instituto Universitário, Portugal	vbргуimaraes@net.sapo.pt
------------------------	---	--------------------------

Índice Index

- 6 **Editorial**
PAULO NOGUEIRA DA COSTA
- 8 **Nota de apresentação** Presentation note
PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO
- 10 **A proteção jurídica da empresa inovadora na pendência de pedido de patente de medicamento no Direito brasileiro** The legal protection of innovative companies awaiting the result of patent application for a drug in Brazilian law
JÓNATAS E.M. MACHADO
PAULO NOGUEIRA DA COSTA
- 42 **Sanções contra os empregadores de imigrantes em situação irregular: uma análise crítica da Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho de 2009 e da sua transposição para a ordem jurídica portuguesa** Sanctions against employers of undocumented immigrants: a critical review of Directive 2009/52/EC of 18 June 2009 and its transposition into the Portuguese legal system
CONSTANÇA URBANO DE SOUSA
- 66 **Fluxos migratórios forçados e cultura de paz: um contributo hipotético baseado na educação como pilar da democracia e na solução alternativa à crise do estado assistencialista** Forced migratory flows and culture of peace: a hypothetical contribution based on education as a pillar of democracy and alternative solution to the crisis of the welfare state
ALEX SANDER XAVIER PIRES
- 88 **O Direito Contraordenacional de Estrangeiros – A atuação sancionatória nos meandros do Direito Criminal** The Contravention Law of Foreigners – punitive action in Criminal Law
MARIA JOÃO GUIA
- 108 **Desistência em Caso de Comparticipação** Withdrawal in case of Contribution
ABRÃO AMISY NETO
- 130 **Violência física contra crianças: uma análise jurídica e crítica acerca do limite entre e o poder-dever de educar e a prática do delito de maus tratos (artigo 152-A do Código Penal)** Physical violence against children: a legal and critical analysis of the boundary between power and the duty to educate and the practice of the crime of ill-treatment (Article 152-A of the Criminal Code)
DIEGO GOMES ALVES
- COMENTÁRIOS DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**
COMMENTS ON LEGISLATION AND JURISPRUDENCE
- 158 **Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa ao alcance da proteção conferida pelas Denominações de Origem no âmbito vitivinícola** Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the scope of the protection conferred by Appellations of Origin in the wine sector
RUBEN BAHAMONDE
- 165 **Comentário à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de vestuário religioso e discriminação no local de trabalho** Comments on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on religious clothing and discrimination in the workplace
DAVIDE ARGIOLAS
- RECENSÕES**
REVIEWS
- 175 **“A Responsabilidade Civil das Entidades Religiosas”** “The Civil Liability of Religious Entities”
- 176 **“Os Desafios do Direito (Penal) do século XXI”** “The Challenges of (Criminal) Law in the 21st Century”
- 179 **“Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia. Dimensões teóricas e Práticas”** “Effective Jurisdictional Protection in European Union Law. Theoretical and Practical Aspects”

Editorial

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 6-7
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.1>

A *Galileu, Revista de Direito e Economia*, é um periódico semestral de acesso livre e gratuito, editado pela Universidade Autónoma de Lisboa.

É uma publicação com tradição, que durante anos se apresentou como uma revista de economia e direito.

As transformações profundas dos últimos anos, quer ao nível do ensino, quer ao nível da investigação, incluindo a internacionalização, o desenvolvimento tecnológico, a cooperação interinstitucional e o diálogo interdisciplinar, entre outros aspetos, conduziram à necessidade de repensar a *Galileu*, adaptando-a a um novo tempo.

No mesmo sentido, a importância que a área do Direito assume na Universidade Autónoma de Lisboa, considerando os seus cursos de licenciatura, mestrado e doutoramento, e a renovação do seu centro de investigação jurídica – o *Ratio Legis* – reclamava-se a existência de uma revista jurídica apta a dar resposta às novas exigências do ensino e investigação jurídicas.

É neste contexto que ressurge a *Galileu*, no número que agora se publica, com uma nova imagem e uma nova filosofia. Ela é agora assumida como a revista científica no domínio da ciência jurídica e disciplinas afins publicada pela Universidade Autónoma de Lisboa e dirigida pelo *Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas*.

Pretende-se, assim, divulgar a investigação científica desenvolvida no âmbito do *Ratio Legis*, e dar a conhecer os trabalhos de investigação científica no domínio jurídico e em domínios com este conexos, cuja qualidade o justifique, em conformidade com os mais exigentes padrões de qualidade.

As ligações entre direito e economia, que sempre fizeram parte da identidade da *Galileu* e que resultam do diálogo interdisciplinar que tem sido fomentado na Universidade Autónoma de Lisboa, continuam a ser reconhecidas e mantêm-se como um traço distintivo deste projeto editorial.

A *Galileu* tem agora formato digital e dirige-se particularmente a investigadores, docentes e estudantes, nacionais e internacionais, mas também aos leitores em geral que se interessem pelo conhecimento da ciência jurídica.

Espera-se que este seja o primeiro número de uma nova etapa da *Galileu*, que de novo se coloca ao serviço da academia e do desenvolvimento e divulgação científica na área jurídica.

Lisboa, 02 de julho de 2018

O Diretor da *Galileu*,
Paulo Nogueira da Costa

Nota de apresentação

Presentation note

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 8-9
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.2>

A Galileu, Revista de Direito e Economia é a mais antiga publicação científica existente no âmbito do ensino superior particular e cooperativo em Portugal, com uma história sólida imposta pelo rigor e pela necessidade de partilha de conhecimento gerado na Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), ou por esta potenciado, especificamente nas áreas de Direito e Economia. Foi assim criada e mantida uma publicação periódica, anual, de acesso sempre livre e gratuito, pois o único intuito foi sempre a difusão de conhecimento e a promoção da discussão dos temas mais relevantes e atuais.

Como Galileu Galilei no século XVI, procurou-se constantemente nos artigos seleccionados e publicados nesta revista um novo conhecimento, ou a evolução sobre o pensamento já conhecido, sempre com o maior rigor. Tal método permite-nos hoje olhar para esse passado como motivo de alento e orgulho, mas também de responsabilidade e dever de adequação da que é a mais antiga publicação aos tempos atuais e vindouros.

Estes impõem: maior celeridade nos procedimentos e garantia de difusão nacional e internacional. Tal é especialmente sentido neste momento na Universidade Autónoma de Lisboa, com um grupo internacional de Docentes, de Discentes e de Investigadores. Provêm estes dos diversos continentes e, na Europa, de um conjunto assinalável de países: Espanha, Itália, Alemanha, Reino Unido, França, etc.. A presença de diversas línguas, para além da portuguesa, é assim constante. A revista é hoje claramente o reflexo desta realidade, como o são o *RATIO LEGIS* – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, Unidade de Investigação e Desenvolvimento privada, integrada na UAL e os seus investigadores, ou o próprio Departamento de Direito da UAL. Tais comunidades de conhecimento assumem a responsabilidade da construção da ciência enquanto património colectivo, contribuindo para o progresso e conhecimento da ciência jurídica. Para tal, é importantíssima a relação com o Doutoramento e com a produção que no seu âmbito é realizada

pelos discentes com os docentes. O Departamento de Direito da UAL integra três ciclos de estudos (Licenciatura, Mestrado e Doutorado), sendo a publicação de textos científicos na *Galileu* uma forma privilegiada de se assegurar – com rigor – a difusão de conhecimento e de aproximação dos próprios discentes dos três ciclos, pois assim acedem ao que é produzido pelos que já estão em fase mais avançada, promovendo liberdade de pensamento, a independência, o espírito crítico e criativo, o rigor científico, a fiabilidade e a credibilidade do trabalho académico. A par, será assim mais facilmente difundida e percebida a importância da formação contínua, o respeito pela diversidade de valores, de opiniões e de preferências existentes na comunidade científica, que se deseja plural. A atualidade dos temas e a sua relevância científica são asseguradas desde logo pela proximidade com o Doutorado em Direito, ciclo de estudos onde se procuram e analisam os problemas que hoje ocupam e que se estima que devam ocupar os investigadores em busca de soluções jurídicas consentâneas com os princípios e os valores essenciais da nossa sociedade.

Publicando-se na *Galileu* artigos originais e comunicações nas indicadas áreas científicas promove-se a interdisciplinaridade, caminhando-se gradualmente para o diálogo com outras áreas do conhecimento, onde o Direito e a Economia surgem irmanados com a Sociologia, as Relações Internacionais, a Ciência Política, etc.

Hoje, por outro lado, é superada uma barreira, ato consentâneo com a dinâmica do *Ratio Legis* e do Departamento de Direito da UAL: A internacionalização obriga a que os textos estejam no mesmo instante e com a mesma facilidade de acesso disponíveis em Portugal, no Brasil, em Espanha, em Angola, em Macau, na Venezuela, em Itália, ou em qualquer outro local onde a Ciência Jurídica e sua importância com toda a sua pluralidade se fazem sentir. A publicação da revista *on-line* corresponde à imagem de uma grande onda ou vaga que com a sua dinâmica própria supera um limite comum, permitindo-se o interesse e acesso imediatos e gratuitos em todo o mundo: vencendo-se barreiras físicas e linguísticas. De tal resulta a crescente importância pela integração na *Galileu* de artigos em Português, Espanhol, Inglês e Francês.

Crê-se desta forma adequar a Revista ao Século XXI e às dinâmicas próprias de um mundo cada vez mais globalizado ou mundializado.

A transmissão de conhecimento, de valores, de ideias é pressuposto de evolução, de educação e de sociedades mais plurais. A Revista *Galileu*, tão importante para o Departamento de Direito da UAL não se cingirá a este, sendo seguro que acolherá a participação de todos quantos queiram contribuir para o avanço e a difusão da ciência jurídica.

Prof. Doutor Pedro Trovão do Rosário
Diretor do Departamento de Direito da UAL

A proteção jurídica da empresa inovadora na pendência de pedido de patente de medicamento no Direito brasileiro

The legal protection of innovative companies awaiting the result of patent application for a drug in Brazilian law

JÓNATAS E.M. MACHADO¹ PAULO NOGUEIRA DA COSTA²

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 10-41
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.3>
Submitted on May 4th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 4 de Maio, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

I. Introdução

Os sistemas de patentes estão concebidos como uma solução de compromisso entre duas considerações políticas concorrentes: por um lado, pretende-se proporcionar incentivos suficientes para encorajar a inovação e o desenvolvimento de invenções novas e socialmente úteis. Por outro lado, visa-se assegurar que tais invenções sejam disponibilizadas ao público a um preço acessível.

A patente cria algo como um monopólio temporário a favor do inventor, permitindo-lhe colher os benefícios patrimoniais da sua criatividade e, se for o caso, recuperar os custos do investimento que por ele ou por outros investidores haja sido realizado na atividade de pesquisa e desenvolvimento que possibilitou a invenção. Ao mesmo tempo, ela promove a divulgação e partilha do conhecimento inovador e inventivo, possibilitando a comercialização dos inventos e o progresso científico. Estas são as principais virtualidades do sistema de patentes³.

Uma questão pertinente, que emerge no quadro jurídico de proteção da empresa inovadora, é a que se prende com saber se e em que circunstâncias é que mesmo durante a pendência de pedidos de patente pode haver lugar à proteção jurídica de direitos exclusivos

-
- 1 Professor Associado com Agregação da *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* e da *Universidade Autónoma de Lisboa*.
 - 2 Professor Auxiliar da *Universidade Autónoma de Lisboa*, Professor Adjunto do *Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa* e Diretor e Coordenador Científico do *Ratio Legis*.
 - 3 BAIR, Stephanie Plamondon – *The Psychology of Patent Protection*. In *Connecticut Law Review*. Hartford. ISSN 0010-6151. V. 48, N.º 2, 2015, 247 ss.

patentários através de providências preliminares de tutela cautelar, à luz de considerações respeitantes ao direito da propriedade intelectual, à tutela da concorrência leal e justa e à garantia de uma proteção jurídica efetiva e sem lacunas.

É essa questão que analisamos no presente estudo, circunscrevendo-a à realidade jurídica brasileira e tendo especialmente em conta as especificidades da indústria farmacêutica e das patentes de medicamentos.

II. Propriedade intelectual

A. Inovação e investimento

Apesar da subsistência de importantes focos de inovação individual⁴, uma análise contemporânea do conhecimento especializado mostra que se encontra há muito superado o paradigma do inventor genial a trabalhar isoladamente na cave ou na garagem da sua casa (v.g. Bell, Edison, Jobs, Gates). Embora o processo inventivo tenha evoluído largamente graças ao esforço e à criatividade individuais, a versão moderna da invenção consubstancia frequentemente um esforço de dimensão industrial multidisciplinar, cumulativo e cooperativo iniciado e gerenciado por empresas de dimensão variável, comumente de dimensão transnacional⁵.

A indústria farmacêutica é hoje um exemplo paradigmático dessa realidade. A sua existência serve o interesse público internacional da promoção da saúde diante dos emergentes riscos sanitários que se colocam à escala global⁶. Daí a importância de conformar o sistema de patentes de forma a incentivar a inovação no setor do medicamento.

O sistema regulatório deve responder a duas preocupações fundamentais. Uma, prende-se com o elevado custo que as empresas têm que suportar na pesquisa para o desenvolvimento de novos medicamentos. Nesta matéria existem várias estimativas. Algumas delas, já com algum tempo, indicam que o custo da introdução de um novo medicamento no mercado se situa entre os 800 milhões e os 1,3 mil milhões de dólares⁷. Alguns estudos mais recentes apontam para valores substancialmente superiores. Para recuperar esses elevados

4 TORRANCE, Andrew W.; HIPPEL, Eric von – The Right to Innovate. In Michigan State Law Review. East Lansing. ISSN 0026-2234. N.º 793, 2015, 793 ss.

5 ALI, Feroz – Technical Speech: Patents, Expert Knowledge, and the First Amendment. In Minnesota Journal of Law, Science & Technology. Minneapolis. ISSN 1552-9541. V. 17, N.º 1, 2016, 277 ss.

6 ROSENBAUM, Sara – The Globalization of Health Care. In Tulsa Law Review. Tulsa. ISSN 1538-9979. V. 50, N.º 2, 2015, 607 ss.

7 GAUDRY, Kate S. – Uncharted Territories of the Patent-Restoration Due-Diligence Challenge. In Food and Drug Law Journal. Washington. ISSN 1064-590X. V. 66, N.º 1, 2011, 121 ss.; WEILBAECHER, Ann – Diseases Endemic in

custos, as empresas farmacêuticas dependem acima de tudo da disposição e da capacidade dos consumidores para adquirir os medicamentos por elas produzidos. Outra preocupação, prende-se com o tempo que as empresas farmacêuticas têm que gastar em ensaios pré-clínicos e clínicos antes de obterem autorização de introdução do medicamento no mercado. As estimativas apontam para um tempo médio de entre 12 a 15 anos⁸. De um modo geral, quanto mais inovador um medicamento pretende ser, maior é o tempo despendido em ensaios pré-clínicos e clínicos. Os custos de oportunidade em dinheiro e tempo que as empresas têm que suportar são enormes, tanto mais quanto é certo que o desfecho da pesquisa e dos ensaios clínicos é incerto, como o é também o sucesso comercial do medicamento.

O sistema de patentes deve dar uma resposta adequada a esta complexa realidade, incentivando as empresas a suportar estes custos com uma expectativa plausível de retorno. Por um lado, deve dar uma garantia de direitos exclusivos limitados sobre os seus medicamentos produzidos. Sem essa proteção de patentes exclusivas, muitas empresas não conseguiriam reunir e investir os fundos necessários para desenvolver novos medicamentos. Por outro lado, o sistema de patentes não deve ser visto e operado de forma isolada, mas em interação com o sistema sanitário de autorização de introdução dos medicamentos no mercado.

B. O sistema de patentes e o direito à saúde

O direito à saúde representa uma dimensão concretizadora fundamental dos direitos à vida, à integridade física e psíquica e ao bem-estar individual e social. Na sua qualidade de direito humano, internacional e constitucionalmente protegido, o direito à saúde é uma condição de desenvolvimento económico, social e cultural das populações. No artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, lê-se:

“[t]oda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

Developing Countries: How to Incentivize Innovation. In *Annals of Health Law*. Chicago. ISSN 1075-2994. V. 18, N.º 2, 2009, 281 ss.

8 WEILBAECHER, Ann – Diseases Endemic in Developing Countries: How to Incentivize Innovation. In *Annals of Health Law*. Chicago. ISSN 1075-2994. V. 18, N.º 2, 2009, 281 ss.

Particularmente importante, neste contexto, é o Comentário Geral 14 que, no âmbito das Nações Unidas, pretende densificar o direito à saúde. Ele manifesta uma visão abrangente e realista deste direito humano fundamental, salientando a íntima relação com outros direitos humanos constantes dos instrumentos internacionais, como sejam o direito à alimentação, à habitação, ao trabalho, à educação, à dignidade humana, à vida, à não discriminação, à igualdade, a não ser torturado, à privacidade, ao acesso à informação, as liberdades de associação, reunião e movimento etc.

Este entendimento amplo e relacional do direito à saúde afigura-se do maior relevo, na medida em que estabelece uma relação complexa entre o direito à saúde e outras variáveis importantes associadas à pobreza e ao subdesenvolvimento. Ele sublinha a importância que o combate à pobreza, em domínios como a nutrição, a habitação ou o saneamento básico, podem desempenhar na promoção da saúde pública, especialmente nas zonas rurais dos Estados menos desenvolvidos.

Destaca-se igualmente a importância da prevenção e do tratamento das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças, juntamente com a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos no caso de enfermidade. Além disso, reclama-se a mobilização de esforços não apenas dos Estados, mas de toda a sociedade civil, nacional e internacional, num compromisso público, simultaneamente moral e jurídico, de promoção da igualdade e da justiça no sector da saúde. Em todo o caso, a proteção e promoção do direito à saúde depende da ação estadual em múltiplos domínios e sobre diversos fatores, como sejam, por exemplo, a melhoria das condições higiénicas do trabalho, o saneamento básico ou a proteção do ambiente.

A realização do direito à saúde, nas suas dimensões individuais e coletivas, supõe, naturalmente, a acessibilidade dos medicamentos às populações. Porque assim é, a proteção dos direitos patentários da indústria farmacêutica é por vezes desvalorizada como uma inaceitável compressão do direito à saúde dos indivíduos e do bem jurídico da saúde pública, alegadamente favorecendo, de maneira insensível, a propriedade intelectual e os interesses económicos empresariais.

Contudo, a perspetiva abrangente de realização do direito à saúde adotada pelo Comentário Geral 14 refuta a qualquer associação que rapidamente se queira fazer entre a garantia do direito à saúde e a introdução de medicamentos genéricos e similares, à custa dos direitos de propriedade intelectual das empresas farmacêuticas de referência – responsáveis, em última análise, pelo desenvolvimento e pela disponibilização de novos medicamentos.

Assim é, quer essa associação resulte de uma orientação política deliberada – mais ou menos oportunista – quer seja simplesmente o resultado de deficiências e más práticas administrativas, no plano institucional e processual (vg. opacidade; atraso excessivo no

exame dos pedidos de patentes). Semelhante associação conduziria, a médio prazo, a uma significativa diminuição da quantidade, qualidade e novidade dos medicamentos, com um impacto negativo na saúde das populações.

Os medicamentos farmacêuticos constituem um poderoso instrumento da medicina convencional. Os mesmos salvam vidas, aliviam o sofrimento, aumentam a longevidade e melhoram a qualidade de vida de quantos a eles têm acesso. Isso só é possível graças à atividade de pesquisa e desenvolvimento na criação de novos medicamentos. Alguma dessa pesquisa é levada a cabo por laboratórios públicos ou por universidades. No entanto, uma parte substancial da mesma é realizada pela indústria farmacêutica.

A indústria farmacêutica caracteriza-se pela sua dependência de pesquisa científica intensiva, carecida de uma disciplina jurídica adequada a essa sua natureza. Essa característica essencial da indústria farmacêutica não pode ser descurada, nem pelo direito internacional, nem pelos direitos nacionais. É unicamente através da atividade sistemática de pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos que se pode pretender, com alguma plausibilidade, enfrentar os problemas de saúde pública e as novas emergências sanitárias de natureza global.

Disso depende a proteção do direito à saúde a médio e longo prazo. E isso só é possível mediante a criação e preservação de uma estrutura de incentivos favorável à criação de informação e à acumulação de conhecimento. Essa orientação terá, naturalmente, inevitáveis corolários institucionais, nomeadamente no que diz respeito ao procedimento administrativo de apreciação dos pedidos de registo de patente.

Uma política do medicamento constitucionalmente adequada procurará encorajar o investimento sustentado em investigação e desenvolvimento de novos medicamentos de elevada qualidade técnica e científica, conjugando isso com soluções que permitam o acesso generalizado aos medicamentos num mercado competitivo, eventualmente corrigido, nas suas falhas, por mecanismos de justiça social⁹.

III. Propriedade intelectual e registo da patente

A. Direito à concessão da patente

Na sua qualidade de direito fundamental, o direito de propriedade intelectual encontra-se disciplinado juridicamente de maneira a garantir a sua eficácia, de acordo com princípios

9 MACHADO, Jónatas; RAPOSO, Vera – Direito à Saúde e Qualidade dos Medicamentos: Proteção dos Dados de Ensaio Clínicos Numa Perspetiva de Direito Brasileiro, Comparado e Internacional. Coimbra: Almedina, 2010.

constitucionais de legalidade, igualdade, proibição do arbítrio, previsibilidade, segurança jurídica e proteção da confiança. Assim se compreende a consagração de um verdadeiro direito à concessão da patente uma vez verificados os respectivos pressupostos legais. Isso mesmo decorre do artigo 6.º da Lei de Propriedade Industrial do Brasil (LPIB)¹⁰. Aí se prescreve:

“Ao autor de invento ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.”

Esta disposição, decorrendo dos compromissos assumidos no âmbito da Rodada do Uruguai e da Organização Mundial de Comércio (OMC), está em plena sintonia com o artigo 27.º do *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), onde se prescreve a disponibilização de patentes, sem discriminação, para as invenções de produtos e processos em todos os domínios da tecnologia, verificados os requisitos da novidade, do salto inventivo e da aplicação industrial, embora com algumas restrições de ordem pública ou moralidade. Trata-se de um direito subjetivo que impõe aos poderes públicos a concessão de uma patente em termos que afastam qualquer voluntarismo, discricionariedade ou arbitrariedade.

Muitas das disposições do TRIPS foram elaboradas com o objetivo de harmonizar os diversos regimes internacionais e nacionais de patentes. Por esse motivo, o direito nacional da propriedade intelectual deve ser interpretado e aplicado em conformidade com a letra e o espírito do TRIPS¹¹.

B. Registo da patente

Seguindo uma orientação desde há muito radicada no direito das patentes, o Artigo 8.º da LPIB, dispõe:

“É patenteável o invento que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

Estabelecem-se, assim, os três requisitos fundamentais da patenteabilidade, sobre os quais nos debruçaremos na estrita medida em que isso seja útil à discussão da questão em apreço. Cada um deles deu origem à sua própria linha doutrinal de invalidação das patentes e que, no seu conjunto, as mesmas sustentam as problemáticas da patenteabilidade do

¹⁰ Lei n.º 9279/96, de 14-5, com sucessivas alterações.

¹¹ CAMPBELL, Randy L. – Global Patent Law Harmonization: Benefits and Implementation. In *Indiana International & Comparative Law Review*. Indianapolis. ISSN 1061-4982. V. 13, N.º 2, 2003, 605 ss.

objeto e da completude da invenção. No entendimento dos três requisitos, assume especial importância o *WIPO Patent Drafting Model*.

C. Significado material

a) Direito exclusivo

O Artigo 5.º XXIX da Constituição Federal do Brasil de 1988 consagra a proteção da propriedade intelectual. Aí se dispõe:

“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do País;”

Nesse mesmo diapasão, o artigo 2.º da LPIB relaciona a concessão de patentes de invenção à prossecução do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e económico do país, não deixando de estabelecer uma *conexão interna* entre propriedade industrial, patentes e a repressão da concorrência desleal, aspeto que assume relevância de monta na discussão subsequente.

A dignidade constitucional do direito de propriedade intelectual (*latu sensu*) é inteiramente compreensível, atenta a relevância económica, social e cultural do conhecimento científico e do progresso tecnológico¹². Da Constituição resultam importantes implicações substantivas e processuais para a produção, interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, no que toca à promoção e proteção da atividade intelectual e criativa. É neste quadro que deve ser interpretado e aplicado o artigo 42.º da LPIB, que determina:

“A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I – produto objeto de patente;

II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º – Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

12 Sobre as implicações da natureza constitucional do direito da propriedade intelectual, veja-se MURRAY, Kali N. – Constitutional Patent Law: Principles and Institutions. In Nebraska Law Review. Lincoln. ISSN 0047-9209. V. 93, N.º 4, 2015, 901 ss.

§ 2.º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.”

Resulta do preceito legal em presença que a patente confere ao seu titular o direito exclusivo temporário de beneficiar da comercialização do seu invento. Esta posição jurídica de monopólio tem como contrapartida a divulgação pública dos conhecimentos incorporados na invenção, uma vez transcorrido o prazo de validade da patente. Depois dessa data, os conhecimentos serão do domínio público.

Trata-se de uma troca estruturada em termos de *quid pro quo*: o inventor divulga o conhecimento e o Estado concede-lhe um monopólio temporário¹³. Este monopólio temporário está longe de ser uma anomalia sistemicamente disfuncional na ordem jurídica. Com efeito, a patente é tão monopolista ou exclusivista como o direito de propriedade, o contrato de arrendamento ou o contrato de trabalho, posto que em todos estes instrumentos jurídicos é garantida uma medida significativa de exclusividade e imunidade relativamente às forças de mercado¹⁴.

O direito das patentes assenta no pressuposto de que a capacidade de excluir temporariamente outros de produzir ou utilizar uma invenção constitui uma forte motivação para incentivar o inventor a inovar e a divulgar os segredos de sua invenção.

b) Incentivo à inovação e ao investimento

As patentes protegem os interesses dos fabricantes de medicamentos de primeira colocação no mercado, ao mesmo tempo em que protegem concorrentes que desejam criar drogas formicamente distintas. As patentes impedem a imitação, não a inovação. Uma patente sobre um composto existente proíbe empresas rivais de fabricar produtos baseados em compostos químicos semelhantes. As imitações, mesmo quando finalmente introduzidas no final do prazo das patentes, não expandem as opções de tratamento disponíveis para os consumidores. Na melhor das hipóteses, eles levam a medicamentos semelhantes mais baratos, o que não é despiendo.

13 Este entendimento tem sido acolhido na jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano, como se pode ver, por exemplo, no caso *Festo Corporation, Petitioner V. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co., Ltd., Et Al.* 535 U.S. 722; 122 S. Ct. 1831. J. E. M. AG Supply, Inc., Db a Farm Advantage, Inc., Et Al., *Petitioners V. Pioneer Hi-Bred International, Inc.* 534 U.S. 124; 122 S. Ct. 593; 151 L. Ed. 2d 508.

14 SINGER, Joseph William – Property as the Law of Democracy. In Duke Law Journal. Durham. ISSN 1939-9111. V. 63, N.º 6, 2014, 1325 ss; a mesma ideia é sublinhada por CARVALHO, Nuno Pires de – The TRIPS Regime of Patent Rights. 2.ª ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005, 156.

A concessão do registo da patente serve uma importante função de interesse público. Por este motivo, o problema do prazo de proteção das empresas inovadoras de referência constitui um problema recorrente. A necessidade de garantir um adequado retorno para o seu investimento manifesta-se nas diferentes soluções que vão sendo desenhadas, em diversos quadrantes, no direito internacional, supranacional e nacional.

No direito brasileiro, à semelhança do que sucede com muitos outros países, esse compromisso assenta na concessão ao inventor de direitos exclusivos de comercialização do seu produto durante 20 anos, que corresponde ao prazo de vigência da patente de invenção a partir da data do depósito, nos termos previstos no artigo 40.º da LPIB.

Trata-se da solução que decorre dos compromissos assumidos no âmbito da Rodada do Uruguai e da Organização Mundial de Comércio, já que o artigo 33.º do TRIPS estabeleceu esse mesmo prazo para a vigência da patente. O legislador internacional entendeu que esse período é suficientemente longo para que os inventores pudessem recuperar os seus custos de pesquisa e desenvolvimento e obter lucros, sem privar o público de versões mais acessíveis dessas invenções em virtude de uma duração desordenada e excessiva.

O § único do artigo 40.º da LPIB dispõe que esse prazo nunca será inferior a 10 anos a partir do momento da concessão da patente, embora admita derrogações a esta regra no caso de o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. Parte-se, portanto, do princípio de que o normal é que o INPI proceda ao exame do mérito do pedido em tempo razoável.

c) Repressão da concorrência desleal

Num mercado aberto, competitivo e não falseado, estruturado com base nos princípios da liberdade, da igualdade e da neutralidade económica do Estado, os consumidores podem beneficiar da maior quantidade e melhor qualidade de bens e serviços propiciados por uma economia de mercado funcional e saudável. O direito da concorrência assenta num *postulado de autonomia empresarial*, devendo considerar-se ilegítimas todas as condutas de mercado que, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, atentem contra ele.

Do Estado requer-se que garanta o respeito pelos princípios de liberdade e igualdade das empresas e que se abstenha de desnivelar o terreno do jogo competitivo, favorecendo umas empresas em detrimento de outras. Só garantindo o funcionamento concorrencial dos mercados, num quadro de liberdade e de igualdade, é possível assegurar a maximização da eficiência económica¹⁵.

15 MOTTA, Massimo – Competition Policy: theory and practice. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004, pp. 17 ss.; VAHEESAN, Sandeep – The Evolving Populisms of Antitrust. In Nebraska Law Review. Lincoln. ISSN 0047-9209. V. 93, N.º 2, 2014, 370 ss.

Este aspeto assume grande importância no contexto da proteção da propriedade intelectual. Ao conceder um monopólio temporário ao inventor, com os correspondentes direitos exclusivos, a patente constitui uma restrição ao direito de livre concorrência no mercado. No entanto, trata-se de uma restrição justa e adequada, na medida em que assenta numa ponderação equilibrada e proporcional entre a liberdade de iniciativa económica privada e a liberdade de concorrência, por um lado, e o interesse público na promoção da inovação científica e tecnológica e do investimento em atividades de pesquisa e desenvolvimento.

No âmbito da indústria farmacêutica, há lugar para uma medida razoável de concorrência económica entre empresas inovadoras e criadores de medicamentos de referência e empresas de medicamentos similares e genéricos, contribuindo para a redução do preço dos medicamentos com benefícios para os doentes e para os contribuintes que financiam o sistema de saúde universal¹⁶. Por essa via podem ser dados passos significativos na realização do direito à saúde.

Este direito humano é mais bem servido através da procura de um ponto ótimo entre as coordenadas da promoção do investimento na pesquisa de novos medicamentos e do aumento da concorrência de medicamentos genéricos no mercado de medicamentos farmacêuticos, reduzindo assim os preços dos medicamentos e os custos dos consumidores de medicamentos. No entanto, mesmo aí essa concorrência deve ser leal, não podendo ser falseada ou distorcida.

D. A autoridade de concessão de patente

a) Generalidades

A proteção dos direitos de propriedade industrial tem incontornáveis implicações institucionais. As mesmas aplicam-se não apenas ao INPI, mas a todas as entidades que, nos vários países, apreciam os pedidos de concessão de patentes. Elas decorrem, em boa medida, da juridicidade e legalidade da administração e do direito fundamental à boa administração. O objetivo é assegurar a adequada ponderação dos direitos fundamentais e do interesse público.

Em causa está a garantia do processamento administrativo dos pedidos de concessão de patentes de acordo com exigências constitucionais de legalidade, igualdade, equidade, justiça, participação, decisão tempestiva, fundamentação e responsabilidade dos danos causados por ações e omissões. Sem esquecer a existência de meios de tutela jurisdicional

.....
¹⁶ COLLEEN, Kelly – The Balance Between Innovation and Competition: The Hatch-Waxman Act, the 2003 Amendments, and Beyond. In Food and Drug Law Journal. Washington. ISSN 1064-590X. V. 66, N.º 3, 2011, 417 ss.

cautelar e definitiva. Trata-se de exigências substantivas e processuais sobejamente conhecidas, cuja elaboração teórica e dogmática extravasa o âmbito do presente estudo.

Neste momento importa apenas alguns aspetos geralmente válidos respeitantes à competência técnica, à transparência e objetividade e à independência e imparcialidade, geralmente válidos para todas as instituições com responsabilidades no domínio da concessão de patentes¹⁷.

b) Competência técnica

A concessão de patentes exige o estabelecimento de uma entidade dotada de competência técnica. É necessário um sólido conhecimento do estado da arte nos vários domínios da ciência e da técnica para decidir sobre a presença de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Também é preciso dominar a linguagem científica e jurídica para aferir da precisão e determinabilidade das reivindicações e da sua consistência com a descrição escrita. A quantidade e qualidade dos examinadores e do exame de patentes repercute-se, inevitavelmente, no nível de litigiosidade subsequente¹⁸.

A averiguação dos requisitos de patenteabilidade e a avaliação das reivindicações é uma tarefa de grande complexidade e responsabilidade, de que depende a delimitação dos direitos de propriedade intelectual dos inventores, com assinaláveis consequências no equilíbrio entre os interesses da inovação e da concorrência.

A promoção do desenvolvimento científico, técnico e económico do país requer uma atenção ao risco de insuficiente rigor técnico no processo de apreciação dos pedidos, suscetível de gerar incerteza jurídica e litigância judicial. Esta questão é indissociável da problemática da garantia dos recursos humanos, materiais e técnicos necessários e adequados ao competente, rigoroso e tempestivo processamento dos pedidos de patentes¹⁹.

c) Transparência e objetividade

A atuação das autoridades competentes para a concessão de patentes deve pautar-se por princípios de transparência e objetividade, ainda que sem comprometer as exigências normais de sigilo e confidencialidade. A decisão deve ser objetiva, fundamentada e controlável. A lei determina que a patente só deve ser concedida se houver novidade, salto inventivo

17 WASSERMAN, Melissa F. – What Administrative Law can Teach the Trademark System. In Washington University Law Review. St. Louis. ISSN 2166-8000. V. 93, N.º 6, 2016, 1511 ss.

18 TU, Shine – Patent, Examiners and Litigation Outcomes. In Stanford Technology Law Review. Stanford. ISSN 1098-4267. V. 17, 2014, 507 ss.

19 QUILLEN JR., Cecil D.; WEBSTER, Ogdan H. – Continuing Patent Applications and the U.S. Patent and Trademark Office—Updated”. In The Federal Circuit Bar Journal. Washington. ISSN 1055-8195. V. 15, N.º 4, 2006, 635 ss.

e aplicação industrial. Igualmente importante é a suficiência descritiva e a congruência entre a descrição da invenção e as reivindicações da patente.

O processo de decisão deve ser transparente e objetivo, do ponto de vista factual, lógico, técnico e jurídico. Ou estão verificados os requisitos da patenteabilidade e é concedida a patente ou não estão verificados os requisitos e não é concedida a patente. As decisões tomadas ou omitidas têm grandes implicações nos domínios da invenção, da concorrência, do desenvolvimento económico ou da proteção da saúde.

d) Independência e imparcialidade

Das autoridades com competência para a concessão de patentes espera-se que atuem de forma independente e imparcial. A proteção da propriedade intelectual deve ser levada a cabo de acordo com o quadro normativo pertinente, com princípios de tratamento nacional, igualdade, não discriminação e observância do direito internacional relevante, sem intromissões do poder político ou económico. O direito deve impedir qualquer forma de enviesamento institucional (*institutional bias*) ou a captura destas entidades (*agency capture*) pelas empresas interessadas, sejam elas grandes ou pequenas, nacionais ou estrangeiras²⁰. Do funcionamento da autoridade administrativa da propriedade industrial não podem resultar distorções à concorrência, em benefício de algumas empresas e prejuízo de outras.

e) Diligência regulatória

As autoridades de concessão das patentes devem pautar a sua atuação por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. O prolongamento excessivo do processo administrativo de apreciação do pedido de registo de patente diminui substancialmente a vida útil da patente quando a mesma venha a ser concedida, constituindo um forte desincentivo à inovação e frustrando os objetivos prosseguidos pela legislação nacional de propriedade industrial e pelo TRIPS.

O atraso irrazoável e desproporcional na apreciação dos pedidos de registos de patente introduz incerteza e insegurança jurídica no *sistema de proteção patentária*, podendo ter consequências económicas deletérias não apenas para os requerentes das patentes – traduzidas aqui na perda de atratividade para financiadores e investidores – mas igualmente para a comunidade técnica e científica globalmente considerada – que perderá confiança no sistema de patentes e verá destruída a estrutura de incentivos à pesquisa e invenção – e, por consequência, para toda a sociedade – que desse modo verá frustrado o desiderato constitucional de promoção do desenvolvimento científico, tecnológico, económico e social do país.

.....
²⁰ Alertando para esta questão, WASSERMAN, Melissa F. – What Administrative Law can Teach the Trademark System. In *Washington University Law Review*. St. Louis. ISSN 2166-8000. V. 93, N.º 6, 2016, 1511 ss., 1571 ss.

IV. A proteção do inventor entre o depósito e a concessão da patente

Uma questão que se reveste de grande importância prática prende-se com saber qual a proteção de que goza o inventor no período de tempo entre o depósito do pedido da patente e a decisão final. Para a sua discussão e resolução afiguram-se pertinentes duas ordens de considerações de sinal contrário.

Por um lado, entende-se que em regra essa proteção não pode ser idêntica à que seria conseguida se já tivesse sido registada a patente. O simples depósito de um pedido de patente não pode, por si só, na maioria dos casos, impedir ou travar a inovação e a livre concorrência.

Por outro lado, o inventor também não pode ficar totalmente dependente da maior ou menor morosidade da autoridade administrativa competente. Assim como é verdade a máxima de que justiça retardada é justiça negada (*justice delayed is justice denied*), também o é que, neste domínio, uma decisão demorada pode redundar, na prática, numa patente negada²¹.

A verdade é que a solução segundo a qual os inventores só poderiam obter compensação pelas infrações verificadas depois da concessão da patente deixava os inventores numa posição de especial vulnerabilidade económica no período entre o depósito do pedido de patente e a decisão definitiva de atribuição, em termos que em larga medida escapavam ao seu controlo.

Para além dos custos económicos e de desmoralização que isso inevitavelmente tinha nos inventores individualmente considerados – sendo que alguns eram na verdade empresas de grande dimensão e com elevadas despesas em pesquisa e desenvolvimento – o impacto negativo em todo o sistema de patentes era tão evidente como intolerável, na medida em que as suas finalidades de incentivo e promoção da inovação e do desenvolvimento científico e tecnológico podiam agora ser facilmente frustradas apenas pelo mau funcionamento das estruturas administrativas competentes.

O direito brasileiro, à semelhança do que sucede com os seus congéneres, garante uma medida de proteção ao inventor entre a publicação do pedido e a concessão da patente. Com efeito, a LPIB dispõe o seguinte:

“Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.”

21 FEI, Charleen – Justice Delayed Is Justice Denied? The Principle of Bifurcation in The German Patent Litigation System. In Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law. Winston-Salem. ISSN 2164-6945. V. 14, N.º 4, 2014, 619 ss.

§ 1.º Se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração.

§ 2.º Quando o objeto do pedido de patente se referir a material biológico, depositado na forma do parágrafo único do art. 24, o direito à indenização será somente conferido quando o material biológico se tiver tornado acessível ao público.

§ 3.º O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41”.

O artigo 44.º assegura uma medida de proteção patentária entre a data de publicação do pedido, e nalguns casos antes dela, estipulando o artigo 210.º da LPI uma justa compensação a determinar com base no mais generoso de três critérios.

O § 3 do artigo 44.º remete para o âmbito das reivindicações e para a necessária congruência que deve existir entre estas e a descrição escrita da invenção. As questões adquirem outra complexidade e delicadeza nas situações, como a que se verifica no caso concreto, em que a autoridade competente para conceder o registro da patente demora um tempo manifestamente irrazoável e desproporcional, em termos suscetíveis de neutralizar significativamente a proteção jurídica que a patente viria a conseguir. Nestes casos, o mau funcionamento da administração impõe custos económicos desproporcionais aos inventores. Quando assim sucede, há que aprofundar a análise.

Como se verá, porém, tal remédio, em diversos casos, como no presente, não é suficiente para prevenir os danos causados, razão pela qual a tutela injuntiva é por vezes necessária.

V. Atraso na concessão da patente

A doutrina que acompanha estes problemas de forma continuada e sistemática tem vindo a chamar a atenção para a tendência crescente no sentido do aumento das situações de atraso (*backlog*) no processo de apreciação de pedidos de patente, com prejuízo para inventores, concorrentes e público em geral, pondo em causa a credibilidade institucional das autoridades de patentes²². Trata-se de uma realidade complexa e multifatorial que, longe de se confinar ao Brasil, tem sido referenciada em diversos quadrantes²³. A mesma veio

22 TU, Sean – Understanding The Backlog Problems Associated With Requests For Continued Examination Practice. In Duke Law & Technology Review. Durham. ISSN 2328-9600. V. 13, N.º 1, 2015, 216 ss.

23 NAQI, Sharick – Comment on Provisional Patent Rights. In Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property. Chicago. ISSN 1549-8271. V. 10, N.º 7, 2012, 595 ss.

desequilibrar significativamente a ponderação de interesses realizada entre inovação e concorrência, obrigando ao desenho e à implementação de soluções corretivas de natureza legislativa ou jurisdicional.

Para resolver este problema de forma justa e equilibrada têm sido ensaiadas várias soluções. As mesmas preocupam-se com as restrições ao direito de propriedade intelectual resultantes de falta de diligência regulatória (*regulatory due-dilligence*) por parte das autoridades administrativas.

Tendo em vista a complexidade do tema e considerando que a realização de uma análise comparada de todos os seus contornos extravasa o âmbito do presente estudo, parece-nos relevante chamar a atenção, ainda que de forma breve e esquemática, para algumas soluções que o direito norte-americano tem apresentado para resolver a questão do impacto do atraso regulatório na proteção patentária.

Pretende-se evidenciar como se procura assegurar a conformidade com os objetivos do sistema de patentes e com o modo como este pondera, de forma razoável e equilibrada, os interesses concorrentes das empresas inovadoras de referência, por um lado, e das empresas de genéricos e similares, por outro.

Nos Estados Unidos a preocupação com a preservação da remuneração dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento efetuados pelas empresas farmacêuticas inovadoras manifesta-se, desde logo, no conhecido *Hatch-Waxman Act*²⁴, onde se prevê a extensão das patentes em função de determinados requisitos. Em causa estava a compensação das empresas farmacêuticas de referência pelo encurtamento da proteção patentária que resultava frequentemente da interação regulatória entre a *Food and Drugs Administration* (FDA) e o *Patent and Trademark Office* (USPTO).

Às empresas de genéricos passou a ser facultado um processo abreviado de autorização de medicamentos novos – com dispensa de ensaios pré-clínicos e clínicos de demonstração de qualidade, segurança e eficácia – bastando apenas demonstrar a similaridade com um medicamento de referência já autorizado. Ao mesmo tempo, a lei *Hatch-Waxman* determinou que, para esse efeito, a realização de testes sobre o medicamento genérico não configuraria uma infração da patente do medicamento de referência.

Em contrapartida, às empresas inovadoras era assegurada a extensão do prazo da patente por 2 ou 5 anos, consoante os casos e em função de determinados pressupostos²⁵. Por este meio, as empresas farmacêuticas de referência obtinham uma compensação pelo

24 *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984* (Hatch-Waxman Act), Pub. L. No. 98-417, 98 Stat. 1585.

25 Uma descrição detalhada do sistema pode ver-se em BAIR, Stephanie Plamondon – Adjustments, Extensions, Disclaimers, and Continuations: When do Patent Term Adjustments Make Sense?. In *Capital University Law Review*. Columbus. ISSN 0198-9693. V. 41, N.º 3, 2013, 445 ss.

encurtamento da proteção patentária que resultava, na prática, da demora do processo de autorização de entrada dos medicamentos no mercado junto da FDA, envolvendo múltiplos ensaios pré-clínicos e clínicos. A mesma preocupação com a garantia de uma remuneração adequada ao investidor em pesquisa e desenvolvimento no domínio farmacêutico pode ser detetada no âmbito do direito da União Europeia, em sede de autorização de introdução dos medicamentos no mercado²⁶. Trata-se aqui de uma problemática distinta mas afim do registo de patentes, sendo que nos Estados Unidos elas se encontram conexas através do sistema de *patent-linkage*.

Para além disso, importa salientar que, nos casos de atraso no procedimento do USPTO, a legislação norte-americana²⁷ admite que o proprietário da patente possa, verificados certos requisitos, reclamar o pagamento de *royalties* em montante “razoável” pelas atividades que configurem uma infração da patente e que tenham ocorrido entre a publicação do pedido e a data da sua emissão²⁸. Ponto é que o pedido de patente tenha sido publicado pelo USPTO, as pretensões em causa sejam substancialmente idênticas e o infrator tenha sido por alguma via informado da existência do pedido da patente infringida²⁹ – exigência que impede que as empresas de similares e genéricos sejam confrontadas com “patentes-submarino”³⁰.

Estamos diante de uma solução concebida para os casos em que a emissão de uma patente original haja sido protelada no tempo devido a uma falha imputável ao USPTO. A mesma contempla, entre outras coisas, a obrigação de adoção de atos processuais em prazos determinados – sob cominação de extensão da patente – e assegura uma proteção especial no caso de a pendência do pedido vir a exceder os 3 anos, em que cada dia de atraso

26 Neste sentido, Art. 14.º/11 do Regulamento (CE) n.º 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e que institui uma Agência Europeia de Medicamentos. Ai se dispõe: “Sem prejuízo da legislação relativa à proteção da propriedade industrial e comercial, os medicamentos para uso humano autorizados em conformidade com as disposições do presente regulamento beneficiam de um período de 8 anos de proteção dos dados e de um período de 10 anos de proteção da comercialização; este último será prorrogado até um máximo de 11 anos se, durante os primeiros oito anos daqueles 10, o titular da autorização de introdução no mercado tiver obtido uma autorização para uma ou mais indicações terapêuticas novas que, durante a avaliação científica anterior à sua autorização, sejam consideradas portadoras de um benefício clínico importante relativamente às terapias existentes.” (o sublinhado é nosso).

27 *Patent Term Guarantee Act, American Inventors Protection Act of 1999 (AIPA)*, U.S. Code, Title 35, Part II, Chapter 14, § 154.

28 U.S. Code, Title 35, Part II, Chapter 14, § 154, d).

29 PARAD, Dennis J. – *Cases Shaping the Understanding of Provisional Patent Rights*. *Syracuse Journal of Science and Technology Law*, 2008. [Consultado em: 18 de Junho de 2018]. Disponível em: <http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/cases-shaping-the-understanding-of-provisional-patent-rights.pdf>, 1 ss.

30 Sobre o conceito de *patentes-submarino*, v. BAIR, Stephanie Plamondon – *Adjustments, Extensions, Disclaimers, and Continuations: When do Patent Term Adjustments Make Sense?*. In *Capital University Law Review*. Columbus. ISSN 0198-9693. V. 41, N.º 3, 2013, 469 ss.

considerado anormal é compensado pela concessão de um dia de extensão do prazo de validade da patente³¹. Deste modo, a empresa beneficiará pelo menos de 17 anos de proteção patentária (i.e. 20 anos do prazo legal menos os 3 anos de processamento do pedido), o que seria considerado como necessário para recuperar os investimentos feitos para a criação e aprovação do medicamento.

Os ajustamentos positivos do prazo da patente são reduzidos por quaisquer atrasos atribuíveis aos requerentes de patentes. Não há limites para o tempo que pode ser adicionado ao prazo da patente de acordo com esses ajustes. Além disso, esses ajustes são calculados automaticamente pelo USPTO sem pedido do titular da patente. Esta extensão tem uma função corretiva e compensatória, visando restaurar o equilíbrio perdido no processo de ponderação entre inovação e concorrência³². Uma patente previamente ajustada de acordo com o § 154 (b) é elegível para uma extensão *Hatch-Waxman* se os requisitos para tal extensão forem atendidos³³.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, um encurtamento desmesurado do prazo da proteção da patente por falta da devida diligência regulatória configura, desde logo, uma violação do princípio do Estado de direito, no seu subprincípio da legalidade da administração. Assim é porque o artigo 40.º da LPIB estabelece um prazo de 20 anos de vigência da patente, a contar da data do depósito.

Um atraso excessivo e irrazoável no exame do pedido e na concessão da patente acaba por redundar, em termos práticos, num encurtamento efetivo e substancial do prazo legalmente estabelecido, violando a lei e conduzindo à frustração dos objetivos do legislador nacional e ao desequilíbrio dos interesses ponderados da inovação e da concorrência³⁴. Igualmente violado, neste caso, é o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que também densifica o princípio do Estado de direito, na medida em que o encurtamento da patente configura uma restrição excessiva e irrazoável do direito fundamental de propriedade intelectual do inventor³⁵.

Além disso, o atraso excessivo no processamento do pedido de patente também configura uma violação da letra e do espírito do TRIPS. O artigo 33.º desta convenção internacio-

31 U.S. Code, Title 35, Part II, Chapter 14, § 154, b).

32 U.S. Code, Title 35, Part II, Chapter 14, § 154, b).

33 BAIR, Stephanie Plamondon – Adjustments, Extensions, Disclaimers, and Continuations: When do Patent Term Adjustments Make Sense?. In *Capital University Law Review*. Columbus. ISSN 0198-9693. V. 41, N.º 3, 2013, 462.

34 BAIR, Stephanie Plamondon – Adjustments, Extensions, Disclaimers, and Continuations: When do Patent Term Adjustments Make Sense?. In *Capital University Law Review*. Columbus. ISSN 0198-9693. V. 41, N.º 3, 2013, 445 ss.

35 CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, 266 ss.

nal consagra o mesmo prazo de validade de 20 anos contados a partir do depósito do pedido de patente que serviu de base ao artigo 40.º da LPIB.

É certo que parágrafo único do artigo 40.º da LPIB dispõe que o prazo de vigência da patente não será inferior a 10 anos, pelo que isso atenua o risco de obliteração do núcleo essencial da proteção patentária. Ainda assim, um atraso excessivo na apreciação do pedido deixará reduzir a proteção patentária em vários anos. Só por si, isso poderia significar lucros cessantes significativos, para não falar na carência de tutela jurídica em que o requerente se pode encontrar durante todo esse período de tempo se não forem adotadas medidas liminares de natureza cautelar.

Ocorre que a mora administrativa na concessão da patente poderá levar ao cenário em que uma vez concedida a patente e garantida a exclusividade, a tecnologia em questão já estará obsoleta, por conta da própria evolução tecnológica presente em cenário concorrencial. Neste cenário, os consumidores, uma vez concedida a patente, poderão não mais ter interesse naquela tecnologia, razão pela qual estarão frustradas as tentativas do titular de buscar ser ressarcido por investimentos feitos anos atrás.

Além disso, ainda quando concedida a patente, o direito de reparação pelos danos incorridos será sempre limitado a 5 anos, por conta do artigo 225.º da LPIB. Por isso, a ausência de tutela injuntiva durante a pendência do pedido, sistematicamente, acabaria por permitir que o titular, em casos, jamais fosse compensado por todo o período da infração, caso esta se desse entre o depósito e a concessão do pedido de patente:

“Art. 225. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”.

Nesta hipótese, haveria um incentivo legal para que a indústria de medicamentos similares e imitações infringisse as invenções, invertendo a lógica do sistema de proteção à propriedade intelectual e à concorrência leal.

Ademais, um dos objetivos fundamentais do TRIPS – de harmonização internacional do regime de propriedade intelectual – será claramente frustrado se os prazos de vigência das patentes variarem de país para país ou, dentro do mesmo país, de empresa para empresa, em função da duração do processamento dos pedidos por parte das autoridades administrativas competentes. Isso introduzirá incerteza jurídica e económica para os inventores potenciais, podendo reduzir significativamente os incentivos para inovar, com consequências para todos quantos necessitam de medicamentos.

Do mesmo modo, o atraso administrativo tem implicações sérias do ponto de vista da justiça, equidade e igualdade, na medida em que empresas colocadas em igualdade de con-

dições podem acabar por beneficiar de prazos muito diferentes de proteção patentária, por razões que nada têm que ver com o valor social das respectivas tecnologias patenteadas ou com a sua conduta procedimental.

Esse facto pode contribuir, inclusivamente, para distorcer a concorrência, na medida em que introduz um desnível num campo de jogo que deveria ser nivelado para todos os concorrentes. Mesmo que uma legislação adicional venha ajustar os prazos das patentes com base nos atrasos regulatórios e administrativos ocorridos na emissão de patentes, isso pode sem dúvida ajudar a aliviar tais preocupações, mas não representa necessariamente uma solução completa. Daí que faça sentido avaliar em que medida é que o direito da concorrência pode ser mobilizado pelos tribunais para corrigir as disfunções na aplicação do sistema de patentes.

VI. A estrutura dual de proteção jurídica da inovação

A. Generalidades

As normas de propriedade intelectual “institucionalizadas” (i.e. normas de patentes, marcas, direitos de autor) criam um quadro abrangente de ponderações que proporciona um sistema de equilíbrio interno entre os interesses envolvidos, de inovação e concorrência. Inevitavelmente, este sistema é imperfeito e incompleto. O atraso administrativo excessivo na concessão de patentes (para não falar na lentidão dos tribunais) é apenas uma das suas deficiências.

Por isso, ele exige complementos e correções. Nas linhas subsequentes iremos ver como a doutrina e a jurisprudência comparadas mobilizam os conceitos de concorrência desleal, apropriação indevida e enriquecimento sem causa para fundamentar a tutela injuntiva e restitutiva. Desse modo, cria-se uma *estrutura dual de proteção jurídica (dual path doctrine)*³⁶.

Por um lado, apela-se ao direito da propriedade intelectual e ao sistema de patentes tal como este se encontra institucionalizado. Por outro lado, mesmo que não haja lugar, formalmente, a qualquer violação do sistema de normas da propriedade intelectual, pode justificar-se a mobilização alternativa de princípios, doutrinas e meios de tutela situados para além deste domínio normativo quando isso se afigure necessário para corrigir disfunções do sistema de propriedade intelectual³⁷.

36 A expressão é usada por DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 524.

37 Estes aspetos são sublinhados por DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 503 ss.

B. Concorrência desleal

Ao longo das décadas tem havido muitos casos em que a conduta abusiva dos titulares das patentes faz sentir o seu impacto muito para além do domínio da propriedade intelectual (*lato sensu*), com especial relevo para o direito da concorrência³⁸. Há muito que a doutrina e a jurisprudência assinalam a relação de proximidade que se estabelece entre o direito da propriedade intelectual e industrial e o direito da concorrência (*antitrust law*)³⁹.

Essa proximidade é visível em domínios como os contratos exclusivos de licenciamento ou outros contratos envolvendo patentes ou ainda com os acordos de pagamento para atraso da entrada no mercado ou os acordos celebrados entre empresas em processos por infração de patentes⁴⁰. O artigo 2.º/1/V da LPIB dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do País, efetua-se mediante a repressão à concorrência desleal.

A aplicação do direito da propriedade intelectual tem sido complementada e corrigida por via dos princípios de controlo extraídos do direito da concorrência, nos casos em que o simples jogo das normas de proteção da propriedade intelectual em vigor conduz a resultados incoerentes marcados pela *disfunção sistémica* (*systemwidrigkeit*) ou, o que é o mesmo, contrários à *justiça do sistema* (*systemgerechtigkeit*), tendo por quadro de referência não necessariamente o sistema jurídico globalmente considerado, como deve ser, mas mesmo apenas os objetivos do próprio sistema de patentes⁴¹.

Inversamente, nada exclui à partida a possibilidade de algumas condutas das empresas de genéricos e similares poderem vir a ser qualificadas como anti-concorrenciais, infringindo os princípios de concorrência leal e não falseada. Neste âmbito, impõe-se a mobilização, pelos tribunais, da chamada “*rule of reason*”, largamente conformada pelas ideias de ponderação de bens, harmonização, otimização, máxima efetividade, justo equilíbrio, razoabilidade e proporcionalidade em sentido amplo, especialmente naqueles casos em que a conduta unilateral das empresas possa ser interpretada como desleal e de má-fé⁴².

Assim será, por sinal, nos casos em que um pedido de patente formulado por uma empresa de referência se encontre pendente num procedimento administrativo de aprecia-

38 BALTO, David A.; WOLMAN, Andrew M. – Intellectual Property and Antitrust: General Principles. In IDEA: The Journal of Law and Technology. Washington. ISSN 0019-1272. V. 43, 2003, 395 ss.

39 HOVENKAMP, Herbert – Antitrust and the Patent System: A Reexamination. In Ohio State Law Journal. Columbus. ISSN 0048-1572. V. 76, N.º 3, 2015, 476 ss.

40 HEMPHILL, C. Scott – Paying For Delay: Pharmaceutical Patent Settlement As A Regulatory Design Problem. In New York University Law Review. New York. ISSN 0028-7881. V. 81, N.º 5, 2006, 1553 ss.

41 Veja-se, em termos gerais, DIETRICH, Peter – Systemgerechtigkeit und Kohärenz: Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, 7 ss.

42 HOVENKAMP, Herbert – The Rule of Reason and the Scope of the Patent. In San Diego Law Review. San Diego. ISSN 0036-4037. V. 52, 2015, 515 ss.

ção cuja duração haja ultrapassado os limites do aceitável e razoável, do ponto de vista dos princípios da legalidade da administração, dos direitos dos particulares e, mais especificamente, do direito fundamental a uma boa administração.

Um dos objetivos fundamentais do direito da concorrência consiste em assegurar uma concorrência livre e justa no seio de uma economia social de mercado. Pretende-se, desde logo, dar resposta ao chamado *free rider problem*, que se manifesta na tentativa empreendida por algumas empresas no sentido de se prevalecerem dos investimentos que outras tenham realizado, sem assumir a sua quota parte dos custos, de acordo com os princípios gerais e as máximas de justiça comutativa (*Ubi commodum, ibi incommodum*; “tudo o que o homem semear, isso também ceifará”). Este princípio implica, desde logo, a rejeição de práticas de concorrência desleal que permitam arrecadar os lucros do capital que outros investiram.

O mesmo tem ampla radicação no direito empresarial e da concorrência, considerando-se que é indispensável à garantia do bom funcionamento do mercado. O artigo 39.º do TRIPS – respeitante à proteção da informação dos ensaios pré-clínicos e clínicos das empresas farmacêuticas submetidas às autoridades regulatórias estatais – consagra o princípio da proibição da concorrência desleal, remetendo para o artigo 10.º bis da Convenção de Paris (1967)⁴³.

Mais do que um apelo vago e indefinido ao “fair play”, à boa-fé, à “lealdade”, à “honestidade” ou simplesmente à máxima “gentlemen play by the rules”, o âmbito normativo da proibição da concorrência desleal, concebido em termos deliberadamente abertos, e não taxativos, de maneira a abranger uma constelação de condutas concretas, como sejam, nomeadamente, abuso de posição dominante, exploração de uma especial vulnerabilidade de um concorrente, infração de marca ou patente, diluição de marca, suborno numa licitação, falsa representação ou descrição de empresa, bem ou serviço ou apropriação indevida de informações e conhecimentos, que sejam suscetíveis de causar danos severos a um concorrente⁴⁴.

C. Apropriação indevida

De acordo com a doutrina da *apropriação indevida (misappropriation doctrine)*⁴⁵, o conceito de concorrência desleal adquire relevância nos casos em que mesmo supostamente não havendo lugar à proteção patentária – nomeadamente quando isso decorra de atraso admi-

43 NORTON, Patricia V. – The Effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair Competition Law. In Fordham Law Review. New York. ISSN 0015-704X. V. 68, N.º 1, 1999, 225 ss.

44 DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 503 ss.

45 SELL, Edward – The Doctrine of Misappropriation in Unfair Competition. In Vanderbilt Law Review. Nashville. ISSN 0042-2533. V. 11, 1958, 483, 496-499.

nistrativo e não seja imputável à empresa de referência – um concorrente decide copiar o medicamento de referência para introduzir um medicamento similar no mercado a preço mais baixo⁴⁶. A apropriação indevida ocorre quando sejam utilizados elementos essenciais da informação e do conhecimento objeto de proteção patentária, atual ou potencial, com o objetivo de criar produtos substancialmente similares, mesmo que isso não se traduza numa replicação completa⁴⁷.

Nestes casos, o direito confronta-se com o interesse da empresa inovadora que investiu recursos e dinheiro para proteger o fruto do seu trabalho, enquanto o concorrente atua como um “*free rider*”, procurando desfrutar o benefício desse investimento sem qualquer consideração. A empresa inovadora baseará a sua pretensão de proteção jurídica recorrendo a conceitos básicos subjacentes ao direito de propriedade, ou seja, “*a teoria do trabalho-propriedade*”.

De acordo com esta teoria, o direito de propriedade não pode deixar de considerar o valor-trabalho acrescentado pelo respetivo titular, sendo certo que o investimento em pesquisa e desenvolvimento se repercute no valor dos bens. Com efeito, a teoria da apropriação indevida leva em conta duas variáveis fundamentais: o investimento feito para obter o ativo tangível ou intangível, por um lado, e, por outro lado, a tentativa de outrem de recolher benefícios desse investimento para o que em nada contribuiu.

Acresce que existe um interesse público constitucional na proteção dos investimentos realizados e dos inventores individuais e coletivos, na medida em que são eles que propiciam “o desenvolvimento tecnológico e económico do País”, que, nos termos da Constituição brasileira, constitui o fundamento para a proteção da propriedade intelectual. Este interesse leva a que se procure evitar que os não inovadores enriqueçam à custa do esforço dos inovadores e que, por essa via, se desincentive a pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico que deve estar na base do progresso económico da comunidade política. Conclui-se, portanto, que também considerações de política pública corroboram a aplicação da doutrina da apropriação indevida.

Mesmo que se reconheça a existência de um interesse social razoável em evitar uma *sobre-utilização* da doutrina da apropriação indevida por vir a ser nociva para os interesses dos concorrentes e dos consumidores, sempre que se terá de conceder que a generalização da prática de apropriação indevida dos ativos tangíveis e intangíveis de outrem – apenas

46 Discutindo precisamente esta situação, veja-se DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 503 ss., 515.

47 DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 523 ss.

para os copiar ou vender a um preço mais baixo num mercado secundário de réplicas ou similares – não deixaria de representar um forte desincentivo ao investimento e à inovação, para além de representar um locupletamento à custa de outrem.

É o produto original que leva ao enriquecimento do concorrente que o imitou. Este não tem que suportar os custos da pesquisa, dos ensaios pré-clínicos e clínicos e da álea do seu desfecho incerto. O proprietário do medicamento de referência é lesado como consequência da venda do produto similar, na medida em que há clientes que teriam comprado o original, mas que ficam agora satisfeitos com a imitação.

Ora, a liberdade de concorrência não equivale à liberdade de apropriação indevida nem justifica a concorrência desleal. Seria inconcebível alguém argumentar que a liberdade de concorrência por si só justifica a apropriação indevida da propriedade intelectual⁴⁸. Como sustenta o eminente jurista e juiz constitucional israelita Aaron Barak, “quanto mais importante o trabalho, mais inovadora, mais singular e mais significativa a sua contribuição, maior será a tendência de considerar uma imitação ou uma cópia dela como concorrência desleal”⁴⁹.

Admite-se que razões de segurança jurídica, certeza, previsibilidade e proteção da confiança possam levar alguns autores a circunscrever a aplicação das doutrinas da concorrência desleal e da apropriação indevida, na melhor das hipóteses, a situações excepcionais de injustiça manifesta e clamorosa. No entanto, não é claro que razões de justiça possam ser sistematicamente preteridas em favor da certeza do direito.

Em todo o caso, é inquestionável que na situação em apreço se verificam as circunstâncias adequadas à mobilização aos princípios gerais de proibição da concorrência desleal e da apropriação indevida. Uma espera excessiva para obtenção de uma decisão definitiva sobre um pedido de patente implica uma redução substancial de proteção patentária e do prazo legalmente prescrito para a recuperação do investimento da empresa inovadora, ainda que venha a ser considerado futuramente o prazo do artigo 40.º, parágrafo único. Por esse motivo, os tribunais têm o dever de conceder uma proteção reforçada à empresa inovadora contra o risco de apropriação indevida de propriedade de intangíveis como a informação e o conhecimento, precisamente porque a mesma não pode ver decidida a sua proteção patentária em tempo útil.

Assim é, porque é evidente que o atraso altera completamente a ponderação de interesses subjacente ao sistema de patentes, traduzindo-se num *defeito de proteção jurídica* causado pela falta da *devida diligência regulatória*, que é suscetível de privar a empresa inovadora de

48 DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004.

49 Na decisão do Supremo Tribunal de Israel no caso A.L.A. 5768/94, ASHIR, 52(4) P.D. 289, 432, 449.

parte substancial dos direitos que em condições normais poderia já ter visto reconhecidos, a saber, de prioridade e exclusividade temporária na exploração comercial dos seus medicamentos, com um forte impacto nos rendimentos esperados.

D. Enriquecimento sem causa

O conceito de concorrência desleal remete, inevitavelmente, para a lógica subjacente à figura do enriquecimento sem causa. A mesma proscreve o locupletamento injusto à custa de outrem, destituído de causa justificativa, e prescreve a restituição dos lucros indevidamente obtidos, o que poderia ir além de um mero *royalty razoável* por infração da patente entre o depósito do pedido e a decisão de concessão.

Ponto é que o enriquecimento não seja considerado justificável à luz da *justiça do sistema* jurídico que naturalmente deve estruturar as relações entre os particulares. A interpretação e aplicação desta figura aponta para uma leitura substantiva e material do ordenamento jurídico – não estritamente positivista, legalista e formalista – em que os princípios de justiça e equidade adquirem densidade conformadora normativa, de acordo com uma orientação de *primazia da substância sobre a forma* e atenção à *substância económica das transações*.

Radicada no direito romano e com uma profícua trajetória na tradição do *common law*, a proibição do enriquecimento sem causa é um princípio geral do direito, com ampla relevância no direito privado, seja ele civil, comercial ou da concorrência⁵⁰. Ela opera de modo subsidiário, sempre que a lei não faculte ao empobrecido um outro meio de ser indenizado ou restituído. A mesma aplica-se a situações em que um benefício seja obtido sem causa jurídica e económica justificativa, incluindo casos em que, mesmo não havendo uma violação de lei, ato ou contrato, o benefício obtido é manifestamente injusto e contrário às finalidades do sistema jurídico. Em todo o caso, essa avaliação deve ser baseada em *princípios de justiça* e levada a cabo de maneira *flexível e circunstancial*⁵¹.

A doutrina tem chamado à atenção de que esta figura conserva ainda hoje incontestáveis virtualidades na litigância no âmbito da regulação, da concorrência e da propriedade intelectual, podendo aí funcionar como um importante complemento e corretivo do ponto de vista das causas e dos meios de ação, garantindo um resultado justo e equitativo quando as demais normas em vigor se revelam insuficientes. Isto, sem prejuízo de se entender que este instituto não é meramente residual, antes integrando plenamente o sistema de valores, princípios e regras da ordem jurídica. A energia normativa do enriquecimento sem

50 Artigos 884.º a 886.º do Código Civil Brasileiro; artigos 473.º a 482 do Código Civil Português.

51 Isto mesmo é sublinhado por DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 517 ss.

causa pode ser canalizada com virtualidades inegáveis para o domínio da concorrência desleal e da apropriação indevida⁵².

O artigo 210.º da LPIB, relevante na sua conexão com o artigo 44.º da LPIB, incorpora a lógica da restituição por enriquecimento sem causa quando prevê, a título de indemnização de lucros cessantes, a devolução dos benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito se esse valor for superior ao dos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Ainda assim, como se verá, há casos em que a tutela injuntiva prevalece sobre a lógica da restituição *a posteriori*, observadas as particularidades da dificuldade ou quase impossibilidade de restituição, em tempo útil, dos prejuízos sofridos, de difícil cálculo, além da difícil retirada de medicamento do mercado, uma vez inserido neste.

A relevância do enriquecimento sem causa é clara nos casos de infração de patente, havendo múltiplos exemplos da sua aplicação neste âmbito⁵³. No entanto, o recurso ao enriquecimento sem causa não pressupõe necessariamente a violação de lei, o incumprimento de obrigação contratual ou a infração de uma patente. Em causa pode estar simplesmente a proteção dos “frutos do trabalho” de um particular diante dos riscos de uma apropriação indevida por empresas concorrentes no mercado⁵⁴. O fundamento para a imposição de uma proibição de enriquecimento sem causa em relação à apropriação indevida de produtos intelectuais (i.e. informação; conhecimento) é a prevenção da concorrência desleal.

Por esse motivo, este instituto faz todo o sentido num caso em que uma empresa, de forma consciente e intencional, pretende obter lucros através da colocação no mercado de um medicamento similar a um medicamento de referência, tirando partido de um atraso anormal do processo administrativo de apreciação do pedido de concessão de uma patente. Essa empresa não teve que suportar os custos da investigação inovadora nem que se sujeitar a prolongados e incertos ensaios pré-clínicos e clínicos, bastando apropriar-se de conhecimento inovador pré-existente e colher daí apreciáveis benefícios à custa dos prejuízos de outrem.

O enriquecimento assim obtido dificilmente pode considerar-se suportado por uma causa justificativa insuficiente, do ponto de vista jurídico e económico, afigurando-se manifestamente injusto, quando a empresa que suportou os custos da pesquisa e do desenvolvimento do medicamento de referência aguarda por uma decisão final por um período

52 DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 517 ss. e 520 ss.

53 ROACH, George P. – How Restitution and Unjust Enrichment Can Improve Your Corporate Claim. In The Review of Litigation. Austin. ISSN 0734-4015. V. 26, 2007, p. 265-400, 265 ss., 300.

54 DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 503 ss.

de tempo que ultrapasse os padrões aceitáveis de *diligência regulatória adequada* (*regulatory due-dilligence*).

VII. Propriedade intelectual, concorrência desleal e tutela liminar

A. Generalidades

O princípio do Estado de direito tem como corolário densificador o direito à proteção jurisdicional efetiva. Este direito reveste-se de inteira pertinência na matéria em apreço. Dos tribunais espera-se que garantam a integridade, racionalidade e consistência do sistema de patentes. Este sistema preserva os incentivos à inovação, proporcionando uma medida significativa de certeza para potenciais inovadores. Ele também pretende dar resposta a preocupações de legalidade, justiça, equidade e igualdade, porque promove a consistência nos prazos da patente, evitando que os mesmos difiram significativamente entre si por razões totalmente alheias e relapsas ao controlo das empresas requerentes das patentes.

B. Tutela cautelar do titular da patente

De um modo geral, entende-se que o titular da patente pode recorrer a injunções preliminares de natureza cautelar para se proteger de uma violação dos seus direitos de propriedade intelectual atual ou iminente⁵⁵. Nesta mesma linha a LPIB estabelece:

“Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I – produto objeto de patente;

II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§1.º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo”.

A existência de meios processuais de tutela preventiva de natureza urgente e cautelar afigura-se indispensável para impedir a colocação no mercado de medicamentos similares que representem uma infração de patente.

55 Sobre este meio processual no direito de patentes alemão, veja-se FEI, Charleen – Justice Delayed Is Justice Denied? The Principle of Bifurcation in The German Patent Litigation System. In Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law. Winston-Salem. ISSN 2164-6945. V. 14, N.º 4, 2014, 619 ss., esp. 631 ss.

C. Tutela cautelar entre o depósito e a concessão

As considerações anteriormente desenvolvidas sustentam o entendimento de que não se pode afastar a possibilidade de providências injuntivas de natureza cautelar mesmo antes da concessão da patente, especialmente nos casos em que se verifica um atraso manifestamente inaceitável e desproporcional do processo de exame do pedido de patente.

A força normativa das doutrinas da concorrência desleal e da apropriação indevida permite viabilizar, com o apoio da doutrina e da jurisprudência comparadas, o direito a uma tutela jurisdicional urgente, de natureza cautelar, por via de uma injunção (*writ*) para a prevenção de condutas atuais ou iminentes julgadas potencialmente lesivas e contrárias aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, suscetíveis de causar danos irreparáveis ou de muito difícil reparação⁵⁶.

D. Critérios de ponderação avançados pela doutrina

A doutrina da apropriação indevida, com ampla radicação no direito da concorrência e na proibição da concorrência desleal, confere densidade e pertinência a esta disposição, assumindo grande relevância no caso concreto. A mesma é tanto mais relevante quanto é certo que não se prevê uma prorrogação do prazo da patente para compensar, com maior equivalência entre a mora administrativa e o prazo suplementar concedido, os atrasos regulatórios, como sucede nos Estados Unidos. Naturalmente que uma tal providência tem que obedecer a uma cuidadosa ponderação de vários critérios. Para decidir sobre este meio de tutela importa atender a variáveis como:

- a) o tempo de espera do processo de apreciação da patente;
- b) o custo de investimento em pesquisa, ensaios pré-clínicos e clínicos e no registo e defesa da patente por parte da empresa inovadora;
- c) a poupança de investimento em pesquisa, ensaios pré-clínicos e clínicos e no registo e defesa da patente por parte da empresa imitadora;
- d) os lucros potenciais que a empresa imitadora pode obter à custa da empresa inovadora;
- e) a consciência de apropriação indevida do produto de referência por parte da empresa imitadora;
- f) a intenção concorrencial com que são levadas a cabo a cópia e a introdução do medicamento similar no mercado por parte da empresa imitadora;

56 Neste sentido, DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 503 ss., 552 ss.

- g) a plausibilidade da expectativa de obtenção de um direito exclusivo temporário por parte da empresa inovadora;
- h) o impacto da colocação dos similares no mercado no retorno do investimento esperado pela empresa inovadora⁵⁷.

Estes critérios de ponderação, tal como delineados pela doutrina e jurisprudência comparadas, oferecem ao operador jurídico uma paleta cromática de excelente qualidade jurídico-dogmática. Não bastando aqui uma referência meramente abstrata e impressionista, impõe-se fixar em tela algumas sugestões em traços largos dotadas de intensidade e consistência suficientes para que se aprecie as virtualidades da sua aplicação ao caso concreto. Esta tarefa será operacionalizada tendo em conta as características próprias do ordenamento jurídico brasileiro.

E. A tutela liminar à luz do artigo 209.º da LPIB

A possibilidade de uma tutela liminar de natureza cautelar encontra-se expressamente prevista na LPIB que remete para vias de proteção localizadas para além desse mesmo instrumento legal. Na verdade, deve considerar-se que a tutela liminar decorre diretamente do princípio do Estado de direito e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e sem lacunas.

Na verdade, uma parte significativa da doutrina sustenta que a possibilidade de decretar providências liminares de natureza cautelar, com uma função conservatória do objeto de proteção ou antecipatória da proteção pretendida, constitui uma prerrogativa inerente ao exercício da própria função jurisdicional, não carecendo sequer de um fundamento normativo expresso. Em causa está, tão-somente, o objetivo de assegurar o efeito útil dos meios jurisdicionais de proteção.

Em todo o caso, o artigo 209.º da LPIB prevê expressamente essa possibilidade quando aborda conjuntamente a problemática da proteção da propriedade industrial e a prevenção e repressão de atos de concorrência desleal. Vejamos o preceito relevante;

“Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou

57 Estes critérios são identificados por DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In Saint Louis University Law Journal. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, 503 ss., 552 ss.

prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. (o sublinhado é nosso)

§ 1.º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória”.

O teor literal desta disposição reveste-se de incontornável relevância para o caso em apreço, na medida em que prevê expressamente, não apenas a tutela compensatória de perdas e danos causados por violação da propriedade intelectual e da concorrência desleal, mas também a tutela liminar de urgência para a sustação de qualquer ato que a enseje e de que possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação.

Por outras palavras, uma exegese atenta do texto do artigo 209.º da LPIB revela que, no quadro do ordenamento jurídico brasileiro, não faz sentido, em rigor, falar na existência de uma *estrutura dual de proteção jurídica*, assente na bifurcação entre tutela da propriedade intelectual, por um lado, e proibição da concorrência desleal, por outro.

Diferentemente, os vários afluentes de proteção jurídica, alicerçados nos conceitos jurídicos de propriedade intelectual (*lato sensu*), proteção patentária, direitos exclusivos temporários, proibição da concorrência desleal, apropriação indevida e enriquecimento sem causa se encontram no estuário do artigo 209.º da LPIB, onde se manifestam como uma só realidade digna e carecida de tutela *ex ante* – a título liminar e cautelar – e *ex post* – a título de reparação de perdas e danos. Este aspeto reforça a argumentação expendida no presente texto, na medida em que muitas das ilações doutrinárias e jurisprudenciais que consideramos relevantes se podem deduzir, com toda a propriedade substantiva e lógico-formal, do artigo 209.º da LPIB, com especial relevo para o respetivo parágrafo único.

Os contributos que a doutrina especializada tem dado para a densificação dos conceitos de concorrência desleal, apropriação indevida e enriquecimento sem causa podem ser mobilizados para esclarecer os pontos mais dubitativos da respetiva aplicação pelo poder judicial. Eles mostram que mesmo nos casos em que isso não esteja expressamente previsto na lei, a tutela liminar durante o prazo de pendência do pedido da patente é uma via inteiramente plausível de proteção jurídica, quando razões de natureza concorrencial militem nesse sentido.

Esses contributos doutrinários devem ser interpretados no sentido de reforçar a necessidade de garantir uma tutela jurisdicional efetiva e sem lacunas⁵⁸, prevenindo a imposição

58 CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, 272 ss.

de danos irreparáveis às empresas inovadoras, por parte das empresas imitadoras, por ocasião da demora excessiva no processo de apreciação dos pedidos de patentes.

VIII. Conclusão

O prolongamento excessivo do processo administrativo de apreciação do pedido de registro de patente diminui substancialmente a vida útil da patente quando a mesma venha a ser concedida, e dá origem a incerteza e insuficiência de proteção antes da concessão da patente, constituindo um forte desincentivo à inovação e frustrando os objetivos prosseguidos pela legislação nacional de propriedade industrial e pelo TRIPS.

O atraso irrazoável e desproporcional na apreciação de pedidos de registros de patentes introduz incerteza e insegurança jurídica no *sistema de proteção patentária*, podendo ter consequências económicas deletérias não apenas para os requerentes das patentes, mas igualmente para a comunidade técnica e científica globalmente considerada.

Se os inventores só pudessem obter compensação pelas infrações verificadas depois da concessão da patente, os mesmos ficariam numa posição de especial vulnerabilidade económica no período entre o depósito do pedido de patente e a decisão definitiva de atribuição, em termos que em larga medida escapariam ao seu controlo.

O direito brasileiro, à semelhança do que sucede com os seus congéneres, garante uma medida de proteção ao inventor entre a publicação do pedido e a concessão da patente.

Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indemnização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

A tutela compensatória não é suficiente para prevenir os danos causados, razão pela qual a tutela injuntiva é por vezes necessária.

Não se deve afastar a possibilidade de providências injuntivas de natureza cautelar mesmo antes da concessão da patente nos casos em que se verifica um atraso inaceitável e desproporcional do processo administrativo de exame do pedido de patente.

A tutela liminar decorre diretamente do princípio do Estado de direito e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e sem lacunas.

A possibilidade de decretar providências liminares de natureza cautelar, com uma função conservatória do objeto de proteção ou antecipatória da proteção pretendida, constitui uma prerrogativa inerente ao exercício da própria função jurisdicional, não carecendo sequer de um fundamento normativo expresso.

Ainda assim, o artigo 209.^o da LPIB prevê expressamente essa possibilidade quando aborda conjuntamente a problemática da proteção da propriedade industrial e a prevenção

e repressão de atos de concorrência desleal. O teor literal desta disposição prevê expressamente, não apenas a tutela compensatória de perdas e danos causados por violação da propriedade intelectual e da concorrência desleal, mas também a tutela liminar de urgência para a sustação de qualquer ato que a enseje e de que possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação.

Bibliografia

- ALI, Feroz – Technical Speech: Patents, Expert Knowledge, and the First Amendment. In *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*. Minneapolis. ISSN 1552-9541. V. 17, N.º 1, 2016, p. 277-345.
- BAIR, Stephanie Plamondon – Adjustments, Extensions, Disclaimers, and Continuations: When do Patent Term Adjustments Make Sense?. In *Capital University Law Review*. Columbus. ISSN 0198-9693. V. 41, N.º 3, 2013, p. 445-511.
- The Psychology of Patent Protection. In *Connecticut Law Review*. Hartford. ISSN 0010-6151. V. 48, N.º 2, 2015, p. 299-353.
- BALTO, David A.; WOLMAN, Andrew M. – Intellectual Property and Antitrust: General Principles. In *IDEA: The Journal of Law and Technology*. Washington. ISSN 0019-1272. V. 43, 2003, p. 395-474.
- CAMPBELL, Randy L. – Global Patent Law Harmonization: Benefits and Implementation. In *Indiana International & Comparative Law Review*. Indianapolis. ISSN 1061-4982. V. 13, N.º 2, 2003, p. 605-638.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Nuno Pires de – *The TRIPS Regime of Patent Rights*. 2.ª ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- COLLEEN, Kelly – The Balance Between Innovation and Competition: The Hatch-Waxman Act, the 2003 Amendments, and Beyond. In *Food and Drug Law Journal*. Washington. ISSN 1064-590X. V. 66, N.º 3, 2011, p. 417-478.
- DEUTCH, Miguel – Unfair Competition And The “Misappropriation Doctrine” – A Renewed Analysis. In *Saint Louis University Law Journal*. St. Louis. ISSN 0036-3030. V. 48, 2004, p. 503-545.
- DIETRICH, Peter – *Systemgerechtigkeit und Kohärenz: Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.
- FEI, Charleen – Justice Delayed Is Justice Denied? The Principle of Bifurcation in The German Patent Litigation System. In *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*. Winston-Salem. ISSN 2164-6945. V. 14, N.º 4, 2014, p. 619-670.
- GAUDRY, Kate S. – Uncharted Territories of the Patent-Restoration Due-Diligence Challenge. In *Food and Drug Law Journal*. Washington. ISSN 1064-590X. V. 66, N.º 1, 2011, p. 121-138.
- HEMPHILL, C. Scott – Paying For Delay: Pharmaceutical Patent Settlement As A Regulatory Design Problem. In *New York University Law Review*. New York. ISSN 0028-7881. V. 81, N.º 5, 2006, p. 1553-1623.
- HOVENKAMP, Herbert – Antitrust and the Patent System: A Reexamination. In *Ohio State Law Journal*. Columbus. ISSN 0048-1572. V. 76, N.º 3, 2015, p. 467-564.
- HOVENKAMP, Herbert – The Rule of Reason and the Scope of the Patent. In *San Diego Law Review*. San Diego. ISSN 0036-4037. V. 52, 2015, p. 515-554.
- MACHADO, Jónatas; RAPOSO, Vera – *Direito à Saúde e Qualidade dos Medicamentos: Proteção dos Dados de Ensaio Clínicos Numa Perspetiva de Direito Brasileiro, Comparado e Internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

- MOTTA, Massimo – Competition Policy: theory and practice. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004.
- MURRAY, Kali N. – Constitutional Patent Law: Principles and Institutions. In *Nebraska Law Review*. Lincoln. ISSN 0047-9209. V. 93, N.º 4, 2015, p. 901-949.
- NAQI, Sharick – Comment on Provisional Patent Rights. In *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. Chicago. ISSN 1549-8271. V. 10, N.º 7, 2012, p. 595-606.
- NORTON, Patricia V. – The Effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair Competition Law. In *Fordham Law Review*. New York. ISSN 0015-704X. V. 68, N.º 1, 1999, p. 225-255.
- PARAD, Dennis J. – Cases Shaping the Understanding of Provisional Patent Rights. *Syracuse Journal of Science and Technology Law*, 2008. [Consultado em: 18 de Junho de 2018]. Disponível em: <http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/cases-shaping-the-understanding-of-provisional-patent-rights.pdf>.
- QUILLEN JR., Cecil D.; WEBSTER, Ogden H. – Continuing Patent Applications and the U.S. Patent and Trademark Office—Updated”. In *The Federal Circuit Bar Journal*. Washington. ISSN 1055-8195. V. 15, N.º 4, 2006, p. 635-677.
- ROACH, George P. – How Restitution and Unjust Enrichment Can Improve Your Corporate Claim. In *The Review of Litigation*. Austin. ISSN 0734-4015. V. 26, 2007, p. 265-400.
- ROSENBAUM, Sara – The Globalization of Health Care. In *Tulsa Law Review*. Tulsa. ISSN 1538-9979. V. 50, N.º 2, 2015, p. 607-612.
- SELL, Edward – The Doctrine of Misappropriation in Unfair Competition. In *Vanderbilt Law Review*. Nashville. ISSN 0042-2533. V. 11, 1958, p. 483-499.
- SINGER, Joseph William – Property as the Law of Democracy. In *Duke Law Journal*. Durham. ISSN 1939-9111. V. 63, N.º 6, 2014, p. 1287-1335.
- TORRANCE, Andrew W.; HIPPEL, Eric von – The Right to Innovate. In *Michigan State Law Review*. East Lansing. ISSN 0026-2234. N.º 793, 2015, p. 793-829.
- TU, Sean – Understanding The Backlog Problems Associated With Requests For Continued Examination Practice. In *Duke Law & Technology Review*. Durham. ISSN 2328-9600. V. 13, N.º 1, 2015, p. 216-246.
- TU, Shine – Patent, Examiners and Litigation Outcomes. In *Stanford Technology Law Review*. Stanford. ISSN 1098-4267. V. 17, 2014, p. 507-548.
- VAHEESAN, Sandeep – The Evolving Populisms of Antitrust. In *Nebraska Law Review*. Lincoln. ISSN 0047-9209. V. 93, N.º 2, 2014, p. 370-428.
- WASSERMAN, Melissa F. – What Administrative Law can Teach the Trademark System. In *Washington University Law Review*. St. Louis. ISSN 2166-8000. V. 93, N.º 6, 2016, p. 1511-1575.
- WEILBAECHER, Ann – Diseases Endemic in Developing Countries: How to Incentivize Innovation. In *Annals of Health Law*. Chicago. ISSN 1075-2994. V. 18, N.º 2, 2009, p. 281-309.

Sanções contra os empregadores de imigrantes em situação irregular: uma análise crítica da Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho de 2009 e da sua transposição para a ordem jurídica portuguesa

Sanctions against employers of undocumented immigrants: a critical review of Directive 2009/52/EC of 18 June 2009 and its transposition into the Portuguese legal system

CONSTANÇA URBANO DE SOUSA¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 42-65
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.4>
Submitted on May 4th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 4 de Maio, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

I. Introdução

No âmbito da política europeia de luta contra a imigração irregular de nacionais de países terceiros, a União Europeia (UE) adotou vários instrumentos jurídicos, que externalizam o seu controlo (por exemplo, sanções contra empresas que transportem para o Espaço Schengen nacionais de países terceiros que não preenchem condições de entrada²), criminalizam o seu auxílio³ ou visam reduzir os seus fatores de atração (por exemplo, sanções contra empregadores de imigrantes em situação irregular⁴).

1 Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e Investigadora integrada no Ratio Legis.

2 Diretiva 2001/51/CE do Conselho, de 28 de junho, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985.

3 Diretiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de novembro, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares e Decisão-Quadro do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares. Sobre a criminalização da migração na Europa ver, entre outros, PARKIN, Joanna – The criminalisation of Migration in Europe, A State-of-the-Art in the Academic Literature and Research. In CEPS Paper in Liberty and Security in Europe. Brussels. ISBN 978-94-6138-361-7. N.º 61, October 2013; GUILD, Elspeth; MINDERHOUD, Paul (Ed.) – Immigration and Criminal Law in the European Union, The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2006.

4 Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Esta Diretiva não vincula o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca, nos termos dos respetivos protocolos anexos aos tratados

A Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular (doravante Diretiva), é apenas mais um instrumento da política da UE de luta contra a imigração clandestina. O presente artigo faz uma análise crítica do conteúdo normativo deste ato do direito derivado da UE, bem como da sua transposição para a ordem jurídica nacional.

II. A Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho, que estabelece sanções contra os empregadores de imigrantes em situação irregular

A. Objetivos

A Diretiva foi adotada ao abrigo do artigo 63.º, n.º 3, alínea b), do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que atribuía à então Comunidade Europeia competência para adotar medidas relativas à política de imigração no domínio da “*imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal*”. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esta competência da Comunidade Europeia foi absorvida pela UE, que a substituiu e sucedeu⁵, e tem, hoje, a sua base legal no artigo 79.º, n.º 2, alínea c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Este ato de direito derivado da UE estabelece “*normas mínimas comuns sobre sanções e medidas a aplicar nos Estados-Membros contra empregadores que violem*” a proibição geral de emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular⁶.

O seu objetivo principal é instituir, em toda a UE, uma proibição geral de contratação de trabalhadores imigrantes em situação irregular⁷, considerada um fator de atração decisivo da imigração clandestina, harmonizar sanções administrativas e penais contra os empregadores que violem esta proibição e impor-lhes obrigações de controlo da regularidade migratória dos nacionais de países terceiros que contratam⁸. Procedeu, no entanto, a uma harmonização mínima, pois não define o nível sancionatório e permite aos Estados-Mem-

(considerandos 38 e 39 da Diretiva). Sobre esta Diretiva ver PEERS, Steve – Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law – Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employers Sanctions Directives. In European Journal of Migration and Law. Leiden. ISSN 1571-8166. N.º 11, 2009, pp. 411 e segs.

5 3.º parágrafo do artigo 1.º do Tratado da União Europeia.

6 Artigo 1.º da Diretiva.

7 Artigo 3.º da Diretiva.

8 Cfr. Considerandos 2 e 3 da Diretiva.

bro aprovar ou manter medidas mais penalizadoras para os empregadores de imigrantes em situação irregular ou medidas mais protetoras destes últimos⁹.

Contra os imigrantes em situação irregular, a Diretiva não prevê qualquer sanção, pois esta consubstancia-se na sua expulsão, imposta pela Diretiva do Retorno¹⁰. No entanto, estabelece algumas medidas de proteção, devido à sua especial vulnerabilidade à exploração laboral.

B. Âmbito de aplicação

A Diretiva aplica-se aos nacionais de países terceiros, isto é, a pessoas sem a nacionalidade de um Estado-Membro, que não beneficiem do regime de livre circulação e se encontrem em situação irregular, porque não preenchem ou deixaram de preencher as condições de residência ou permanência no território do Estado-Membro, que permitam o exercício de uma atividade laboral ou ocupação profissional (qualquer que seja a sua forma) por conta ou direção e/ou autoridade de um empregador¹¹. A proibição é, portanto, aplicável ao emprego de nacionais de países terceiros que se encontrem numa das seguintes situações de irregularidade à luz do direito de imigração e que determinam a sua condição de imigrante em situação irregular: (1) entrada irregular no território de um Estado-Membro e ausência de título que habilite a uma residência legal; (2) entrada regular (por exemplo, com um visto de curta duração ou ao abrigo de um regime de isenção de vistos para permanências de curta duração) e permanência para além do período autorizado de estada ou incumprimento superveniente das condições de residência legal (os chamados *overstayers*), independentemente da existência de uma autorização de trabalho. O critério determinante é, assim, a irregularidade da entrada e/ou residência, de acordo com as normas nacionais de imigração.

As seguintes categorias de estrangeiros estão excluídas do âmbito de aplicação desta Diretiva: cidadãos da UE; nacionais de países terceiros que beneficiam de um direito de residência ao abrigo do regime comunitário de livre circulação (por exemplo, os membros da família de um cidadão da UE); os que exercem atividade profissional independente, mesmo que se encontrem em situação irregular; aqueles com residência regular, mas sem autorização de trabalho no Estado-Membro em questão¹². Os Estados-Membros podem,

9 Cfr. considerando 4 e artigo 15.º da Diretiva.

10 Diretiva 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

11 Artigo 2.º, alíneas a) a d), da Diretiva.

12 Cfr. BLOCH, Alice; MCKAY, Sonia - *Living on the margins, undocumented migrants in a global city*. Bristol: Policy Press, 2016, p. 39; PEERS, Steve, *op. cit.*, p. 412.

ainda, excluir do âmbito da aplicação da Diretiva os imigrantes em situação irregular cujo afastamento tenha sido suspenso ou protelado e tenham autorização de trabalho nos termos do seu direito nacional¹³.

A proibição de emprego ilegal dirige-se aos empregadores, ou seja, a qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo empresas de trabalho temporário (que constituem relações de trabalho com os imigrantes em situação irregular e os cedem temporariamente a utilizadores para prestação de trabalho sob a sua direção ou autoridade), com exceção do Estado, das pessoas coletivas públicas e das organizações internacionais públicas¹⁴.

C. Medidas preventivas: obrigações de controlo e notificação

Para prevenir a contratação de trabalhadores imigrantes em situação irregular, a Diretiva impõe ao empregador obrigações de controlo da regularidade da permanência de qualquer nacional de país terceiro que pretenda recrutar. Assim, sempre que um empregador pretenda contratar um trabalhador imigrante tem, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva, a obrigação de: (1) exigir-lhe que possua ou apresente uma autorização de residência válida ou outro documento que autorize a sua permanência (por ex. um visto de estada temporária); (2) conservar cópia dessa autorização de residência ou documento equivalente, para eventual inspeção pelas autoridades competentes; (3) notificar o início da relação laboral às autoridades competentes.

O procedimento de notificação pode ser simplificado em relação às pessoas singulares que empreguem um imigrante para fins particulares (por exemplo, trabalho doméstico)¹⁵. Se o imigrante tiver o estatuto de residente de longa duração em outro Estado-Membro, o empregador pode ficar isento desta notificação¹⁶.

O incumprimento destas obrigações de controlo e notificação não é sancionado pela Diretiva, embora os Estados-Membros o possam fazer¹⁷. No entanto, o seu cumprimento isenta-os das sanções aplicáveis ao emprego ilegal de imigrantes, “*salvo se tiverem conhecimento de que o documento apresentado como autorização válida de residência ou outra autorização de permanência é falso*”¹⁸. É, assim, necessário que o empregador tenha um efetivo conhecimento da falsidade do documento, *mens rea*, e não apenas que tivesse a possibilidade de ter tido conhecimento dessa falsidade¹⁹.

13 Artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva.

14 Artigo 2.º, alíneas e), g) e h), da Diretiva.

15 Artigo 4.º, n.º 2, 1.º parágrafo, da Diretiva.

16 Artigo 4.º, n.º 2, 2.º parágrafo, da Diretiva.

17 Assim, PEERS, Steve, *op. cit.* p. 414

18 Artigo. 4.º, n.º 3 da Diretiva.

19 Assim, PEERS, Steve, *op. cit.*, p. 414 e seg.

Quanto à questão de saber sobre quem recai o ónus da prova do conhecimento da falsidade do documento, a Diretiva não dá qualquer resposta. Este deve, no entanto, recair sobre o Estado sancionador, já que não é exigível que empregador detete documentos falsos ou falsificados, tarefa que, muitas vezes, pressupõe conhecimentos periciais e procedimentos complexos. Se o documento for grosseiramente falsificado é razoável presumir que o empregador tinha conhecimento da sua falsidade.

D. Sanções administrativas

A Diretiva obriga os Estados-Membros a aplicar sanções administrativas (financeiras) contra o empregador de imigrantes em situação irregular, que sejam eficazes, proporcionais e dissuasivas. Estas devem incluir coimas gradualmente agravadas em função do número de trabalhadores empregados ilegalmente e o pagamento de eventuais despesas de expulsão (ou, em alternativa, a repercussão do seu custo médio nas coimas)²⁰.

Tendo em consideração as práticas de subcontratação existentes em certos setores de atividade (por exemplo, na construção civil), a Diretiva impõe que o contratante do empregador (que tem a qualidade de subcontratado) também seja responsável, solidária ou subsidiariamente, pelo pagamento das coimas e eventuais despesas de expulsão²¹. Os outros contratantes (contratante principal e subcontratados intermédios) também podem ser responsabilizados nos mesmos termos, se tiverem conhecimento que o empregador subcontratado empregou imigrantes em situação irregular²². Esta responsabilidade deve ser afastada se os contratantes se certificarem que as empresas que contratam ou subcontratam não empregam imigrantes em situação irregular, podendo, no entanto, os Estados-Membros prever normas de responsabilidade mais rigorosas na sua ordem jurídica²³.

Os Estados-Membros devem, ainda, aplicar sanções acessórias ao empregador infrator, nomeadamente: exclusão do direito a auxílios ou subsídios públicos, incluindo financiados pela UE, por um período máximo de cinco anos; exclusão da participação em contratos públicos, por um período até cinco anos; reembolso, total ou parcial, de benefícios, auxílios ou subsídios públicos concedidos até doze meses antes da deteção da infração; encerramento temporário ou permanente do estabelecimento utilizado para cometer a infração

20 Artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva.

21 Artigo 8.º, n.º 1, e considerando 20 da Diretiva. Embora a versão portuguesa da Diretiva adote o conceito de "sub-rogação", o de "responsabilidade subsidiária" é mais correto, corresponde à solução normativa da lei portuguesa e a outras versões linguísticas da Diretiva, como a espanhola.

22 Artigo 8.º, n.º 2 da Diretiva.

23 Artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva.

ou suspensão ou revogação de eventuais licenças de atividade, se a gravidade da infração o justificar²⁴.

As coimas a aplicar à pessoa singular que contrate trabalhadores imigrantes em situação irregular para o serviço doméstico podem ser atenuadas, desde que não sujeite o trabalhador a condições de trabalho especialmente abusivas na aceção da al. i) do artigo 2.º da Diretiva²⁵. O Estado-Membro também pode, nestes casos, isentar a pessoa singular de penas acessórias²⁶.

E. Sanções penais

Para situações mais graves de emprego de trabalhadores imigrantes em situação irregular, o artigo 9.º da Diretiva cria cinco infrações penais, quando cometidas com dolo: a) emprego ilegal de imigrantes de forma continuada ou reincidente; b) emprego simultâneo de um número significativo de imigrantes em situação irregular; c) emprego de imigrantes em situação irregular sujeitos a condições de trabalho particularmente abusivas; d) utilização do trabalho ou dos serviços de um imigrante em situação irregular com conhecimento da sua condição de vítima de tráfico de seres humanos, mesmo que o empregador não tenha cometido este crime; e) emprego de imigrantes em situação irregular que sejam menores de idade.

A instigação, o favorecimento ou a cumplicidade também devem ser criminalmente punidas²⁷.

A Diretiva não define a moldura penal ou o tipo de pena a aplicar a estes novos tipos legais de crime. Limita-se a impor a punição da pessoa singular, que pratique dolosamente estes delitos criminais, com sanções penais eficazes, proporcionais e dissuasivas²⁸. Os Estados-Membros também podem prever penas acessórias e a publicidade da decisão judicial de condenação, desde que tal não seja proibido pelos princípios gerais do seu direito²⁹.

A responsabilidade criminal da pessoa coletiva que contrata imigrantes em situação irregular, em condições que sejam consideradas crime, também está prevista. É necessário que o delito tenha sido cometido em seu benefício por pessoa que, individualmente ou enquanto membro de um órgão coletivo, exerça um cargo dirigente ou de controlo sobre

24 Artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva.

25 “...as que resultem de discriminações baseadas no género ou outras, que sejam manifestamente desproporcionais em relação às aplicáveis aos trabalhadores empregados legalmente e que, por exemplo, afetem a saúde e a segurança dos trabalhadores e sejam contrárias à dignidade humana.”

26 Artigos 5.º, n.º 3, e 7.º, n.º 2, da Diretiva.

27 Artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva.

28 Artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva.

29 Artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva.

a pessoa coletiva, tenha poderes para a representar ou autoridade para tomar decisões em seu nome, ou tenha cometido falha de supervisão ou controlo que permitiu a prática do delito por outra pessoa, que se encontra sob a sua autoridade³⁰. A responsabilidade criminal da pessoa coletiva não exclui a responsabilidade penal da pessoa singular que foi autora, instigadora ou cúmplice deste crime³¹. Os Estados-Membro determinam as sanções penais a aplicar às pessoas coletivas, que devem, no entanto, ser eficazes, proporcionais e dissuasivas e podem ser acompanhadas de sanções acessórias, como a exclusão de contratação pública, a devolução de subvenções públicas ou a inserção numa lista pública de pessoas coletivas condenadas por estes crimes³².

F. Medidas de proteção do trabalhador imigrante em situação irregular

A Diretiva também protege, em certa medida, o trabalhador imigrante em situação irregular contra a exploração laboral, mas não evita que, uma vez detetada uma situação de irregularidade, este possa ser expulso. Os Estados-Membros podem, no entanto, manter ou introduzir disposições mais protetoras, desde que compatíveis com a Diretiva³³.

Em primeiro lugar, reconhece o direito do trabalhador imigrante em situação irregular à recuperação de qualquer remuneração devida pelo trabalho realizado. Para o efeito, o Estado-Membro deve assegurar que o empregador de um imigrante em situação irregular seja responsável pelo pagamento de créditos salariais, dos impostos e contribuições para a segurança social, incluindo eventuais penalizações, bem como das despesas decorrentes do envio das remunerações devidas para o país ao qual ele tenha regressado, voluntária ou coercivamente, nomeadamente em execução de uma decisão de expulsão³⁴. Para reforçar a exequibilidade deste direito, a Diretiva poderia ter sido fixado um prazo de pagamento e sanções para o seu incumprimento. Mas os Estados-Membros podem adotar tais disposições, para tornar mais efetivo este direito do trabalhador, que se pretende garantir³⁵.

Tendo em consideração o carácter informal deste tipo de relação laboral, a Diretiva estabelece, ainda, uma presunção *juris tantum* do nível de remuneração devida e da duração da relação laboral. Assim, nos termos do seu artigo 6.º, n.º 1, alínea a), 2.º parágrafo, “*presume-se que o nível de remuneração correspondia, pelo menos, ao salário fixado na legislação aplicável em matéria de salário mínimo, em convenções coletivas ou de acordo com as práticas estabelecidas nos setores de atividade em causa, salvo se o empregador ou o trabalhador provarem o contrário, res-*

30 Artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva.

31 Artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva.

32 Artigo 12.º da Diretiva.

33 Artigo 15.º da Diretiva.

34 Artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva.

35 Assim, PEERS, Steve *op. cit.*, p. 417.

peitando, porém, se for esse o caso, as disposições nacionais imperativas em matéria salarial". De acordo com o artigo 6.º n.º 3, da Diretiva, os Estados-Membros também estão obrigados a estabelecer "a presunção de que a relação de trabalho tem, no mínimo, três meses de duração, salvo se nomeadamente o empregador ou o trabalhador provarem o contrário".

Como estas normas são mínimas, os Estados-Membros podem, nos termos do artigo 15.º da Diretiva, estabelecer normas mais favoráveis ao trabalhador imigrante, como aumentar o período temporal da presunção da duração da relação laboral ou estabelecer, em relação ao empregador, uma presunção *juris et de jure*³⁶.

Para garantir a recuperação de pagamentos em atraso, a alínea a) do n.º 2 e o n.º 4 do artigo 6.º da Diretiva obrigam à criação de procedimentos de queixa contra o empregador que garantam a execução do pagamento da remuneração devida, inclusivamente quando o trabalhador tenha regressado ao seu país de origem. Nos termos da alínea b) da mesma disposição, os Estados-Membros podem, ainda, prever que o imigrante em situação irregular possa requerer às autoridades competentes a instauração de um processo de recuperação dos créditos salariais, sem apresentação de queixa.

Em segundo lugar, a Diretiva prevê o direito de queixa ou de denúncia contra o empregador, devendo os Estados-Membros adotar procedimentos eficazes para o efeito³⁷. Este direito pode ser exercido diretamente pelo trabalhador imigrante ou através de representantes (sindicatos, associações ou autoridades públicas a designar pelo Estado-Membro³⁸. Terceiros que possuam um interesse legítimo no cumprimento das obrigações impostas pela Diretiva podem intervir nos processos judiciais e/ou administrativos em representação ou em apoio do imigrante em situação irregular, se ele consentir, sem que tal possa ser considerado um crime de auxílio à permanência irregular³⁹.

Em terceiro lugar, se o imigrante em situação irregular for vítima de condições de trabalho particularmente abusivas ou menor de idade o Estado-Membro tem a faculdade de lhe conceder uma autorização de residência temporária, em termos equivalentes aos aplicáveis aos nacionais de países terceiros vítimas de tráfico de seres humanos ou de uma ação de auxílio à imigração ilegal, abrangidos pela Diretiva 2004/81/CE⁴⁰, se cooperar com as autoridades nacionais na perseguição criminal do empregador e enquanto durar o procedimento

.....
36 *Idem*, p. 417 e seg.

37 Artigos 6.º, n.º 2, e 13.º da Diretiva.

38 Artigo 13.º, n.º 1 da Diretiva.

39 Artigo 13.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva.

40 Artigo 13.º, n.º 4, da Diretiva.

criminal⁴¹. Esta autorização de residência temporária pode ser prorrogada até o imigrante receber as remunerações devidas⁴².

Por fim, o imigrante em situação irregular tem direito à informação sistemática e objetiva sobre os seus direitos (recuperação de remunerações não pagas, envio para o país de origem, queixa, possibilidade de se fazer representar ou assistir por terceiros, eventual autorização de residência temporária) antes da execução de qualquer decisão de expulsão⁴³.

G. Medidas inspetivas

Para tornar mais eficaz a proibição geral de emprego de imigrantes em situação irregular e permitir um controlo mais apertado, o artigo 14.º da Diretiva obriga à realização de inspeções baseadas em avaliações de risco, que identifiquem os setores de atividade onde este tipo de emprego tem maior probabilidade de concentração. Anualmente, antes do dia 1 de julho, os Estados-Membros devem enviar à Comissão os dados e os resultados da atividade inspetiva (em termos absolutos e por setor de atividade) realizada no ano anterior.

No dia 22 de maio de 2014, a Comissão Europeia apresentou, ao abrigo do artigo 16.º da Diretiva, o primeiro relatório relativo à aplicação da Diretiva pelos Estados-Membros⁴⁴. O segundo relatório, que deveria ter sido apresentado até ao dia 20 de julho de 2017, ainda não foi divulgado. Para além de apreciar a forma como os Estados-Membros transpuseram a Diretiva, a Comissão critica o envio tardio dos relatórios de inspeção e a sua qualidade (informações parcialmente incompletas, baseadas em métodos de cálculo, definições diferentes e incumprimento das exigências da Diretiva em matéria de relatórios). Em qualquer caso, conseguiu concluir que, na UE, os setores mais afetados pelo emprego de imigrantes em situação irregular são a construção civil, a agricultura, o trabalho doméstico, a restauração e a hotelaria.

Em relação ao número de inspeções realizadas, existe uma enorme discrepância entre os Estados-Membros, com alguns a cobrir menos de 1% dos empregadores e outros mais de 28%. O resultado das inspeções, que são um elemento dissuasor do emprego de imigrantes em situação irregular, deixa muito a desejar. Mesmo naqueles Estados-Membros que tiveram uma atividade inspetiva mais intensa (como a Áustria ou a Itália), o número de

41 Os trabalhadores em situação irregular que seja, simultaneamente, vítima do crime de tráfico de seres humanos cometido por terceiros ou pelo empregador já beneficia do regime de autorização de residência ao abrigo da Diretiva 2004/81/CE, do Conselho, de 29 de abril, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal e que cooperem com as autoridades competentes.

42 Artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva.

43 Artigo 6.º, n.º 2, 2.º parágrafo, da Diretiva

44 COM (2014) 286 final, de 22 de maio de 2014.

imigrantes em situação irregular detetado é relativamente reduzido, não chegando, nesses países, a 1% dos trabalhadores dos setores inspecionados, o que fica muito aquém da percepção que existe sobre o emprego de imigrantes em situação irregular na Europa.

III. Transposição para o Direito Português

Antes da Diretiva 2009/52/CE, já o ordenamento jurídico português consagrava várias das suas medidas, como a obrigação de controlo do empregador, as contraordenações para o emprego de imigrantes em situação irregular, a responsabilidade solidária de toda a cadeia de contratação pela satisfação de créditos salariais ou a possibilidade de concessão de autorização de residência a trabalhadores imigrantes sujeitos e condições de trabalho particularmente abusivas. A Diretiva encontra-se transposta para a ordem jurídica portuguesa através do Código do Trabalho⁴⁵ e da Lei de Imigração⁴⁶.

A. Obrigações do empregador de controlo e notificação

As obrigações do empregador de controlo e notificação estão previstas no artigo 5.º do Código do Trabalho. Qualquer contrato de trabalho celebrado com estrangeiro ou apátrida obedece à forma escrita e tem de incluir a referência ao título de autorização de residência ou ao visto de estada temporária, devendo ter apenso os documentos que comprovam o cumprimento das disposições relativas à entrada e residência no País⁴⁷. O empregador tem, ainda, de comunicar à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), através de formulário eletrónico, a celebração de contrato de trabalho com um imigrante antes do início da sua execução, bem como a sua cessação, nos 15 dias posteriores⁴⁸.

O incumprimento destas obrigações constitui uma contraordenação laboral grave, punida com coimas que podem ir de um mínimo de 6 UC (unidades de conta processual), quando praticada com negligência por empresa com volume de negócios inferior a 500.000 €, até um máximo de 95 UC, quando praticada com dolo por empresa com volume de negócios igual ou superior 10 milhões de euros⁴⁹. Pelo pagamento destas coimas respondem

45 Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, alterada, por último, pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março.

46 Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, alterada, por último, pela Lei n.º 102/2017, de 28 de agosto, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

47 Artigo 5.º, n.º 1, al. b) do Código de Trabalho (de 2009). Esta disposição legal refere, erradamente, o visto de trabalho e a autorização de permanência. Com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho (Lei de Imigração), estes títulos habilitantes da permanência regular de um trabalhador imigrante deixaram de existir no ordenamento jurídico português e foram convalidados em autorização de residência, nos termos do seu artigo 217.º.

48 Artigo 5.º, n.º 5, do Código do Trabalho.

49 Artigos 5.º, n.º 7, e 554.º, n.º 3, do Código do Trabalho.

também, solidariamente, o utilizador da mão-de-obra por força de um contrato de prestação de serviços, de acordo de cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário, bem como, se o empregador for um subcontratado no âmbito de um contrato de empreitada, o empreiteiro geral⁵⁰.

As coimas são mais reduzidas, se trabalhador foi contratado por pessoa singular no âmbito de uma atividade sem fim lucrativo (por exemplo, trabalho doméstico): 3 UC, em caso de negligência, até 14 UC, em caso de dolo⁵¹.

As disposições do Código do Trabalho sobre controlo e notificação de trabalhadores estrangeiros não são aplicáveis quando os trabalhadores contratados são nacionais de um Estado-Membro da UE, do Espaço Económico Europeu (EEE) ou de um Estado terceiro que consagre igualdade de tratamento com cidadão nacional em matéria de livre exercício de atividade profissional⁵². Nesta última categoria incluem-se os nacionais do Brasil com estatuto de igualdade de direitos, de Cabo Verde, da Guiné Bissau e de São Tomé e Príncipe⁵³.

Em relação às obrigações de controlo e notificação, o artigo 4.º da Diretiva não está corretamente transposto. Com efeito, esta disposição exige o seu cumprimento em relação à contratação de qualquer trabalhador nacional de país terceiro (independentemente de estar ou não com a sua permanência regularizada). Ou seja, de qualquer pessoa que não seja cidadão da União ou não beneficie de um direito comunitário de livre circulação na aceção do n.º 5 do artigo 2.º do Código das Fronteiras Schengen, como por exemplo, os membros da família de um cidadão da União ou os nacionais dos Estados com os quais a UE celebrou acordos de livre circulação equivalentes aos dos cidadãos da União (a Suíça e os Estados do EEE)⁵⁴. Não é o caso dos cidadãos do Brasil, de Cabo Verde, da Guiné Bissau ou de São Tomé e Príncipe. Em relação aos cidadãos brasileiros, o empregador apenas está isento da obrigação de controlo e notificação quando estes tenham estatuto de igualdade, que pressupõe a residência legal em território nacional⁵⁵, pelo que não existe perigo de emprego ilegal na aceção da Diretiva. Quanto aos cidadãos dos outros países referidos é possível a sua contratação sem que a regularidade da sua residência seja verificada pela entidade empregadora e a relação laboral seja notificada à ACT. Tal compromete um dos objetivos

50 Artigo 198.º-A, n.º 5, alínea b), da Lei de Imigração.

51 Artigo 555.º, n.ºs 1 e 3, do Código do Trabalho.

52 Artigo 5.º, n.º 6, do Código do Trabalho.

53 Cfr. Aviso publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 17, de 1999 e informação disponibilizada pela ACT (PORTUGAL. Autoridade para as Condições de Trabalho – Comunicação de contrato com trabalhador estrangeiro. [Consultado em: 20 de Abril de 2018]. Disponível em: [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx).

54 Artigo 2.º, alínea al. a) da Diretiva.

55 Decreto-Lei n.º 154/2003, de 15 de julho.

centrais do artigo 4.º da Diretiva, que é prevenir a contratação de trabalhadores imigrantes em situação irregular.

B. Sanções administrativas contra o empregador de estrangeiro em situação irregular

O empregador, incluindo as empresas de trabalho temporário, ou o utilizador do trabalho de nacionais de país terceiro sem autorização de residência ou visto adequado (por exemplo, um visto de estada temporária para exercício de atividade profissional subordinada) ficam sujeitos à aplicação das seguintes coimas, agravadas em função do número de trabalhadores imigrantes em situação irregular que emprega: a) 2.000€ a 10.000€: 1 a 4 trabalhadores; b) 4.000 € a 15.000€: de 5 a 10 trabalhadores; c) 6.000€ a 30.000€: 11 a 50 trabalhadores; d) 10.000€ a 90.000€: mais de 50 trabalhadores⁵⁶. Estes montantes mínimos e máximos são reduzidos para metade, quando a contraordenação é cometida com negligência ou a coima é paga voluntariamente⁵⁷.

O legislador não usou a faculdade prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva, e não atenuou estas coimas quando o empregador é uma pessoa singular e a prestação de trabalho destina-se a um fim particular (por exemplo, trabalho doméstico). Assim, qualquer pessoa singular que empregue um trabalhador doméstico sem autorização de residência pode ser punida com uma coima mínima de 2.000€, que pode ser reduzida para 1.000€, se existiu negligência ou o seu pagamento foi voluntário.

Acrescem as coimas aplicáveis às contraordenações laborais (falta de contrato escrito com o título de residência apenso e falta de registo do contrato junto da ACT), bem como as que resultam do incumprimento de obrigações declarativas e de descontos em sede de IRS e Segurança Social⁵⁸. O empregador ou o utilizador da atividade laboral do estrangeiro em situação irregular também fica obrigado ao pagamento das despesas de afastamento e dos seus créditos salariais, incluindo as despesas decorrentes do envio das retribuições devidas para o país ao qual o trabalhador estrangeiro tenha regressado, voluntária ou coercivamente⁵⁹.

O não pagamento destas coimas e despesas é uma contraordenação muito grave nos termos da legislação laboral, suscetível de aplicação de coima que pode ir de 10 UC a 25 UC, no caso de pessoa singular que tenha contratado o imigrante em contexto particular, con-

56 Artigo 198.º-A, n.º 1, da Lei de Imigração, que transpõe o artigo 5.º, n.º 1 e 2, alínea a), da Diretiva.

57 Artigo 204.º da Lei de Imigração.

58 Artigo 198.º-A, n.º 5, al. b) e c), da Lei de Imigração.

59 Artigo 198.º-A, n.º 5, al. a), d) e e), da Lei de Imigração.

soante tenha agido com negligência ou dolo, ou de 20 UC até 600 UC, em função do volume de negócios e de a contraordenação ter sido praticada com negligência ou dolo⁶⁰.

O empregador fica, ainda, sujeito à aplicação das seguintes sanções acessórias⁶¹:

- a) As previstas no artigo 21.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social⁶²: perda de objetos do agente (ou quantia equivalente); interdição do exercício de profissão ou atividade cujo exercício dependa de título público, autorização ou homologação de autoridade pública, por um período até cinco anos; privação do direito a subsídio ou benefício públicos, do direito de participar em feiras ou mercados, concursos públicos de obras públicas, fornecimento de bens e serviços ou da possibilidade de concessão de serviços públicos e atribuição de licenças ou alvarás, durante um período até cinco anos; encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa e suspensão de autorização de autorizações, licenças e alvarás durante um período máximo de cinco anos⁶³.
- b) A obrigação de reembolso de benefícios, auxílios ou subsídios públicos, incluindo financiamentos da UE, que tenha recebido nos 12 meses anteriores à deteção da situação de emprego ilegal de imigrantes no contexto da atividade subsidiada⁶⁴.
- c) A publicidade da decisão condenatória, ou seja, a sua publicação, a expensas do empregador infrator, no portal do SEF, num jornal nacional e em publicação local ou regional da área onde tem a sede, bem como o seu envio para as autoridades competentes em sede de licenciamento ou autorização da atividade do infrator, se aplicável⁶⁵.

Em relação às sanções acessórias, a Lei de Imigração estabelece um regime mais gravoso do que aquele que resulta do artigo 7.º da Diretiva, que não prevê a proibição do exercício de profissão a título individual, a publicação da decisão condenatória ou sanções para o incumprimento da obrigação de pagamento das retribuições devidas ao trabalhador, incluindo as despesas da sua remessa para o país ao qual tenha regressado. Também não

60 Artigo 198.º-A, n.º 9, da Lei de Imigração e artigos 554.º, n.º 4 e 555.º, n.ºs 1 e 4, do Código do Trabalho.

61 Artigo 198.º-A, n.º 2, da Lei de Imigração.

62 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, alterado, por último, pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

63 O n.º 3 do artigo 198.º-A da Lei de Imigração é mais penalizador do que o n.º 2 do artigo 21.º do regime geral das contraordenações, já que, com exceção da perda de objetos que é definitiva, estas sanções acessórias aplicáveis ao empregador de um estrangeiro em situação irregular podem ter a duração máxima de cinco anos, e não de dois como resulta da norma geral.

64 Em relação a esta sanção acessória, prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea c) da Diretiva, o legislador português introduziu uma restrição, na medida em que o reembolso só é exigível se o emprego ilegal do imigrante ocorreu no exercício ou por causa da atividade a favor da qual o subsídio foi atribuído.

65 Artigo 198.º-A, n.º 4, da Lei de Imigração.

fez uso da possibilidade prevista no n.º 2 do artigo 7.º da Diretiva de isentar da aplicação destas sanções acessórias as pessoas singulares que empreguem imigrantes em situação irregular no serviço doméstico.

A Lei de Imigração prevê, ainda, a responsabilidade solidária de toda a cadeia de subcontratação, incluindo, no caso da construção civil, do dono da obra (ou seja, qualquer pessoa que contrate com um empreiteiro a realização de uma obra). Assim, pelo pagamento das coimas por emprego ilegal, das despesas de repatriamento, das coimas decorrentes do incumprimento da legislação laboral (nomeadamente, obrigações de controlo e notificação), fiscal e em matéria de segurança social e das retribuições devidas ao trabalhador imigrante, incluindo o seu envio para o país ao qual tenha regressado, respondem solidariamente o utilizador da atividade do trabalhador (por força de contrato de prestação de serviços, de cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário) e o empreiteiro geral (que subcontratou o empregador ou contratantes intermédios)⁶⁶. O dono da obra também responde solidariamente por estes pagamentos, mas apenas quando não obteve do empreiteiro declaração de cumprimento das obrigações legais em matéria de contratação de trabalhadores estrangeiros, ou seja, quando não se certificou que não seriam utilizados na obra imigrantes em situação irregular⁶⁷. Se o dono da obra for o Estado, a omissão de diligências para obtenção desta declaração pode gerar responsabilidade disciplinar. Quando a entidade patronal for uma pessoa coletiva, pelo pagamento das coimas respondem, solidariamente, os seus administradores, gerentes ou diretores⁶⁸.

O incumprimento destas obrigações solidárias constitui, em si, uma contraordenação muito grave, punida com as coimas previstas no Código do Trabalho⁶⁹.

Em matéria de responsabilidade em caso de subcontratação do empregador, o legislador português adotou um regime mais rigoroso. Em primeiro lugar, a responsabilidade solidária dos contratantes diretos ou indiretos do empregador é muito mais ampla do que a que está prevista no artigo 8.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva, que apenas prevê a responsabilidade pelo pagamento das coimas por emprego ilegal, das despesas inerentes ao processo de expulsão e dos créditos salariais do trabalhador imigrante em situação irregular. Nos termos do artigo 198.º-A, n.º 5, da Lei de Imigração, esta responsabilidade também abrange o pagamento das coimas previstas na legislação laboral, fiscal e em matéria de segurança social. Em segundo lugar, a responsabilidade do contratante principal (por exemplo, empreiteiro geral) e dos subcontratados intermédios (por exemplo, empresa subcontratada pelo emprei-

66 Artigo 198.º-A, n.º 5, da Lei de Imigração.

67 Artigo 198.º-A, n.º 6, da Lei de Imigração.

68 Artigo 198.º-A, n.º 11, da Lei de Imigração.

69 Artigo 198.º-A, n.º 9, da Lei de Imigração.

teiro geral, que por sua vez subcontratou o empregador) só existe, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva, quando tenham conhecimento da situação, devendo estar dela isentos quando se certificaram que o empregador não contrata trabalhadores imigrantes irregulares. De acordo com o disposto no artigo 198.º, n.º 5, da Lei de Imigração, a responsabilidade solidária do empreiteiro geral (contratante principal) existe sempre, independentemente de ter ou não conhecimento de que o empregador que contratou, ou que foi subcontratado por empresa intermédia, utilizava mão de obra imigrante em situação irregular ou de ter obtido uma qualquer declaração no sentido de que o empregador cumpriu as suas obrigações legais. O utilizador do trabalho de um imigrante em situação irregular, que contratou com o empregador, também responde nos mesmos termos. Apenas o dono da obra, o que só é aplicável no setor da construção civil, está isento de responsabilidade solidária quando obteve declaração da outra parte contratante (empreiteiro geral, que subcontrata, ou empresa contratada diretamente para a realização integral da obra) de que cumpriu a lei e não emprega trabalhadores imigrantes em situação irregular.

C. Sanções criminais

Em transposição dos artigos 9.º e 10.º da Diretiva, o artigo 185.º-A da Lei de Imigração prevê os seguintes crimes:

- a) A utilização, de forma habitual, do trabalho de imigrantes em situação ilegal (sem autorização de residência ou visto que habilite a uma permanência legal), punida com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias⁷⁰.
- b) A utilização, em simultâneo, de um número significativo de trabalhadores imigrantes em situação irregular, punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias⁷¹.
- c) A utilização do trabalho de imigrante em situação ilegal, que seja menor de idade, punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias⁷².
- d) A utilização do trabalho ou serviços do trabalhador imigrante em situação irregular, quando o empregador ou utilizador tem conhecimento de que este é vítima do crime de tráfico de pessoas, punida com pena de prisão de dois a seis anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal, nomeadamente do artigo 160.º do Código Penal.

70 Artigo 185.º-A, n.º 1, da Lei de Imigração.

71 Artigo 185.º-A, n.º 2, da Lei de Imigração.

72 Artigo 185.º-A, n.º 3, da Lei de Imigração.

Em caso de reincidência, os limites mínimos destas penas são elevados de um terço, não podendo a agravação exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores⁷³.

O artigo 185.º-A da Lei de Imigração transpõe incorretamente o artigo 9.º da Diretiva, pois limita-se a um “copy paste” mais ou menos atabalhoado e incompleto, sem a devida densificação normativa, justificada pela utilização pelo legislador comunitário de conceitos demasiado indeterminados⁷⁴.

Em primeiro lugar, o crime previsto no artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva (emprego de trabalhador imigrante em condições particularmente abusivas) não foi transposto para a ordem jurídica nacional como crime autónomo. De acordo com n.º 4 do artigo 185.º-A da Lei de Imigração, a submissão do trabalhador imigrante em situação irregular a condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes⁷⁵ é apenas uma circunstância agravante dos crimes de utilização habitual deste tipo de trabalhadores, da sua utilização simultânea em número significativo ou da utilização do trabalho de um menor imigrante em situação irregular, caso em que a moldura penal é agravada para pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal (por exemplo, a escravidão prevista no artigo 159.º do Código Penal). Assim, quem empregar ocasionalmente um único imigrante em situação irregular, que seja maior de idade, mas o sujeito a condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes (mas que não consubstanciam escravidão) não é punível criminalmente à luz do artigo 185.º-A da Lei de Imigração, o que contraria o legislador comunitário que autonomizou este tipo legal de crime.

Em segundo lugar, o âmbito de aplicação pessoal dos crimes previstos no artigo 185.º-A da Lei de Imigração é definido de forma confusa. Enquanto que os seus n.ºs 1, 2 e 3 adotam o conceito mais abrangente de utilizador do trabalho do imigrante em situação irregular (que pode ser o empregador direto ou uma pessoa que utiliza esta mão de obra por força de um contrato que celebrou com o empregador), já o seu n.º 5 utiliza o termo “empregador ou utilizador do trabalho ou serviços”. Em qualquer caso, o conceito de “utilizador” é mais amplo, pois abrange o empregador direto (que por definição utiliza o trabalho de quem emprega) e aquele que, por força de um contrato com o empregador, utiliza o trabalho ou

73 Artigo 185.º-A, n.º 6, da Lei de Imigração e artigo 76.º, n.º 1, do Código Penal.

74 É o caso, por exemplo, do crime previsto no artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva, que não define o que deve ser considerado um número significativo de trabalhadores imigrantes em situação irregular, pelo que competia aos Estados-Membros determinar este conceito.

75 As condições de trabalho particularmente abusivas estão definidas no artigo 2.º, alínea g), da Lei de Imigração, como “... as que resultem de discriminações baseadas no género ou outras, que sejam manifestamente desproporcionais em relação às aplicáveis aos trabalhadores empregados legalmente e que, por exemplo, sejam suscetíveis de afetar a saúde e a segurança dos trabalhadores ou sejam contrárias à dignidade da pessoa humana”.

serviços do imigrante em situação irregular. Também não faria sentido criminalizar apenas as condutas abusivas do mero utilizador (que não empregador) e não as do empregador direto do trabalhador, tanto mais que sobre este recai a responsabilidade de controlar a regularidade da residência do estrangeiro que emprega. Assim, o âmbito de aplicação pessoal destas normas penais é mais amplo do que o previsto no artigo 9.º da Diretiva, já que não é apenas o empregador direto do imigrante em situação irregular nas circunstâncias previstas que é abrangido pela norma incriminadora, mas também o mero utilizador deste tipo de mão de obra que, por força de um contrato de prestação de serviços, de cedência ocasional ou temporária celebrado com o empregador, utiliza a força de trabalho do imigrante. Em qualquer caso, as condutas que se subsumem a estes tipos legais de crime só são punidas criminalmente quando praticadas com dolo, já que não está especialmente prevista na lei a sua prática com negligência⁷⁶.

Por fim, o artigo 185.º-A da Lei de Imigração não densifica os crimes de emprego ilegal continuado ou reincidente e de emprego simultâneo de um número significativo de trabalhadores imigrantes em situação ilegal, previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva, respetivamente. No primeiro caso, utiliza o conceito ambíguo “de forma habitual”, o que levanta a questão de saber se se criminaliza uma prática continuada ou meramente ocasional, mas reiterada. No segundo, transcreve aquela disposição da Diretiva sem definir o que se entende por emprego de “um número significativo” de trabalhadores nesta situação. Será superior a um determinado número, seja ele qual for, ou superior a uma determinada percentagem do total dos trabalhadores da empresa? Esta falta de densificação não é compatível com o princípio da legalidade do Direito Penal, consagrado no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 1.º do Código Penal, pois dele também decorre o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, que impõe que a lei penal seja precisa e não utilize conceitos muito vagos e indeterminados, impossibilitando, assim, interpretações e aplicações demasiado subjetivas.

D. Proteção do trabalhador imigrante em situação irregular

As medidas de proteção do trabalhador imigrante em situação irregular constam dos artigos 198.º-A e 198.º-B da Lei de Imigração.

O direito do trabalhador imigrante em situação irregular à remuneração, incluindo as despesas da sua remessa para o país ao qual regressou, voluntária ou coercivamente, decorre do regime de responsabilidade solidária do empregador, do utilizador ou do empregado geral previsto no artigo 198.º-A, n.º 5, alíneas a) e e), da Lei de Imigração. O artigo

76 Cfr. Artigo 13.º do Código Penal.

198.º-A, n.º 8, da Lei de Imigração também estabelece a presunção ilidível pelo trabalhador ou pelo empregador, de que a remuneração devida corresponde, no mínimo, à retribuição mínima mensal garantida por lei ou por convenção coletiva (ou resultante da prática do setor) por um período de, pelo menos, 3 meses. Não foi, portanto, além do mínimo de proteção imposto pelo artigo 6.º da Diretiva.

Para assegurar a efetivação deste direito, a Lei de Imigração introduz, no entanto, medidas específicas. Em primeiro lugar, o incumprimento da obrigação solidária de pagamento dos créditos salariais e das despesas de envio das respetivas verbas para o país ao qual o trabalhador imigrante regressou é uma contraordenação muito grave nos termos do Código do Trabalho⁷⁷. Em segundo lugar, a nota de liquidação dos créditos salariais, efetuada no processo de contraordenação contra o empregador, constitui título executivo. Permite-se, assim, uma ação executiva para pagamento de quantia certa, sem necessidade de prévio processo declarativo para obtenção de uma sentença condenatória⁷⁸.

Os sindicatos, as associações de imigrantes reconhecidas pelo Alto Comissariado para as Migrações (ACM)⁷⁹ e outras entidades com atribuições ou atividades no domínio da integração de imigrantes têm a possibilidade de denunciar à ACT o empregador ou utilizador da atividade de um imigrante em situação irregular, nomeadamente pela falta de pagamento de salários, pela existência de uma relação laboral que revele condições de desproteção social, exploração ou condições de trabalho particularmente abusivas⁸⁰. Também as organizações que, estatutariamente, tenham a missão de defesa dos direitos e interesses dos imigrantes, de proteção de menores ou de defesa dos interesses dos imigrantes contra a discriminação no que diz respeito ao acesso ao emprego, à formação ou às condições de trabalho têm legitimidade processual ativa para intervir, em representação ou como assistentes do imigrante, desde que por este expressamente autorizadas⁸¹.

O direito de apresentar denúncias ou de se fazer representar por terceiros para, por exemplo, intentar uma ação executiva de cobrança de créditos salariais, pode ser exercido mesmo que o imigrante tenha saído voluntariamente do território nacional ou sido afastado do território nacional, devendo, por isso, dele ser informado pelo SEF com a notificação de afastamento coercivo⁸².

77 Artigo 198.º-A, n.º 9, da Lei de Imigração

78 Artigo 198.º-A, n.º 10, da Lei de Imigração.

79 O reconhecimento destas associações é regido pela Lei n.º 115/98, de 3 de agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro.

80 Artigo 198.º-B, n.º 1, da Lei de Imigração.

81 Artigo 198.º-B, n.º 2, da Lei de Imigração.

82 Artigo 198.º-B, n.ºs 3 e 4, da Lei de Imigração.

Por fim, o artigo 122.º, n.º 1, al. m), da Lei de Imigração prevê a concessão de autorização de residência ao trabalhador imigrante em situação irregular que seja menor de idade ou tenha, comprovadamente (pela ACT), sido sujeito a condições de desproteção social, de exploração laboral (em termos de remuneração ou de horário de trabalho) ou de condições de trabalho particularmente abusivas, se colaborar com as autoridades competentes para a investigação deste tipo de infração penal (o SEF, entre outras) ou para a instauração do processo contraordenacional (o SEF). Esta autorização de residência vai permitir-lhe o exercício de uma atividade laboral ou independente em Portugal e impede a expulsão administrativa⁸³. Pode ser renovada nos termos gerais e, ao fim de cinco anos, converter-se numa autorização de residência permanente ou no estatuto de residente de longa duração, que lhe confere uma proteção acrescida contra a expulsão judicial⁸⁴. Este regime é mais favorável do que aquele que decorre da Diretiva.

E. Inspeções

O artigo 198.º-C da Lei de Imigração impõe ao SEF a realização de inspeções regulares para controlar o emprego de imigrantes em situação irregular, com base numa avaliação de risco, por setor de atividade. Até ao dia 1 de julho de cada ano, o relatório final das inspeções referentes ao ano anterior deve ser comunicado à Comissão Europeia.

De acordo com o relatório de 2014 da Comissão Europeia⁸⁵, em 2012, apenas 1,09% dos empregadores foram fiscalizados em Portugal e 0,25% dos trabalhadores inspecionados eram imigrantes em situação irregular, o que reflete a tendência registada nos outros Estados-Membros, incluindo aqueles que tiveram uma atividade inspetiva mais intensa. A percentagem de imigrantes em situação irregular detetados em relação ao número total de trabalhadores foi, em geral, muito diminuta, indo dos 0% na Estónia aos 0,41% na Bélgica⁸⁶.

Nos últimos anos, o SEF reduziu o número de inspeções, embora as tenha intensificado nos setores de atividade de maior risco de emprego de imigrantes em situação irregular, o que conduziu ao aumento de deteções. Assim, em 2015, o número total de inspeções do SEF sofreu uma redução em relação ao ano transato, mas o seu reforço nos setores agrícola e da restauração conduziu a um aumento significativo do número de trabalhadores imigrantes em situação irregular identificados (13,1% e 38,4%, respetivamente)⁸⁷. Em 2016, o número total de inspeções voltou a decrescer, mas a sua concentração nos setores de risco possibi-

83 Artigos 83.º e 145.º da Lei de Imigração.

84 Artigo 75.º, 78.º, 80.º, 125.º, 136.º, 145.º, e 151.º da Lei de Imigração.

85 COM (2014) 286 final, de 22 de maio de 2014.

86 *Idem*, p. 17, quadro 3.

87 PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2015. Disponível em: www.sef.pt.

litou, em relação ao ano transato, um aumento significativo do número de imigrantes em situação irregular detetados, em especial no setor hoteleiro (+ 185,4%) e no setor da construção civil (+ 293,8%)⁸⁸. Atendendo a um princípio de eficácia na utilização dos recursos, esta abordagem de centrar a atividade inspetiva nos setores de atividade de risco tem-se revelado profícua.

VI. Aspetos críticos da Diretiva 2009/52/CE

A. Relação entre emprego ilegal e irregularidade migratória

Um primeiro aspeto crítico da diretiva é a forte conexão que estabelece entre emprego ilegal e irregularidade da imigração, o que desconsidera as diferenças e complexidades próprias de ambos os fenómenos.

Por outro lado, esta conexão levanta dúvidas quanto à base legal correta da Diretiva. Com efeito, embora o seu objetivo seja a luta contra a imigração irregular, a Diretiva tem uma forte incidência sobre a regulação do emprego e no combate ao emprego ilegal, que é um fenómeno mais amplo. Por isso, esta iniciativa legislativa deveria basear-se naquelas disposições do Tratado relativas à política de emprego e assuntos sociais da UE e não nas que fundamentam a sua política de imigração. Em primeiro lugar, porque o seu objetivo é a proibição de emprego ilegal e os empregadores são os seus principais destinatários. Em segundo lugar, porque também contém medidas que visam combater a exploração laboral, um fenómeno que afeta outros trabalhadores, igualmente merecedores de proteção⁸⁹.

B. A “externalização” ou “privatização” da política de imigração

A obrigação de controlo da regularidade migratória dos trabalhadores imigrantes imposta aos empregadores (em regra, entidades privadas) transfere para estes o ónus e os encargos administrativos de uma função tipicamente estadual: a gestão e o controlo dos fluxos migratórios⁹⁰. É, assim, um instrumento de “externalização” ou “privatização” da política de imigração que, para além das dúvidas conceptuais que levanta, pode ter efeitos perversos.

88 PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016. Disponível em: www.sef.pt.

89 Assim CARRERA, Sergio; GUILD, Elspeth – An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants – Some Reflections on the Scope, Features & Added Value. In CEPS Policy Brief. Brussels. N.º 140, August, 2007, p. 3.

90 Assim, também, BLOCH, A., McKAY, S., *op. cit.*, p. 39; WIESBOCK, Anja – The Evolution of EU Migration Policies: Towards a Balanced, Comprehensive, and Common Approach?. In *Adjusting to a World in Motion – Trends in global Migration and Migration Policy*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 173; CARRERA, Sergio, ELSPETH GUILD, Elspeth, *op. cit.*, p. 5.

Por exemplo, a Diretiva de 2001 sobre sanções contra as empresas de transporte que transportem nacionais de países terceiros sem a necessária autorização para entrar no território dos Estados-Membros tem como consequência impedir a entrada de imigrantes em situação ilegal, mas também de refugiados, anulando o seu direito fundamental a procurar asilo na UE. Nem a garantia prevista no artigo 31.º da Convenção de Genebra, de que o refugiado não pode ser penalizado pela entrada e permanências irregulares, nem o princípio do *non refoulement*, que impede um Estado de o afastar para o território de outro, onde possa sofrer perseguição ou tratamento desumano ou degradante, servem de proteção, quando a transportadora recusa o seu embarque, porque não tem visto ou outro documento necessário para entrar na UE, impossibilitando-lhe, assim, o exercício do direito fundamental a procurar asilo, protegido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pelo Direito da UE⁹¹.

Também a Diretiva em análise pode ter como efeito dissuadir a contratação de qualquer trabalhador estrangeiro, em situação regular ou não, agravando assim a vulnerabilidade que, em regra, atinge os imigrantes.

C. Um instrumento eficaz para combater a exploração laboral e a imigração clandestina?

Um aspeto positivo da Diretiva é o direito do imigrante em situação irregular à recuperação de créditos laborais e à representação ou assistência por terceiros (sindicatos, ONG's) nas ações que intentem contra os empregadores. No entanto, estas medidas apenas se aplicam aos imigrantes em situação irregular e não às demais pessoas vulneráveis, como os imigrantes com permanência legal, requerentes de asilo e até cidadãos da UE, que também são vítimas de empregadores sem escrúpulos. De um ponto de vista do princípio da igualdade, as medidas de proteção contra exploração laboral terão um âmbito demasiado restrito.

Por outro lado, também é questionável a eficácia da Diretiva para combater a exploração laboral, pois esta depende de mecanismos eficazes que permitam ao imigrante denunciar este tipo de situação, sem receio de ser expulso e perder os seus meios de subsistência⁹². Um imigrante em situação irregular que tem trabalho, por pior que seja, não vai correr o risco de denunciar o seu empregador, se tal significar a perda da sua subsistência e a sua sujeição a um processo de expulsão e, eventualmente, a detenção. Por isso, a regularização da sua situação documental é um forte incentivo à denúncia e, com isso, ao combate à

91 Cfr. SOUSA, Constança Urbano de - Taking the Bogus out of the Discourse concerning Asylum. In Justice and Home Affairs in the EU - Liberty and Security Issues after Enlargement. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 278 e seg.

92 Cfr. CARRERA, Sergio, GUILD, Elspeth, op.cit., p. 6.

exploração laboral. Mas em relação a este aspeto, a Diretiva ficou aquém do que seria desejável. Em primeiro lugar, a concessão de autorização de residência ao trabalhador imigrante que denuncie o seu empregador é meramente facultativa para os Estados-Membros. Em segundo lugar, esta possibilidade só está aberta aos imigrantes que sejam menores de idade ou vítimas de condições de trabalho particularmente abusivas, ou seja, naqueles casos em que a situação configura um crime. Todos os demais imigrantes em situação irregular, que sejam maiores e vítimas de exploração laboral, que não se enquadre naquele conceito, não têm essa possibilidade à luz da Diretiva. Em terceiro lugar, esta autorização de residência só é válida se e enquanto durar o processo contra o empregador, ou seja, enquanto for útil ao Estado. Quando o deixar de ser, perde a autorização de residência e é expulso. Esta é uma visão utilitarista pouco consentânea com a proteção da dignidade da pessoa humana. Um imigrante é, antes de tudo, um ser humano e, nesta situação, um ser humano especialmente vulnerável, que deve ser protegido pelo Estado e não tratado como um instrumento útil de luta contra a imigração irregular. São, no entanto, normas mínimas europeias, que não prejudicam a possibilidade de os Estados-Membros adotarem normas mais favoráveis, como é o caso de Portugal.

Por fim, é duvidoso que sanções contra empregadores sejam eficazes para combater e impedir a imigração irregular. O argumento da Comissão Europeia de que o emprego ilegal é um fator de atração de imigração irregular e que sanções contra os empregadores reduzirá a imigração clandestina e a exploração laboral carece de comprovação e é contestado pela doutrina, por sindicatos e associações defensoras dos direitos dos imigrantes. Em especial, não é o emprego ilegal, em si, o fator de atração da imigração irregular, mas a existência de oportunidades de emprego, pelo que a prioridade deveria ser a criação de vias legais de imigração, a proteção dos direitos dos trabalhadores e uma luta mais determinada contra a exploração laboral, em geral⁹³. A este propósito, vale a pena recordar as palavras de François Crépeau, relator especial da ONU para os direitos humanos dos migrantes, em entrevista ao "The Guardian", de 22 de abril de 2015⁹⁴. Nessa entrevista, Crépeau considera que o grande fator de atração dos imigrantes em situação irregular é a existência, nos países europeus, de empregos mal remunerados nos setores da agricultura, construção ou

93 Cfr. CARRERA, GUILD, op.cit., p. 4; PEERS, op.cit., p. 423 e sgs.; SOOVA, Kadri; KEITH, Lilana; LEVOY, Michele; PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) – Position Paper: Impacts on Undocumented Migrant Workers' Rights in Four EU Countries. 2015. Disponível em www.picum.org, p. 2 e sgs.; ETUC (European Trade Union Confederation); PICUM; SOLIDAR – Commentaires communs sur les propositions de la Commission pour lutter contre l'emploi Illegal et les Conditions de Travail Abusives. Bruxelas, 26 de abril de 2007.

94 CRÉPEAU, François – Instead of resisting migration, let's organize it. [Consultado em: 07.04.2018]. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/uns-francois-crepeau-on-the-refugee-crisis-instead-of-resisting-migration-lets-organise-it>.

no serviço doméstico, pois “os migrantes não são estúpidos, não vão para lugares onde não têm emprego”.

Esta Diretiva é tributária de uma visão muito redutora do fenómeno da imigração irregular, que não tem em consideração a sua natureza complexa e multifacetada, já que a possibilidade de emprego (seja ele legal ou ilegal) é apenas um dos fatores determinantes da decisão de migrar (de forma regular ou não). Por outro lado, o fenómeno da imigração clandestina é, em grande medida, fomentado pela inadequação das normas migratórias à realidade social e económica, bem como pela ineficiência e burocracia dos Estados. Uma abordagem mais efetiva de luta contra a imigração clandestina não prescinde do estabelecimento de vias legais de imigração, que permitam aos empregadores contratar a mão de obra que necessitam e às pessoas a concretização de um projeto migratório sem recurso às redes criminosas de auxílio à imigração ilegal⁹⁵.

V. Conclusões

A redução do emprego ilegal, a luta contra a exploração laboral de imigrantes em situação irregular e, mais genericamente, a luta contra a imigração clandestina são objetivos legítimos e necessários. No entanto, a eficácia da Diretiva para os atingir pode ser questionada, não apenas por causa das suas deficiências ao nível normativo, mas também porque se baseia numa visão muito simplista e redutora do fenómeno migratório, que não tem em consideração a sua complexidade e a realidade da chamada economia paralela, que, muitas vezes, satisfaz as suas necessidades de mão de obra com recurso à imigração irregular.

É necessário perceber que a imigração irregular está estreitamente relacionada com a existência de regimes de imigração legal muito restritivos, burocráticos e pouco transparentes, que fomentam a ilegalidade, alimentam as redes criminosas de auxílio à imigração ilegal, aumentam a vulnerabilidade dos imigrantes à exploração laboral e não têm em consideração a realidade social e económica de uma Europa, que enfrenta os desafios de uma crise demográfica sem precedentes e da carência de mão de obra em diversos setores do mercado de trabalho.

Mais do que nunca, a criação de vias legais de imigração, simples e transparentes, que permitam aos empregadores contratar legalmente a mão de obra de que necessitam é essencial, não só para enfrentar o desafio demográfico e o envelhecimento da população europeia, mas também para prevenir e combater a imigração irregular, o que não prescindirá, naturalmente, de regimes sancionatórios fortes contra quem desrespeitar estas vias legais. Em qualquer caso, não se pode construir a casa pelo telhado!

.....
95 Assim, também, CARRERA, Sergio, GUILD, Elspeth, op.cit., pp. 5 e seg.

BIBLIOGRAFIA

- BLOCH, Alice; MCKAY, Sonia – Living on the margins, undocumented migrants in a global city. Bristol: Policy Press, 2016.
- CARRERA, Sergio; GUILD, Elspeth – An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants – Some Reflections on the Scope, Features & Added Value. In CEPS Policy Brief. Brussels. N.º 140, August, 2007, p. 1-11.
- COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, COM (2014) 286 final, de 22.5.2014.
- CRÉPEAU, François – Instead of resisting migration, let's organize it. [Consultado em: 07.04.2018]. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/uns-francois-crepeau-on-the-refugee-crisis-inste-ad-of-resisting-migration-lets-organise-it>.
- ETUC (European Trade Union Confederation); PICUM; SOLIDAR – Commentaires communs sur les propositions de la Commission pour lutter contre l'emploi Illegal et les Conditions de Travail Abusives. Bruxelas, 26 de abril de 2007.
- GUILD, Elspeth; MINDERHOUD, Paul (Ed.) – Immigration and Criminal Law in the European Union, The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2006.
- PARKIN, Joanna – The criminalisation of Migration in Europe, A State-of-the-Art in the Academic Literature and Research. In CEPS Paper in Liberty and Security in Europe. Brussels. ISBN 978-94-6138-361-7. N.º 61, October 2013.
- PEERS, Steve – Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law – Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employers Sanctions Directives. In European Journal of Migration and Law. Leiden. ISSN 1571-8166. N.º 11, 2009, p. 387-426.
- PORTUGAL. Autoridade para as Condições de Trabalho – Comunicação de contrato com trabalhador estrangeiro. [Consultado em: 20 de Abril de 2018]. Disponível em: [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx).
- PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2015. Disponível em: www.sef.pt.
- PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016. Disponível em: www.sef.pt.
- SOOVA, Kadri; KEITH, Lilana; LEVOY, Michele; PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) – Position Paper: Impacts on Undocumented Migrant Workers' Rights in Four EU Countries. 2015. Disponível em www.picum.org.
- SOUSA, Constança Urbano de – Taking the Bogus out of the Discourse concerning Asylum. In Justice and Home Affairs in the EU – Liberty and Security Issues after Enlargement. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004, p. 275-280.
- WIESBOCK, Anja – The Evolution of EU Migration Policies: Towards a Balanced, Comprehensive, and Common Approach?. In Adjusting to a World in Motion – Trends in global Migration and Migration Policy. New York: Oxford University Press, 2016, p. 159-187.

Fluxos migratórios forçados e cultura de paz: um contributo hipotético baseado na educação como pilar da democracia e na solução alternativa à crise do estado assistencialista

Forced migratory flows and culture of peace: a hypothetical contribution based on education as a pillar of democracy and alternative solution to the crisis of the welfare state

ALEX SANDER XAVIER PIRES¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro - 30th June Junho 2018 · pp. 66-87
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.5>
Submitted on April 23th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 23 de Abril, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

I. Introdução

Percebe-se, como de trato comum, que a mobilidade de pessoas entre regiões e países, forçada ou voluntária, é fruto da história imemorial do Homem, sendo que a intensificação nos últimos anos passou a ser considerada um fator de aversão social, de instabilidade política interna, e de preocupação para fins de cooperação e integração internacionais, quando referentes à situações pontuais, como no caso de acolhimento de refugiados.

Dentre as inúmeras justificativas para a resistência, às vezes violenta, ao acolhimento de refugiados, destacam-se: a política pública assistencialista que onera, sobremaneira, a população economicamente ativa, prejudicando o acesso equânime aos serviços públicos fundamentais; e o desrespeito, ainda que involuntário por desconhecimento, dos costumes locais que se espalha para um choque de cultura baseado na intolerância e na discriminação, cujos principais expoentes são a desproporção no tratamento da liberdade religiosa no ambiente público, na inserção do mercado de consumo inspirado em práticas capitalista-ocidentais, e na intangível relativização do cumprimento da lei local tomada em sentido amplo ante à interpretação e adoção pelos valores apreendidos no país de origem.

1 Pós-Doutor em Direito (Portugal), Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Argentina), Doutor em Ciência Política (Brasil), Docente do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Investigador do Centro de I&D em Direito Ratio Legis da Universidade Autónoma de Lisboa (RL/UAL); e Investigador do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (CEDIS/FD/UNL).

Neste contexto, a atual agenda das Nações Unidas se preocupa com a crise da migração num mundo em mobilidade que precisa encontrar soluções para a fruição, harmônica e pacífica, dos fluxos migratórios, inspirada pela cooperação internacional voltada à cultura de paz e à persecução do desenvolvimento, em que o diálogo deve ser o instrumento de aproximação entre pessoas, povos, nações e Estados.

No âmbito do diálogo, a A/RES/71/249, de 22 de dezembro de 2016 (promoção do diálogo, da compreensão e da cooperação entre religiões e culturas em prol da paz), reverberando resoluções anteriores, promoveu o reconhecimento que o diálogo inspirado pela compreensão mútua entre religiões e culturas constitui dimensões importantes do diálogo entre civilizações e para a cultura da paz, além de lhe conceber a valiosa contribuição a promoção da coesão social, da paz e do desenvolvimento; premissa conducente a A/RES/72/136, de 11 de dezembro de 2017 (idem), responsável pela reafirmação da educação, em todos os níveis, como instrumento de seu fortalecimento.

Dentre os vários caminhos possíveis, a A/RES/71/8, aprovada em 16 de novembro de 2016, elevou a educação à condição de instrumento para fomento de uma participação política construtiva e inclusiva, em sua relação com o desenvolvimento humano, de igual forma que contribuiu para o fortalecimento da democracia, da boa governança e do Estado de direito em todos os níveis.

A recomendação em nível de cooperação internacional somente será bem sucedida se houver o comprometimento e atuação de todos os indivíduos, agentes, organismos e poderes públicos. Neste âmbito, em vias de contribuir para a solução da crise, propõe-se a adoção, ainda em nível hipotético, da mediação intercultural a ser praticada em centros de instrução vinculados à universidades ou instituições de ensino similares, com o apoio do poder público para a migração, dedicada ao resgate do núcleo duro da democracia, com o tríplice objetivo de: instruir o imigrante sobre os costumes locais mediante a inserção social e a capacitação profissional; aproximar a sociedade civil do imigrante; e, intermediar as relações com o poder público.

Para consecução de seus fins, a mediação intercultural, inspirada pelos valores do respeito entre os iguais e do trabalho garantidos pela educação, perseguirá, como competências, a inserção social (possível pelo conhecimento da cultura local, especialmente pelo domínio do idioma, do trato social e dos costumes locais a serem respeitados, tanto no âmbito da liberdade religiosa como do ambiente de consumo e de cumprimento espontâneo das leis) e a capacitação profissional baseada na dignidade da pessoa humana (focada na incorporação no mercado de trabalho, mediante o aprendizado de ofício ou profissão que permita a geração de riqueza que justifique a justa remuneração; além de facultar ao

imigrante a opção pela absorção no mercado de trabalho interno sem oneração do poder público, ou o estímulo do regresso ao país de origem para sua reconstrução²).

Percebe-se que a adoção da mediação intercultural inspirada pelos valores do respeito e do trabalho pode contribuir, pelo viés da educação, para o resgate da democracia, ainda que se conceba que não existe um modelo único pertencente a um país ou região, mas que lhe garante o valor universal baseado na vontade livremente expressada pelos povos de determinar seu próprio sistema político, econômico, social e cultural; que, neste domínio, pressupõe um diálogo de acolhimento em que o imigrante conheça os valores democráticos locais que lhe permita a adaptação, o povo de acolhimento entenda os reais motivos do fluxo migratório (especialmente o forçado), e o Estado cumpra o dever humanitário internacional (acolhimento do migrante) favorecendo o fortalecimento da democracia. Tem-se, assim, a contribuição para preservação do núcleo duro da democracia, tanto por conhecimento da orientação das políticas públicas e dos ativismos sociais como de fortalecimento da premissa que todos os indivíduos devem ter a livre e a igual capacidade de decidir, pelas vias representativas legítimas, quais os bens sociais que pretendem acessar de forma equânime.

Assim, a presente comunicação pretende introduzir a semente de um projeto baseado na criação de “centros de instrução”³ fundados na mediação intercultural que tem na educação sua diretriz, e nos princípios do respeito entre os iguais e dos valores sociais do trabalho sua fundação, tudo a ser aplicado no âmbito dos padrões normativos internacionais consagrados contemporaneamente pela Assembleia Geral das Nações Unidas; e, dentre os resultados esperados, a desoneração do Estado assistencialista.

II. Microssistema Conducente ao Direito à Paz

Os “centros de instrução” foram idealizados para atuar e fortalecer o microssistema de Direito à Paz nos limites da A/RES/71/189, com a seguinte leitura:

2 Fala-se, aqui, de estímulo ao repatriamento espontâneo do imigrante desvelado pelo interesse, íntimo e pessoal, de reconstrução física, moral, política e econômica, do Estado de origem.

3 A expressão “centros de instrução” é pobre de conteúdo e pode inculcar um juízo impróprio de valor que não pertence a finalidade do presente modelo, ao que, talvez, a denominação “centros de educação” fosse mais adequada. Feita a ressalva, adota-se a expressão em tom provisório sob a ideia que a educação deve contribuir para frear a crise da imigração num ambiente de políticas internacionais e nos limites da lei sob orientação de seus princípios.

A. Carta das nações unidas: fundamentos, propósitos e princípios inspiradores da declaração sobre o direito à paz

A Declaração sobre o Direito à Paz começa por determinar que os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas (U.N. Charter ou Charter of the United Nations)⁴, de 26 de junho de 1945, devem servir de guia para interpretação e aplicação do conteúdo normativo, de sorte que os objetivos da Carta conjugados com a observância e aplicação dos mecanismos para consecução da finalidade do instrumento passam a integrar o sistema de aplicação da Declaração.

Lembra-se, por oportuno, que a Carta das Nações Unidas traz como finalidade: a) a preservação das gerações futuras do flagelo da guerra; b) a reafirmação dos direitos fundamentais, da dignidade do ser humano, e da igualdade de direitos⁵; c) o estabelecimento de condições para a concretização da justiça, e de bases para o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional; e, d) a promoção, inspirada pelo princípio da liberdade mais ampla, para o progresso social, e para melhores condições de vida.

Outrossim, são mecanismos antevistos na Carta para consecução das finalidades: a) prática da tolerância; b) convívio em paz por inspiração das práticas de boa vizinhança; c) busca da manutenção da paz; d) persecução da segurança internacional; e) reconhecimento, em nível de garantia, de uso consciente e limitado das forças armadas; e, f) emprego de mecanismos internacionais para promoção do progresso econômico e social de todos os povos.

No âmbito dos propósitos, determina a Carta das Nações Unidas: a) a manutenção da paz e da segurança, internacionais⁶ (U.N Charter, art. 1, 1, primeira parte); b) o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações em vias de fortalecer a paz universal⁷ (U.N Charter, art. 1, 2, primeira parte); c) a consecução da cooperação internacional para resolução dos problemas de caráter econômico, social, cultural, ou humanitário (U.N Charter, art. 1, 3, primeira parte); d) a consecução da cooperação internacional para promoção e estímulo do respeito aos direitos humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (U.N Charter, art. 1, 3, segunda parte); e) a consecução da cooperação internacional para

4 Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/UNChartercharter.pdf>

5 Igualdade de direitos, tanto dos homens entre si (leia-se, também, entre homens e mulheres), como das nações, grandes e pequenas.

6 Para manutenção da paz e da segurança internacionais deve-se “tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz” (UN CHARTER, art. 1, 1, *in fine*).

7 Para o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações em vias de fortalecer a paz universal, consigne-se o “respeito ao princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos”, além de outras medidas apropriadas (UN CHARTER, art. 1, 1, *in fine*).

promoção e estímulo do respeito às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (U.N Charter, art. 1, 3, terceira parte); e, f) a assunção de “centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução” dos objetivos comuns (U.N Charter, art. 1, 4).

Ademais, as Nações Unidas, além de coactar os Estados não Membros a observância dos preceitos para manutenção da paz e da segurança internacionais (U.N Charter, art. 2, 6) e garantir a não intervenção ou a obrigação de submissão em assuntos concernentes aos interesses essencialmente da jurisdição dos Membros (U.N Charter, art. 2, 7), prevê os seguintes princípios, sem prejuízo de outros: a) igualdade de todos os seus membros (U.N Charter, art. 2, 1); b) boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas no âmbito da Carta (U.N Charter, art. 2, 2); c) resolução pacífica das controvérsias internacionais (U.N Charter, art. 2,3); d) vedação a prática da ameaça, nas relações internacionais, entre Estados (U.N Charter, art. 2, 4, primeira parte); e) vedação do uso da força “contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado” (U.N Charter, art. 2, 4, segunda parte); f) vedação de práticas incompatíveis com os propósitos das Nações Unidas (U.N Charter, art. 2, 4, *in fine*); g) prestação de assistência em qualquer ação tomada em função da Carta (U.N Charter, art. 2, 5, primeira parte); e, h) abstenção de prestar auxílio a qualquer Estado que esteja sobre interferência, preventiva ou coercitiva, das Nações Unidas (U.N Charter, art. 2, 5, *in fine*).

B. Direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, civis, políticos e ao desenvolvimento, complementares a formação de um microsistema de direito à paz

A reboque da Carta das Nações Unidas, a Resolução n.º 71/189 (A/RES/71/189) faz referência, sem prejuízo de outros diplomas, à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸ [*rectius*, do Homem] (UDHR – *Universal Declaration of Human Rights*), ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICCPR – *International Covenant on Civil and Political Rights*)⁹, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICESCR – *International Covenant*

8 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/3/217A (versão em inglês e francês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/3/217A (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/046/82/IMG/NR004682.pdf?OpenElement>.

9 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/007/35/IMG/NR000735.pdf?OpenElement>.

on Economic, Social and Cultural Rights)¹⁰, à Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DRD – *Declaration on the Right to Development*)¹¹, e à Declaração e ao Programa de Ação de Viena (VDPA – *Vienna Declaration and Programme of Action*)¹²; cada Diploma responsável por reafirmar os propósitos e os princípios da Carta em seus domínios específicos.

A incorporação dos Diplomas permite inferir um microsistema de Direito à Paz que não é casual, senão de fortalecimento dos princípios, normas e propósitos, instituídos pela Carta das Nações Unidas, especialmente com a previsão do art. 55 – na leitura sistemática que lhe dão o art. 56 c/c art. 1 – , ao reconhecer a necessidade da busca das condições favoráveis à estabilidade e ao bem-estar conducentes às relações pacíficas e amistosas entre as nações num ambiente de preservação dos princípios da igualdade de direitos e do princípio da autodeterminação dos povos, enquanto compromisso de todos os Membros das Nações Unidas agirem em cooperação ou individualmente (U.N Charter, art. 56¹³).

Para consecução deste múnus, conclamou-se o favorecimento: a) dos “níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social” (U.N Charter, art. 55, a); b) da “solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos” (U.N Charter, art. 55, b, primeira parte), além da “cooperação internacional, de caráter cultural e educacional” (U.N Charter, art. 55, b, segunda parte); e c) do “respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (U.N Charter, art. 55, c).

Com a instauração do microsistema, a liberdade, a justiça e a paz no mundo, enquanto princípios e propósitos das Nações Unidas, se amalgamam para recrudescer, a um só tempo, a dignidade do ser humano, o acesso à direitos iguais e inalienáveis, bem como a manutenção da paz e das relações amistosas entre os Estados, distribuídos amplamente em

10 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/007/35/IMG/NR000735.pdf?OpenElement>.

11 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/41/128 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/496/36/IMG/NR049636.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/41/128 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/502/78/IMG/NR050278.pdf?OpenElement>.

12 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/CONF.157/24 (Parte I) (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/853/46/PDF/G9385346.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/CONF.157/24 (Parte I) (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/853/49/IMG/G9385349.pdf?OpenElement>.

13 UN CHARTER, art. 56. “Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação como esta, em conjunto ou separadamente”.

nível de Direitos Humanos, de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de Direitos Cíveis e Políticos, e de Direito ao Desenvolvimento.

Os Direitos Humanos, no âmbito da Declaração Universal (A/RES/3/217A), partem da premissa ideológica que os seres humanos devem ser libertados do medo e da miséria para desfrutarem da liberdade plena¹⁴ – com ênfase na liberdade de expressão e na liberdade religiosa – basilar da dignidade e do acesso aos direitos iguais e inalienáveis; para desembocar na premissa normativa, pela qual os direitos humanos devem ter garantia em norma jurídica que reconheça tais direitos, com igual valor entre homens e mulheres, na preservação da dignidade da pessoa humana, e na promoção do progresso social e da elevação do nível de vida inspirados na liberdade mais ampla. Eis o que se pode chamar de concepção comum dos direitos e liberdades.

Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e os Direitos Cíveis e Políticos, ao partirem das mesmas premissas (ideológica e normativa que jungidas formam a concepção comum de direitos e liberdades) e ao ratificarem os princípios e os propósitos da Carta das Nações Unidas, já sobre a leitura dos Direitos Humanos que lhes passa a condição de fundamentais¹⁵ a que são consequentes e complementares, admitem dúplice proposição: a) a Declaração Universal de Direitos Humanos só pode realizar seu objetivo de garantir ao ser humano a condição de livre do medo e da miséria, ao criar condições de cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como dos direitos cíveis e políticos¹⁶; e, b) há o dever, comum e recíproco, dos Estados e dos indivíduos, em, além de respeitar a Declaração Universal de Direitos do Homem e a Carta, promoverem o acesso aos direitos (especialmente os humanos em igualdade e respeito à dignidade) e às liberdades (eminentemente as fundamentais)¹⁷, convergindo-os a cultura da paz e ao fortalecimento de seu direito adjeto.

14 Liberdade plena assume a acepção de liberdade política, no sentido de acesso a direitos, cumprimento de deveres, e garantia, inclusive judiciária, de proteção e incorporação de direitos que foram injustificadamente obstados; mas, também, de indivíduo livre do medo e da miséria.

15 Veja-se, por exemplo, a igualdade de direitos entre homens e mulheres (UDHR, art. 1 c/c art. 2 c/c art. 7 [dentre tantos]; ICESCR, art. 3; ICCPR, art. 2 c/c art. 3 c/c art. 26), a autodeterminação dos povos (UDHR, art. 21; ICESCR, art. 1; ICCPR, art. 1), e direito à educação como mecanismo de manutenção da paz (UDHR, art. 26; ICESCR, art. 13).

16 “Reconhecendo que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se pode realizar o ideal de ser humano livre, liberto do medo e da miséria, a menos que seja criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos cíveis e políticos”; em tradução livre de “Recognizing that, in accordance with the *Universal Declaration of Human Rights*, the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/005/03/IMG/NR00503.pdf?OpenElement>).

17 “Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades humanas [...] Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres oponíveis a outros e à comunidade a que pertence, está obrigado a buscar a efetividade e a observância dos direitos reconhecidos

Sequencial e integradamente, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, além de reafirmar os direitos, princípios, e propósitos anteriores, cuidou de regulamentar o Direito ao Desenvolvimento¹⁸ que tem na paz e na segurança internacionais¹⁹ seus elementos essenciais. Destarte, fala-se de um direito humano inalienável em que todos²⁰, seres humanos e povos, podem participar em vias de se promover o desenvolvimento econômico, social, cultural e político, que favoreça a fruição dos direitos humanos e das liberdades fundamentais²¹ (DRD, art. 1, 1), bem como a plena realização do direito dos povos à autodetermi-

.....
neste Pacto"; em tradução livre de "Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and freedoms, [...] Realizing that the individual, having duties to other individuals and to the community to which he belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognized in the present Covenant" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/21/2200 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>.

- 18 Integram a análise do Direito ao Desenvolvimento, além da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (A/RES/41/128), a Declaração do Milênio das Nações Unidas (A/RES/55/2 - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/55/2 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/51/PDF/N0055951.pdf?OpenElement>; ou ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/55/2 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (A/RES/70/1 - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/70/1 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1; ou ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/70/1 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/70/resolutions.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&referer=http://www.un.org/en/ga/70/resolutions.shtml&Lang=S), Documento final da Cúpula Mundial de 2005 (A/RES/60/1 - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/60/1 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>; ou ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - A/RES/60/1 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/63/PDF/N0548763.pdf?OpenElement>.
- 19 O estabelecimento, a manutenção e o fortalecimento da paz e da segurança internacionais mantém-se como dever do Estado, com a orientação que promovam, ordenada e eficazmente, o desarmamento cujos recursos devem ser revertidos para o desenvolvimento global e as boas práticas da Declaração (DRD, art. 7).
- 20 O sujeito central do desenvolvimento é a pessoa humana, sendo certo que todo o processo global deve rodeá-la, isto é, deve ser o sujeito ativo e a beneficiária do desenvolvimento (DRD, art. 2, 1). Nesta condição de participação ativa, os seres humanos têm dupla responsabilidade, individual (para consigo mesmo, de buscar o desenvolvimento, via concretização dos direitos humanos e gozo das liberdades fundamentais) e coletiva (representada pelo dever perante seus pares, de respeitar o palco de realização dos direitos humanos e a fruição das liberdades fundamentais), de promover e proteger a ordem política, social e econômica condizente com o desenvolvimento (DRD, art. 2, 2).
- 21 Os Estados têm o direito de formular as políticas públicas de desenvolvimento adequadas às suas realidades, mas limitadas pelo dever de: a) perseguir a finalidade de melhorar constantemente o bem-estar da população inteira (DRD, art. 2, 3); b) criar condições nacionais e internacionais favoráveis a realização do direito ao desenvolvimento (DRD, art. 3, 1); c) observar os princípios de direito internacional referentes as relações de amizade e de cooperação entre os Estados conforme a Carta das Nações Unidas (DRD, art. 3, 2); d) cooperar mutuamente para o sucesso do desenvolvimento e a eliminação dos obstáculos em nível interno (DRD, art. 3, 3), e também, internacional (DRD, art. 4, 1); e) cooperação com outros Estados, em vias de adotar medidas enérgicas para eliminação das violações maciças e patentes dos direitos humanos (DRD, art. 5), bem como a promoção, fomento e reforço ao respeito universal e a observância de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem distinção de qualquer espécie (DRD, art. 6, 1), e a adoção de medidas voltadas à eliminação dos obstáculos ao desenvolvimento resultantes da inobservância dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais

nação com a faculdade, a ele inerente, de optar pelas disposições de direitos humanos que melhor lhes aprouver (DRD, art. 1, 1).

Inspirada na necessidade de estimular a tarefa global de promoção e proteção de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais em vias de garantir o pleno e universal acesso a esses direitos e liberdades, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 1993, a Declaração e o Programa de Ação de Viena.

Num texto denso e incisivo, pode-se perceber, em estrutura bem definida²², a ênfase nas seguintes premissas: a) concepção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais como patrimônio inato de todos os seres humanos, cuja promoção e proteção é de responsabilidade dos governos; b) concepção dos direitos humanos como universais, indivisíveis, interdependentes e relacionados entre si; c) imposição à comunidade internacional do dever de tratar os direitos humanos de forma global e de modo justo, em nível de igualdade e mesmo peso; d) reconhecimento de que os esforços do sistema das Nações Unidas para alcançar o respeito universal, e a fruição dos direitos humanos conjuntamente com as liberdades fundamentais para todos, contribuem para a estabilidade e o bem-estar necessários para que hajam relações amistosas e pacíficas entre as nações e para que hajam melhores condições para a paz e para a segurança internacionais, além do desenvolvimento econômico e social; e) assunção de serem a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais conceitos interdependentes e que se fortalecem mutuamente; e, f) a assunção que o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais sem distinção constitui regra fundamental das normas internacionais de direitos humanos.

C. Instrumentos básicos para fortalecimento do microsistema de direito à paz

No âmbito da Resolução n.º 71/189, o Direito à Paz, dentre outros instrumentos, dá seguimento ao movimento instaurado pela Declaração sobre a Preparação das Sociedades para

.....
e culturais (DRD, art. 6, 3); e, f) estimular a participação popular em todas as esferas como fator importante para o desenvolvimento e para a plena realização de todos os direitos humanos (DRD, art. 8, 2).

22 A distribuição dos temas se deu em duas partes: uma, dedicada aos aspectos gerais e fundamentais que serviriam de base para o instrumento, com trinta e nove artigos; e, outra, distribuída em seis itens, a totalizar cem artigos, centrados em temas e questões pontuais, tais como o aumento da coordenação na esfera dos direitos humanos dentro do sistema das Nações Unidas, a igualdade, a dignidade e a tolerância (distribuída a abordagem sobre a temática do racismo, discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância, das minorias, das mulheres, das crianças, da proteção contra a tortura, do direito das pessoas com necessidades especiais), a cooperação, o desenvolvimento e o fortalecimento dos direitos humanos, a educação em matéria de direitos humanos, a aplicação e métodos de vigilância, e o prosseguimento da conferência mundial de direitos humanos.

Viver em Paz (A/RES/33/73)²³, pela Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11)²⁴, e pela Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz (A/RES/53/243)²⁵; cada um, sistematicamente, ligado à Carta das Nações Unidas, à Declaração Universal de Direitos Humanos, ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, naquilo que coadunam com o art. 1 c/c art. 55 c/c art. 56 da Carta das Nações Unidas, na leitura que lhes completam a Declaração sobre os princípios de Direito Internacional, especialmente os referentes às relações de amizade e de cooperação entre os Estados²⁶ (A/RES/25/2625)²⁷, bem como a Definição de Agressão²⁸ (A/RES/29/3314)²⁹.

-
- 23 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/33/73 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/360/91/IMG/NR036091.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/33/73 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/367/12/IMG/NR036712.pdf?OpenElement>.
- 24 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/39/11 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/459/88/IMG/NR045988.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/39/11 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/467/38/IMG/NR046738.pdf?OpenElement>.
- 25 Veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/53/243 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/43/PDF/N9977443.pdf?OpenElement>; ou, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/53/243 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/46/PDF/N9977446.pdf?OpenElement>.
- 26 Os princípios, nos termos da Resolução n.º 25/2625, são: a) o princípio de que os Estados devem abster-se, nas suas relações internacionais, da ameaça ou do uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado ou de qualquer outra forma incompatível com os objetivos das Nações Unidas; b) o princípio de que os Estados resolverão os seus litígios internacionais por meios pacíficos, de modo que a paz, a segurança e a justiça internacionais, não sejam postas em perigo; c) o dever de não intervir em questão de jurisdição interna de qualquer Estado, nos termos da Carta; d) o dever dos Estados de cooperar entre si em conformidade com a Carta; e) o princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos; f) o princípio da igualdade soberana dos Estados; e, g) o princípio de que os Estados devem cumprir de boa fé as obrigações assumidas por eles de acordo com a Carta.
- 27 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/3/217A (versão em inglês e francês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>.
- 28 Nos termos da Resolução n.º 29/3314, “agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas, conforme estabelecido na presente Definição” (art. 1), sendo certo que “Estado”, neste contexto, é concebido “sem prejuízo de questões de reconhecimento ou se um Estado é membro das Nações Unidas, [ou não]” (art. 1, a), e “inclui o conceito de ‘grupo de Estados’ quando apropriado” (art. 1, b). Propôs-se a tradução livre e pessoal de: “[Article 1] Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition. [Explanatory note: In this Definition the term ‘State:’] (a) Is used without prejudice to questions of recognition or to whether a State is a member of the United Nations; (b) Includes the concept of a ‘group of States’ where appropriate”.
- 29 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/29/3314. [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm>.

Na Declaração sobre a preparação das sociedades para viver em paz (A/RES/33/73), foram consignados os seguintes princípios: a) todos, nações e seres humanos, têm o direito imanente de viver em paz, independentemente das particularidades (art. 1); b) o planejamento, a preparação ou o início de uma guerra de agressão³⁰ constituem crimes contra a paz e são proibidos pelo direito internacional (art. 2 c/c art. 5, 2 da Resolução n.º 29/3314); c) os Estados, de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas, devem se abster de fazer propaganda a favor das guerras de agressão (art. 3); d) todo Estado, inspirado pela amizade, pelas práticas de boa vizinhança e independentemente de sua condição sócio-econômica particular, deve promover a cooperação, benéfica e equitativa, com outros Estados, nos planos político, econômico, social e cultural (art. 4); e) todo Estado deve respeitar o direito de todos os povos a autodeterminação, a independência, a igualdade, a soberania, a integridade territorial dos Estados e a inviolabilidade de suas fronteiras (art. 5); f) há que se eliminar a ameaça da corrida armamentista, ao mesmo tempo que se deve promover esforços para um desarmamento geral e completo, sob controle internacional (art. 6); g) todo Estado deve desestimular as manifestações e práticas de colonialismo, racismo, discriminação racial e *apartheid* (art. 7); e, h) todo Estado deve desestimular, igualmente, a promoção do ódio e do preconceito contra outros povos (art. 8).

A Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11) tem como característica o discurso direto sobre a necessidade de se prevenir uma catástrofe nuclear mundial mediante o estabelecimento de uma paz duradoura em todo o planeta, em vias de se preservar a existência e a civilização humana. Assim, o instrumento determina que todos os povos têm o direito sagrado à paz (art. 1), de igual modo que impõe a obrigação fundamental de todos os Estados garantirem este direito sagrado (art. 2), mediante a adoção de políticas públicas de eliminação da ameaça da guerra (especialmente a nuclear), da renúncia do uso da força nas relações internacionais, e da resolução pacífica das controvérsias de acordo com a Carta (art. 3).

A Declaração sobre uma Cultura de Paz (A/RES/53/243), inspirada e possibilitada pelo término da guerra fria, assenta-se em tríplice reconhecimento: a um, que as guerras nascem na mente dos seres humanos, de forma que é ali que se deve fortalecer a paz (premissa dantes declarada na Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura); a dois, a percepção que a paz, mais do que a simples ausência de conflito, requer um processo positivo, dinâmico e participativo, de promoção do diálogo em vias de se buscar a solução negociada em um espírito de entendimento e cooperação de todos os atores; e, a três, a concreta necessidade de se perquirir a eliminação de todas as formas de discriminação e intolerância.

.....
30 Dentre outros dispositivos, a agressão que denota a guerra tem previsão no art. 3 da Resolução n.º 29/3314.

Ademais, a Declaração assume que o sucesso na implementação da cultura de paz somente é possível pela disseminação de valores, atitudes, comportamentos, e estilos de vida dedicados exclusivamente ao fomento da paz entre as pessoas, os grupos e as nações (art. 2); sendo a educação, em todos os níveis e voltada a difusão dos direitos humanos, o meio fundamental para sua edificação (art. 4), enquanto todos devem se comprometer com o seu fortalecimento, ou seja, os governos têm a função primordial de promovê-la (art. 5), a sociedade civil tem o compromisso com o seu desenvolvimento pleno (art. 6), a grande mídia deve contribuir com a difusão da informação qualificada e educativa (art. 7), as Nações Unidas devem seguir com sua missão de desempenhar a função crítica conducente ao fortalecimento do movimento (art. 9), e os pais, professores, políticos, jornalistas, órgãos e grupos religiosos, intelectuais, todos os que realizem atividades científicas, filosóficas, criativas e artísticas, sanitaristas, humanitaristas, diretores de organizações governamentais e não governamentais, a quem assiste a função chave de promover a cultura de paz (art. 8).

Outrossim, a cultura de paz, enquanto conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida se baseia: a) no respeito a vida, no fim da violência, na promoção da prática de não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação (art. 1, a); b) no respeito aos princípios da soberania, da integridade territorial, da independência política dos Estados, e da não interferência nos assuntos eminentemente de jurisdição interna dos Estados (art. 1, b); c) no respeito irrestrito e na difusão dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 1, c); d) no compromisso com a solução pacífica de conflitos (art. 1, d); e) no esforço para satisfação das necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente (art. 1, e); f) no respeito e promoção do direito ao desenvolvimento (art. 1, f); g) no respeito e difusão da igualdade de direitos e oportunidades, especialmente entre mulheres e homens (art. 1, g); h) no respeito e promoção do direito de todas as pessoas as liberdades de expressão, de opinião e de informação (art. 1, h); e, i) na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações (art. 1, i).

D. Base normativa do direito à paz

Firmadas as bases ideológicas com assento, dentre outros³¹, na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis

.....
31 Por exemplo, a Declaração do Milênio (A/RES/55/2), a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (A/RES/70/1), o Documento Final da Cúpula Mundial 2005 (A/RES/60/1), A Declaração sobre os princípios de Direito Internacional, especialmente os referentes as relações de amizade e de cooperação entre os Estados (A/RES/25/2625), a Definição de Agressão (A/RES/29/3314), e a Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (A/RES/25/1514).

e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na Declaração e no Programa de Ação de Viena, na Preparação das Sociedades para Viver em Paz, na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, e na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz; a Declaração sobre o Direito à Paz (A/RES/71/189) passou a normatizar o tema, o que o fez em sintéticos cinco artigos.

Sem prejuízo da concepção de todos – Estados e seres humanos – terem o direito imamente de viver em paz, independentemente das particularidades (A/RES/33/73, art. 1), e que tal direito é sagrado (A/RES/39/11, art. 1), estendeu-se a interpretação para que acolhesse, também, o desfrute da paz, no sentido de promoção e proteção de todos os direitos humanos e o alcance do desenvolvimento pleno, para todos (A/RES/71/189, art. 1³²); o que seria possível com o respeito, a aplicação e a promoção da igualdade e da não discriminação, da justiça e do estado de direito, e da garantia contra o medo e a miséria, sem prejuízo de outros direitos avocados no âmbito da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e de instrumentos internacionais e regionais sobre a temática (A/RES/71/189, art. 5³³), alçados a condição de deveres oponíveis aos Estados (A/RES/71/189, art. 2³⁴), extensível as Nações Unidas e as agências/órgãos especializados nos limites de suas competências, responsabilidades e atuações (A/RES/71/189, art. 3).

Para cumprimento do dever de garantir o desfrute da paz no ambiente dos direitos humanos e na persecução do pleno desenvolvimento, os Estados, as Nações Unidas e as agências/órgãos especializados devem adotar medidas sustentáveis e adequadas a consecução do múnus; de igual forma que se conclama ao apoio e à assistência das organizações

32 “Artigo 1. Toda pessoa tem o direito de desfrutar da paz de modo que todos os direitos humanos sejam promovidos e protegidos e o desenvolvimento seja plenamente realizado”; tradução livre e pessoal de “Article 1. Everyone has the right to enjoy peace such that all human rights are promoted and protected and development is fully realized” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/189 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>.

33 “Artigo 2. Os Estados devem respeitar, implementar e promover a igualdade e a não-discriminação, a justiça e o Estado de Direito, e garantir o livramento do medo e da miséria como meio de construir a paz dentro das sociedades e entre elas”; tradução livre e pessoal de “Article 2. States should respect, implement and promote equality and non-discrimination, justice and the rule of law, and guarantee freedom from fear and want as a means to build peace within and between societies”. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>, último acesso em 20/04/2017.

34 “Artigo 5. Nenhuma disposição da presente Declaração será interpretada como contrária aos propósitos e princípios das Nações Unidas. As disposições incluídas na presente Declaração devem ser entendidas de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os instrumentos internacionais e regionais relevantes ratificados pelos Estados”; tradução livre e pessoal de “Article 5. Nothing in the present Declaration shall be construed as being contrary to the purposes and principles of the United Nations. The provisions included in the present Declaration are to be understood in accordance with the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and relevant international and regional instruments ratified by States” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/189 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>.

internacionais, regionais, nacionais e locais, bem como à sociedade civil (A/RES/ 71/189, art. 3³⁵). Em todos os casos a educação adequada e inspirada nos valores da tolerância, do diálogo, da cooperação e da solidariedade entre todos os seres humanos, deve servir de instrumento básico para a construção e fortalecimento do direito à paz (A/RES/71/189, art. 4³⁶).

III. Orientação da atual agenda das nações unidas ao acolhimento da educação para a democracia e da redução dos custos públicos no âmbito da proteção ao migrante e refugiado

Como dito, no âmbito da atual Agenda das Nações Unidas (estendida do 71.º Período de Sessões da Assembleia Geral para o 72.º Período de Sessões) reverberou o fato que, desde tempos imemoriais, a humanidade se põe em forçado movimento, o que pode ser justificado, contemporaneamente, pela busca de melhores condições econômicas e novos horizontes, mas também em fenômenos mais latentes como a fuga de conflitos armados, pobreza, fome, perseguições, terrorismo, abusos e violações aos direitos humanos, bem como fatores ambientais advindos das mudanças climáticas como os desastres naturais (A/RES/71/1, para. 1).

De igual forma, reafirma-se a recondução das orientações normativas a serem nacionalizadas pelos Estados indutivas do Direito à Paz (A/RES/71/189) levando-se em consideração o microsistema que lhe assiste, cujas bases ideológicas foram assentadas, dentre outros diplomas, na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na Declaração e no Programa de Ação de Viena, na Preparação das Sociedades para Viver em Paz, na

35 “Artigo 3. Os Estados, as Nações Unidas e as agências especializadas devem adotar medidas adequadas e sustentáveis para implementar a presente Declaração, em particular a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. As organizações internacionais, regionais, nacionais e locais e a sociedade civil são encorajadas a apoiar e a ajudar na implementação da presente Declaração”; tradução livre e pessoal de “Article 3. States, the United Nations and specialized agencies should take appropriate sustainable measures to implement the present Declaration, in particular the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. International, regional, national and local organizations and civil society are encouraged to support and assist in the implementation of the present Declaration”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/189 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>).

36 “Artigo 4. As instituições internacionais e nacionais de educação para a paz devem ser promovidas a fim de fortalecer entre todos os seres humanos o espírito de tolerância, diálogo, cooperação e solidariedade. Para tal, a Universidade para a Paz deve contribuir para a grande tarefa universal de educar para a paz, através do ensino, da investigação, da formação pós-graduada e da difusão do conhecimento”; tradução livre e pessoal de “Article 4. International and national institutions of education for peace shall be promoted in order to strengthen among all human beings the spirit of tolerance, dialogue, cooperation and solidarity. To this end, the University for Peace should contribute to the great universal task of educating for peace by engaging in teaching, research, post-graduate training and dissemination of knowledge” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/189 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>).

Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, e na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz.

No âmbito da Declaração de Nova Iorque para os Refugiados e Migrantes (A/RES/71/1, de 19/09/2016) firmou-se o compromisso de combate à xenofobia, ao racismo e à discriminação nas sociedades de acolhimento, tendo como base medidas de favorecimento a integração e a inclusão sociais que levassem em consideração – além da saúde, do acesso à justiça e do aprendizado da língua – a educação, tanto para os adultos (A/RES/71/1, para. 39) como para as crianças (A/RES/71/1, para. 32). Naquela ocasião, reconheceu-se que tais medidas reduziriam os riscos de marginalização e de radicalização, com a subsequente dúplici recomendação:

- i. Implementação de políticas públicas relacionadas à integração e à inclusão sociais, justificadas na educação, que estimulem e absorvam os movimentos sociais, no ambiente público e privado, incluindo as instituições educacionais (A/RES/71/1, para. 44);
- ii. Obrigação dos refugiados e migrantes observarem as normas jurídicas dos países de acolhimento (A/RES/71/1, para. 39).

Por força da A/RES/71/8 (“Educação para a Democracia”), de 16 de novembro de 2016, a educação ultrapassou a condição de direito universal a ser facilitado a todos, principalmente no âmbito das políticas públicas (UNUDHR³⁷, art. 26), para constituir pilar da democracia entendida como “o valor universal baseado na livre manifestação da vontade das pessoas de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais, e sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas”³⁸, com a ressalva que “embora as democracias compartilhem características comuns, não existe um modelo único de democracia e que a democracia não pertence a nenhum país ou região”³⁹ (A/RES/71/8). Ademais, reconheceu-se que a educação contribui⁴⁰ para:

- i. fortalecer a democracia, a boa governança e o Estado de Direito em todos os níveis;

37 A/RES/3/217.

38 Tradução livre e pessoal de: “universal value based on the freely expressed will of people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives” (A/RES/60/1, para. 135).

39 Tradução livre e pessoal de: “while democracies share common features, there is no single model of democracy and that democracy does not belong to any country or region” (A/RES/71/8).

40 As quatro contribuições têm origem na tradução livre e pessoal de: “education contributes to the strengthening of democracy, good governance and the rule of law at all levels, the reduction of economic inequality, the realization of human rights, gender equality and the empowerment of women and girls, the achievement of all internationally agreed development goals, including the Sustainable Development Goals, the development of human potential, the eradication of poverty and the fostering of greater understanding among peoples”.

- ii. a redução da desigualdade econômica;
- iii. a realização dos direitos humanos, a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e das meninas;
- iv. a conquista de todos os objetivos de desenvolvimento acordados internacionalmente, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o desenvolvimento do potencial humano, a erradicação da pobreza e o fomento de uma maior compreensão entre os povos.

O que permitiu assentar uma série de recomendações com ênfase no encorajamento dos Estados-membros e das autoridades educacionais nacionais, regionais e locais, a se engajarem na adoção de políticas públicas de fortalecimento da “educação para a democracia”, mediante a difusão da educação de responsabilidade perante a coisa pública, da educação em direitos humanos e da educação para o desenvolvimento sustentável, em seus sistemas educacionais, com lastro na promoção e na consolidação de valores e de governança democrática, e direitos humanos, levando em consideração abordagens inovadoras, a fim de facilitar a capacitação dos cidadãos e favorecer sua participação na vida política em todos os níveis (A/RES/71/8, para. 6); responsabilidade que deve ser compartilhada por todos.

Em complemento, a A/RES/71/237, de 21 de dezembro de 2016, estimula a redução de custos públicos com o acolhimento dos imigrantes, bem como a facilitação do reconhecimento das qualificações educacionais e profissionais (A/RES/71/237, para. 15); ao mesmo tempo que reconhece a necessidade de melhorar a integração e a inclusão com especial atenção ao acesso: a) à educação; b) ao tratamento de saúde; c) à justiça; d) ao conhecimento do idioma (A/RES/71/237, para. 26).

IV. Centros de instrução dedicados à inserção social e à capacitação profissional baseados na mediação intercultural

Os centros de instrução dedicados à inserção social e à capacitação profissional foram idealizados para, propondo a releitura da mediação intercultural, contribuir para a diminuição da crise dos fluxos migratórios forçados mediante o fortalecimento do novo viés da educação como pilar da democracia, que, neste modelo, é justificado nos valores morais do trabalho e do respeito entre os iguais alçados a condição de princípios, sempre em busca da integração social entre imigrante e povo de acolhimento, e da inversão de paradigma de atuação do Estado assistencialista com enfoque na redução do custo público mas consciente do dever de acolhimento, pelos padrões morais, de refugiados e imigrantes.

A preocupação com a inserção social do imigrante forçado independentemente de sua origem, a desoneração econômica do Estado de acolhimento, a reconstrução do Estado de origem pelos valores democráticos e de inspiração na moralidade constitucional que garante o acesso a bens sociais primários, o reconhecimento de que a igualdade deve ser alçada a supremo bem na busca da liberdade a ponto de se perquirir o equilíbrio nas obrigações entre imigrantes e locais, e o dever de observância às normas jurídicas internas, os costumes e culturas locais que inculcam os limites das liberdades públicas em detrimento da liberdade individual, marcam, além dos objetivos deste sistema, a adequação aos preceitos contidos na atual Agenda das Nações Unidas com lastro no 71.º Período de Sessões da Assembleia Geral que se espalhou ao presente Período de Sessões.

A. Mediação intercultural no âmbito dos fluxos migratórios forçados: releitura do sistema tradicional

Grosso modo, a mediação intercultural pressupõe a intervenção de um terceiro facilitador em relações conflituosas que ocorrem no âmbito do multiculturalismo ou, ao menos, no choque entre duas ou mais culturas, em vias de solver a tensão social contribuindo para a solução negociada na contenda. Percebe-se que a posterior tensão na relação básica entre as culturas e a insuficiência do arbitramento da solução de per si, caracterizam o modelo.

Os “centros de instrução” sugerem a inversão do paradigma ao pressuporem que, em se tratando de mobilidade humana, os países vivem em constante tensão entre os locais (nacionais) e os imigrantes (acolhidos), independentemente da origem do fluxo migratório, de sorte que propõem a adoção de uma postura preventiva (intenção de extinguir ou, ao menos, diminuir os conflitos antes que se instaurem) mediante o esclarecimento dos valores culturais, costumeiros e normativos locais que favoreçam a compreensão dos hábitos sociais do país de acolhimento. Percebe-se que a tensão social é premente e antevista, independentemente da instauração do conflito social em si.

B. A educação como moderadora

Ao conceber a mediação intercultural pelo viés preventivo assentado na pressuposição de uma constante tensão social que justifica uma atuação pró-ativa e constante que impeça ou, ao menos, diminua o risco de conflitos sociais fundados em divergências culturais, os “centros de instrução” adotam a educação (inserida num contexto de instrução em sentido amplo, isto é, de conhecimento da cultura, dos costumes, das normas jurídicas, e da formação profissional, mas também do respeito às pessoas e instituições como indispensáveis ao diuturno trato social que permita criar na mente humana o sentimento de paz contrário à

beligerância) como instituto de moderação para consecução de seus dois objetivos: a) inserção social; e, b) capacitação profissional.

A inserção social incide sobre a proposta de superação do conteúdo econômico que justifica o discurso político voltado à diminuição das desigualdades sociais, pela aceção de aplicação de políticas públicas que restrinjam a intolerância à diferenças culturais baseadas no respeito à diversidade. Têm-se, aqui, duas características:

- a. O indivíduo passa a ser considerado, no ambiente público, por seu valor cultural, e não econômico; e,
- b. A liberdade individual (o que o indivíduo quer fazer) passa a ser subordinada às liberdades públicas (o que o indivíduo pode e/ou deve fazer), com a moderação da educação (lembre-se, o sentido amplo de instrução qualificada pelo respeito às pessoas e às instituições).

A capacitação profissional, para além do sentido de sapiência sobre a cultura e os costumes, e do respeito às pessoas e às instituições, informa que a educação deve ser adotada no sentido de convergência do conhecimento para aprendizado de trabalho, ofício, e/ou profissão, ou, ainda, de aperfeiçoamento das capacidades e virtudes naturais já desveladas, o que inculca duas características que precisam ser estimuladas: a) preparação do imigrante para a concorrência no mercado de trabalho qualificado; e, b) preparação do imigrante para o regresso ao Estado de origem (repatriação voluntária) com melhor preparo técnico-profissional, mas também propenso à solidariedade e à tolerância pelo conhecimento das universalidades que circundam o conhecimento científico (veja-se, pelo menos, o respeito pelas diferenças); cada um com as suas aderências próprias.

A preparação do imigrante para a concorrência no mercado de trabalho qualificado, indutivamente, traz dois resultados:

1. Contribuição à economia interna pela absorção do mercado de trabalho que leva a percepção de renda, e o subsequente reinvestimento em bens e serviços (especialmente de consumo); e,
2. Justificação político-social aos locais (nacionais) que passam a ver o imigrante como um “indivíduo economicamente ativo” que, como ele, participa do custeio do Estado mediante o recolhimento tributário indicado pelo Direito Fiscal. Encerra-se, aqui, a crise das políticas públicas assistencialistas sem a retribuição tributária.

A preparação do imigrante para o regresso ao Estado de origem (repatriação voluntária) com melhor preparo técnico-profissional, mas também propenso à solidariedade e à tole-

rância pelo conhecimento das universalidades que circundam o conhecimento científico (veja-se, pelo menos, o respeito pelas diferenças), admite prever:

1. O estímulo do regresso à origem contribui para a cultura de paz quando semeia na mente humana valores morais construtivos, induzidos pelo espontâneo interesse em reconstruir, física e moralmente, seu país;
2. A repatriação voluntária fortalece as bases de Direito Internacional porque oferece uma alternativa jurídica à crise da migração por adequada às políticas de refúgio, uma vez que incide sobre a autonomia da vontade do indivíduo em restabelecer os valores inerentes à nacionalidade originária;
3. Em hipótese, responde alternativamente às práticas militares de manutenção da paz, estabelecimento da democracia, e construção do Estado de Direito, haja vista que o repatriado voluntariamente pende a reproduzir aquilo que aprendeu, dentre o que se destaca a tolerância e o respeito aos limites da liberdade.

C. Ambiente público e privado

A considerar a extensão e a intenção do modelo introduzido com os “centros de instrução”, somente a cooperação entre todos os atores políticos, sociais e jurídicos; indivíduo e governo; instituições públicas e privadas; podem garantir a boa condução do sistema de mediação intercultural tendente a diminuição, ou, quiçá, esgotamento das tensões sociais mediante a inserção social do imigrante e desoneração econômica do Estado. Propõe-se, assim, como medidas acessórias e complementares à instauração dos “Centros de Instrução”:

- a) Políticas de migração centradas na cooperação em que os benefícios estatais inaugurais sejam, deferidos e mantidos, em consonância ao engajamento do imigrante nos “centros de instrução”;
- b) formação da consciência, para além do respeito entre iguais e dos valores sociais do trabalho, do dever de retribuição, tanto em fortalecimento das bases sociais como da produção de riqueza hábil a manutenção do imigrante, do pagamento dos encargos fiscais/tributários, do custeio dos serviços públicos em consonância com os demais, e do reinvestimento em bens e serviços no mercado de consumo;
- c) Comprometimento das instituições de ensino em adotar o programa de inserção social pelos objetivos que lhe sustenta;
- d) Informação da sociedade sobre o programa e estímulo a participação voluntária, bem como da adoção de parceria que zele pelo acolhimento dos imigrantes no seio social.

V. Palavras finais

Em tom final, mas sem uma proposta definitiva de conclusão em função do estágio inaugural que se encontra o modelo, bem como da intenção, *in casu*, de formulação teórica do projeto à luz da leitura normativa das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas no atual Período de Sessões tendente a convergir a releitura da educação e da diminuição do custo público com a solução da crise de acolhimento de imigrantes e refugiados, no âmbito da reconstrução dos valores democráticos que assegurem os Estados de Direito, num ambiente de cultura de paz que admita o diálogo e a tolerância, especialmente ao respeito cultural irrestrito para e entre todos, arrisca-se a propor apenas uma questão:

Será que o sistema de “centro de instrução” que acolhe o sentido de democracia focada na educação, com a sedimentação dos princípios dos valores sociais do trabalho transpostos em nível moral e do respeito entre os iguais numa leitura de diálogo em tolerância a ser gerido pela mediação intercultural que aproxima os indivíduos, não permitiria, a um só tempo, a contribuição para a solução da crise dos fluxos migratórios forçados, do fortalecimento da Agenda 2030 para um Desenvolvimento Sustentável quanto a inserção social, econômica, jurídica e política, e do fortalecimento das regras de Direito Internacional sobre acolhimento e repatriamento?

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/CONF.157/24 (Parte I) (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/853/46/PDF/G9385346.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/CONF.157/24 (Parte I) (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/853/49/IMG/G9385349.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/007/35/IMG/NR000735.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/21/2200 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/25/2625. [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/29/3314. [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/29/3314. [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm>.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/3/217A (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/046/82/IMG/NRo04682.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/3/217A (versão em inglês e francês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/3/217A (versão em inglês e francês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/32/28 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/131/45/PDF/G1613145.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/32/28 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/131/45/PDF/G1613145.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/33/73 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/367/12/IMG/NRo36712.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/33/73 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/360/91/IMG/NRo36091.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/39/11 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/467/38/IMG/NRo46738.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/39/11 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/459/88/IMG/NRo45988.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/41/128 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/502/78/IMG/NRo50278.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/41/128 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRo/496/36/IMG/NRo49636.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/49/60 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/22/PDF/N9576822.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/49/60 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/19/PDF/N9576819.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/53/243 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/46/PDF/N9977446.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/53/243 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/43/PDF/N9977443.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/55/2 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/55/2 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/51/PDF/N0055951.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/60/1 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No5/487/63/PDF/No548763.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/60/1 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No5/487/60/PDF/No548760.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/70/1 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&referer=http://www.un.org/en/ga/70/resolutions.shtml&Lang=S.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/70/1 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/1 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/1.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/189 (versão em espanhol). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/454/67/pdf/N1645467.pdf?OpenElement>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/189 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/237 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/237.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/249 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/249.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – A/RES/71/8 (versão em inglês). [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/8.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – Carta das Nações Unidas. [Consultado em: 20/04/2017]. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/UNCharterharter.pdf>.

O Direito Contraordenacional de Estrangeiros – A atuação sancionatória nos meandros do Direito Criminal

The Contravention Law of Foreigners – punitive action in Criminal Law

MARIA JOÃO GUIA¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 88-107
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.6>
Submitted on May 11th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 11 de Maio, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

Palavras-chave: Direito Contraordenacional; Direito Penal e Contraordenacional; Coimas; permanência ilegal; punição de estrangeiros; crimigração

I. Introdução

O Direito e os seus diversos ramos funcionam, desde há séculos, como formas de regulação da sociedade. Muitos e diversificados poderiam ser os códigos usados como regulamentadores das diferentes sociedades que foram evoluindo ao longo dos tempos e pelos vários grupos e organizações societárias². Com efeito, o Direito tem correspondido às exigências das delimitações e controlo da eficácia e legalidade das normas aprovadas em sociedade, tendo em conta as diversas competências e ramos. Nesse sentido, seria expectável que os diferentes ramos do Direito tivessem as suas fronteiras delimitadas com clareza, o que nem sempre acontece pelo entrecruzamento e confluências das suas competências e interesses,

1 Co-coordenadora e docente da Pós-Graduação em Criminologia na Coimbra Business School (ISCAC), Diretora da rede de trabalho subordinada ao tema “Immigration, Crime and Citizenship” na Rede da Sociedade Europeia de Criminologia, Investigadora do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2 Alguns destes passam pelo Código de Ur-Nammu (existente pelos 2040 a.C., Suméria), o Código de Hammurabi (em vigor pelo ano de 1772 a. C, Mesopotâmia), o Alcorão (contemporâneo de Maomé), o Código de Manu (como parte de uma coleção de livros bramânicos em 1000 a.C.), a Lei das XII Tábuas (situada pelo ano 450 a.C., com os Romanos), a Legislação Mosaica (emergente com Moisés), o Direito Talmúdico (existente no mundo hebraico), o Direito Romano (inspiração do Direito que hoje praticamos) (Spolon e Viana, 2016).

causando por isso, em determinadas circunstâncias uma convergência de interesses que passam por uma severidade mais acentuada de determinadas ações.

Neste breve artigo, irei abordar o caso da atuação do Direito Administrativo numa confluência muito particular no que concerne a sua atividade sancionatória, numa fronteira específica com o Direito Penal, no que respeita a prossecução criminal de ações criminosas envolvendo estrangeiros em Portugal. Abordarei, por isso, inicialmente o papel da atividade contraordenacional de estrangeiros, dos agentes da Administração e das suas competências em casos específicos diretamente relacionados com a atividade de estrangeiros em Portugal. Passarei ainda pela abordagem da problemática da “crimigração”, numa breve reflexão sobre a utilização abusiva de premissas do direito administrativo e penal ao serviço da exclusão de estrangeiros da sociedade de acolhimento. Abordo ao longo do artigo algumas das várias possíveis questões levantadas por contraordenações, envolvendo estrangeiros em Portugal, partindo de apreciações de diversos acórdãos. Estas questões terão o objetivo de dirimir pontos do ilícito de mera ordenação social dos de natureza criminal, entre outras considerações. Por fim, teço considerações finais sobre questões levantadas pela atuação do Direito Administrativo e Penal na gestão de estrangeiros, face à atuação da Administração.

II. Breve introdução ao Direito contraordenacional

Quando se reflete sobre o papel regulador do Direito na sociedade, a tendência de pender para o Direito Penal, na sua vertente punitiva, ou Direito Administrativo, na sua vertente sancionatória, é bastante provável, mas com frequência de distinção (na sua atuação mais subjetiva) nem sempre muito clara.

Na verdade, após a Segunda Guerra Mundial e na sequência da afirmação de novas carências de todo o âmbito que perpassou pela Europa (mão de obra, recursos, alimentos, etc), a figura do Estado emergiu com exuberância, no seu papel regulador dos sistema económico-financeiro mais objetivo, intervindo diretamente na regulação dos mercados e das sociedades europeias. A evolução legislativa do direito sancionatório e contraordenacional, sobretudo no acompanhamento das infrações no domínio administrativo, tiveram o seu grande expoente e crescimento precisamente a partir desta altura, sobretudo perante a afirmação de “novos valores incarnados na prossecução de certos interesses sociais³. Assim, verificou-se uma primeira grande distinção do que deixou de ser única e puramente administrativo para passar a integrar-se como contraordenacional (ou, nas palavras de Anabela

3 CORREIA, Eduardo – Direito Penal e Direito de mera ordenação social. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. ISSN 0303-9773. V. 49, 1973, p. 266.

Miranda Rodrigues, “administrativo penal”). Dado que esta vertente do Direito se centrava na intervenção e regulação da vida económico-social, nas suas vertentes laboral, fiscal e das sociedades comerciais, esta nova vertente passou a ser conhecida como Direito Sancionatório.

Este Direito Sancionatório, no que respeita as sanções de direito contraordenacional, foram, pois, acompanhando o direito administrativo, entrando também no direito civil (uma vez que grande parte da sua atenção se centrou na interdição do exercício de profissões, ou até na obtenção de subvenções, entre outros assuntos). Concomitantemente, a emergência do Direito Penal, em campos muito próximos do contraordenacional passa a diversificar o seu leque de atuação, expandido os interesses dos bens jurídicos protegidos. De alguma forma, o endurecimento e a crescente abrangência das sanções, materializadas em coimas⁴ (sobretudo em legislação extravagante) acompanharam a expansão do Direito Penal, sendo que este se cingiu à gravidade do facto e às demais especificações do que deve revestir-se um facto criminoso, previsto e punido por lei. Ainda assim, comungam ambos nas suas atuações em limitações evidentes dos direitos fundamentais dos cidadãos. De qualquer maneira a atuação do Direito Penal é legítima sempre que haja a configuração de um facto com legitimidade suficiente (bem jurídico com dignidade suficiente) para poder atuar, ou até quando o mesmo assume um papel simbólico. Segundo o Ac. do TRP, de 21/11^o007, relativo ao processo n.^o 0744369,

“as contraordenações não respeitam à tutela de bens jurídicos ético-penalmente relevantes, mas apenas e tão-só à tutela de meras conveniências de organização social e económica e à defesa de interesses da mais variada gama, que ao Estado incumbe regular através de uma atuação de pendor intervencionista, que nos últimos anos se vem acentuando com progressiva visibilidade, impondo regras de conduta nos mais variados domínios de relevo para a organização e bem-estar social.”

Interessante verificar-se que a expansão do Ilícito de Mera Ordenação Social teve um impulso mais acentuado na década de 70, numa altura de franca tendência descriminalizadora do Direito penal, pendor que se manteve mesmo em alturas de neocriminalização⁵.

4 Distintas de taxas pela inexistência de uma relação bilateral enquanto retribuição de serviços prestados e pela inexistência de qualquer sanção sobre ato ilícito, como a coima prevê.

5 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CE], 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

De qualquer maneira e tratando das origens da legitimação do direito sancionatório, ainda que o Novo Código do Procedimento Administrativo⁶ (CPA) não contenha um título ou capítulo dedicado aos “procedimentos sancionatórios instaurados e decididos pelos órgãos públicos (administrativos)”⁷, a verdade é que a atividade sancionatória a ilícitos cometidos por “particulares, entidades, órgãos ou agentes públicos”⁸ se reveste de crescente importância, retirando algum espaço público ocupado já pelo Direito Criminal. Paradoxalmente, a atividade sancionatória envolvendo estrangeiros assume contornos crescentemente visíveis, não só nacionais, mas também e sobretudo a partir do enquadramento europeu (nomeadamente na área da imigração e sua gestão), a partir do momento em que Portugal integrou a União Europeia e integrou o espaço Schengen⁹, com a implementação do espaço de Segurança, Liberdade e Justiça, mas com todas as implicações daí decorrentes, sobretudo na alteração do conceito de fronteiras internas e externas^{10 11} e na luta contra a imigração ilegal¹².

Assim, um dos papéis que a Administração foi obrigada a assumir e a atualizar centrou-se na área da gestão de estrangeiros, nomeadamente oriundos de países terceiros¹³, sobretudo a partir da delimitação de áreas de atividade sancionatória da Administração da atuação na área criminal.

6 Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de Janeiro.

7 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 601.

8 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 601.

9 JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985 assinada em Schengen em 19 de junho de 1990. Acervo de Schengen, tal como referido no n.º 2 do artigo 1.º da Decisão 1999/435/CE do Conselho de 20 de Maio de 1999. [Consultado em: 18/12/2017]. Disponível em: http://www.refugiados.net/cidadevirtual/legislacao/leis/conv_schengen_decis_com_exec.pdf.

10 “As relações entre os Estados foram mudando e a gestão de algumas fronteiras internacionais tornou-se menos rígida (fruto de acordos celebrados) e ao mesmo tempo cada vez mais decisivas, sendo que as mudanças na natureza e no significado de ‘fronteiras’ exigem maior reflexão e interação entre disciplinas como criminologia, sociologia, direito, antropologia, ciências políticas e relações internacionais”.

11 GUIA, Maria João – As Fronteiras da Imigração, Crime e Crimigração in “Fronteiras”. In Fronteiras. Instituto Internacional Casa de Mateus: IICM, 2013, p. 31.

12 Segundo Castles & Miller (Age of Migration: International Population Movements in the Modern World. 2nd ed. London: Macmillan, 1998), estimou-se existirem 2,6 milhões de imigrantes em situação irregular na Europa Ocidental nos anos ‘90, calculando a Europol que cerca de 500.000 novos imigrantes entrassem na Europa anualmente.

13 Alínea k) do n.º 1.º do art.º 3.º da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho na redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto «Estado terceiro» qualquer Estado que não seja membro da União Europeia nem seja parte na Convenção de Aplicação ou onde esta não se encontre em aplicação”.

Neste sentido, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, assim denominado desde 1986¹⁴, foi a autoridade revestida de competência e autonomia administrativa para assumir o papel sancionador de determinadas ações, bem como, cumulativamente, autoridade de polícia competente para a prossecução de ilícitos criminais previstos e punidos no Código Penal¹⁵ ou em legislação extravagante¹⁶.

III. O Direito Contraordenacional de Estrangeiros

O Direito Contraordenacional, como já se referiu, poder-se-ia enquadrar num limbo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo (quer no primeiro caso se centre em ações cuja ilicitude seja de natureza criminal ou cujos ilícitos sejam considerados de mera ordenação social), não sendo apresentado explicitamente, em todas as suas dimensões, num único diploma mas sobretudo espartilhadamente em legislação extravagante, mas que obrigatoriamente têm que estar determinadas.

14 O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) foi criado com esta denominação em 1986 (mesmo que a sua história remonte a 1974, altura em que “estrangeiros e fronteiras” foram da competência da Polícia Judiciária (em 1974, o Decreto-Lei n.º 171/74, de 25 de abril, atribuiu a gestão de estrangeiros em Portugal e a vigilância das fronteiras à Polícia Judiciária e à Guarda Fiscal. Ver www.sef.pt), Polícia de Segurança Pública (em novembro de 1974, a Direção do Serviço de Estrangeiros – Direção de Serviço de Estrangeiros – DSE – é criada Decreto-Lei n.º 215/74, de 22 de Maio, e as suas funções são atribuídas ao Comando Geral de Polícia de Segurança Pública – Comando Geral da PSP. As suas competências eram a gestão de estrangeiros em Portugal, a emissão de passaportes a estrangeiros e a emissão de relatórios sobre as concessões de visto para a entrada em Portugal) e Guarda Fiscal (depois de 1986 e na sequência da criação do SEF, no dia 1 de agosto de 1991, o pessoal do SEF rendeu a Guarda Fiscal na vigilância das fronteiras, obtendo total independência), após diferentes etapas (o Decreto-Lei n.º 494-A / 76, de 23 de junho, reconhece a independência administrativa e reduz o título de Serviço de Estrangeiros – Serviço de Estrangeiros – SE. O Decreto-Lei n.º 440/86, 31 de dezembro – reestrutura o Serviço mudando seu nome para Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) e iniciando tarefas efetivas em 1990.

15 O crime de tráfico de pessoas é de competência de investigação, em Portugal, do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e da Polícia Judiciária.

16 Preâmbulo do Decreto-Lei N.º 34/2003 de 25 de Fevereiro “No combate à imigração ilegal, importa também harmonizar a legislação nacional com as orientações e directivas comunitárias, em especial no que respeita ao controlo dos fluxos migratórios e à agilização dos processos de afastamento do espaço comunitário de pessoas que nele se introduziram ilegalmente, conferindo meios legais expeditos ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e às forças de segurança para o cumprimento efectivo e atempado das decisões dos tribunais. Neste contexto, o Governo reafirma os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em especial na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, sobretudo no que se refere à protecção destas, as quais terão o direito de acesso aos cuidados de saúde e outros apoios sociais independentemente da situação em que se encontrem. Para tanto, o Governo adoptará os instrumentos administrativos necessários para o efectivo exercício destes direitos, designadamente através de um registo especial junto dos serviços públicos responsáveis pelas prestações sociais. Consagra-se, ainda, um conjunto de alterações que visam desburocratizar os procedimentos de actuação do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, para além da previsão de um regime sancionatório criminal mais adequado a prevenir e reprimir os actos ilícitos relacionados com a imigração clandestina e com a exploração de mão-de-obra dos estrangeiros em situação não regularizada. Importa também actualizar o regime sancionatório de natureza contra-ordenacional através do aumento dos montantes das coimas e da sua conversão para euros”.

“Estas normas, ditas de mera ordenação social, têm a sua tutela assegurada através da descrição legal de ilícitos que tomam o nome de contraordenações, cuja violação é punível com a aplicação de coimas, a que podem, em determinados casos, acrescer sanções acessórias”¹⁷.

Licínio Martins sugere, na senda de outros autores¹⁸, a elaboração de uma “lei-geral ou lei quadro da (ou sobre a) atividade sancionatória da Administração”¹⁹ sem se reduzir ao “ilícito de mera ordenação social”²⁰, ainda que assumindo-se como uma das “funções clássicas da administração” sobretudo conjugando a “função administrativa geral de ordenação social” e a de “polícia”²¹, encaradas numa tripla função de “prevenção, controlo ou resposta a situações de perigo/risco”²².

A necessária adaptação das leis às realidades sociais, nomeadamente em matéria de imigração, levou a que fossem regulamentadas diversas atividades e ações relacionadas com a entrada de estrangeiros em Portugal, o que se verificou de necessidades específicas, tendo em conta a entrada de Portugal na União Europeia e a partir do momento em que se delimitou o espaço Schengen, conforme já referido. Assim, a constituição do ilícito de mera ordenação social (cfr. Decreto-lei n.º 232/79, de 24 de Julho²³) mencionam claramente no preâmbulo a “necessidade de dotar o nosso país de um adequado ‘direito de mera ordenação social’ (...) [sentindo-se a] necessidade de dispor de um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal”, separando de forma clara a ação do direito penal para ações legitimamente previstas, como a criminalidade violenta, e deixando a atuação do

17 Ac. TRP, de 21/11/2007, proc. 0744369.

18 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 602, nota de rodapé 2.

19 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 602.

20 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 602.

21 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 604.

22 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 604.

23 O decreto-Lei n.º 411-A/79, de 24 de Julho vem revogar os artigos n.º 3.º (Aplicação no tempo) e 4.º (Aplicação no espaço) do referido diploma. Mais tarde, a Resolução n.º 71/81 pronuncia-se pela inconstitucionalidade deste Decreto, voltando o Ilícito de Mera ordenação social e respetivo processo a ser instituído com o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, alterado mais tarde pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

direito sancionatório de gravidade mais reduzida, mas cuja intervenção do Estado se revela necessária na repressão ou prevenção de comportamentos censuráveis. A sanção adotada é, por isso, de natureza administrativa (a coima) e, por isso, unicamente podendo ser aplicada por autoridades administrativas (com possibilidade de recurso para instâncias judiciais).

A atividade das autoridades administrativas pode materializar-se, neste campo, na imposição de sanções previstas por lei, por violação de deveres relacionados com uma “relação jurídica administrativa”, “relações contratuais jurídico-administrativas”²⁴, como determinados vínculos laborais, sendo compulsório o cumprimento de determinados deveres. As relações contratuais administrativas são, por isso, reguladas em termos dos “ilícito contratuais”, entre os quais “o ilícito profissional”.

Também as medidas de polícia podem ser adotadas por autoridades administrativas devidamente mandatadas para determinadas ações, tais como a suspensão de atividade, evacuação, interdição de acesso ou encerramento de determinados locais, ações de fiscalização, com ou sem apreensão de objetos, ações sempre devidamente fiscalizadas pelos Tribunais Administrativos²⁵ em termos da legalidade da adoção das mesmas. O objetivo de tais ações materializa-se na prossecução do impedimento ou prevenção da lesão de bens públicos de relevo, verificando-se danos ocorridos, ou perigo de os mesmos virem a ocorrer.

O Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGCO ou RGIMOS²⁶) instituiu por isso, desde logo a fronteira entre os factos a observar, nomeadamente entre a atuação do Direito Contraordenacional²⁷ e do Direito Penal²⁸, conforme plasmado no Código Processual Penal. Por outro lado, verificou-se que, nesta senda, foi feita uma conversão em contraordenações de contravenções e transgressões, antes punidas de forma mais severa a partir da Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho (na sua mais recente versão conferida pela Lei n.º 4/2008, de 07 de Fevereiro).

No caso do direito contraordenacional de estrangeiros, a autoridade administrativa com competência para atuar (em princípio) é o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, cfr.

24 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 605.

25 A fiscalização acontece no caso de o arguido não concordar com a sanção aplicada pela Autoridade Administrativa e impugnar a referida decisão.

26 Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com as posteriores alterações introduzidas, respetivamente pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro e Lei n.º 109/01, de 24 de Dezembro (Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social).

27 Artigo 1.º do RGCO “Constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”.

28 Alínea a) do art.º 1.º do Código Processual Penal “Crime”: o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminal”.

n.º 1.º do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro²⁹ (na atual versão dada pelo Decreto-Lei n.º 240/2012, de 6 de Novembro), art.º 207.^{º30} da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto) e Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto³¹. De qualquer maneira, e segundo o Ac. do TRC de 13-05-2009, é indispensável que uma conduta humana coincida formalmente com a descrição referida na norma legal, estando prevista direta ou indiretamente uma coima para que a característica da infração assuma caráter contraordenacional. Assim, estabelece o princípio da tipicidade que unicamente a partir do que a lei especifica se podem identificar os factos ou condutas que constituem contraordenações, bem como os pressupostos que justificam a aplicação da coima. Por outro lado, a procura de estabelecer diferenças entre os processos contraordenacional e penal materializa-se em reflexões tão diversas que abordam pontos subjetivos e objetivos, como os da fundamentação referido no Ac. TRC, de 03/07/2012:

“Trata-se de uma fase administrativa, sujeita às características de celeridade e simplicidade processual, pelo que o dever de fundamentação deverá assumir uma dimensão qualitativamente menos intensa em relação à sentença penal.”

Assim sendo, e centrando a nossa atenção agora nos ilícitos contraordenacionais previstos no Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros (Lei n.º 23/07, de 4 de Julho, na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto), que regulamenta as atividades de cidadãos oriundos de países terceiros, os ilícitos previstos no capítulo X da referida lei, cujo título é precisamente “Contraordenações” reportam-se à “permanência ilegal” (art.º 192^{º32}), “acesso não autorizado à zona internacional do porto”

29 Cfr. n.º 1.º do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro (na atual versão dada pelo Decreto-Lei n.º 240/2012, de 6 de Novembro): “O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, abreviadamente designado por SEF, é um serviço de segurança, organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Administração Interna, com autonomia administrativa e que, no quadro da política de segurança interna, tem por objetivos fundamentais controlar a circulação de pessoas nas fronteiras, a permanência e atividade de estrangeiros em território nacional, bem como estudar, promover, coordenar e executar as medidas e ações relacionadas com aquelas atividades e com os movimentos migratórios”.

30 Artigo 207.º da lei n.º 23/07, de 04 de Julho na redação introduzida pela lei n.º 102/2017, de 28 de Agosto: “Competência para aplicação das coimas 1 – A aplicação das coimas e das sanções acessórias previstas no presente capítulo é da competência do diretor nacional do SEF, que a pode delegar, sem prejuízo das competências específicas atribuídas a outras entidades relativamente ao disposto no n.º 9 do artigo 198.º -A”.

31 N.º 5 do art.º 30.º da lei n.º 37/2006, de 09 de Agosto: “A aplicação das coimas previstas no presente artigo é da competência do director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, que a pode delegar, nos termos da lei”.

32 “Artigo 192.º Permanência ilegal – 1 – A permanência de cidadão estrangeiro em território português por período superior ao autorizado constitui contraordenação punível com as coimas que a seguir se especificam: a) De € 80 a € 160, se o período de permanência não exceder 30 dias; b) De € 160 a € 320, se o período de permanência for superior a 30 dias mas não exceder 90 dias; c) De € 320 a € 500, se o período de permanência for superior a 90 dias

(art.º 193.º), “Transporte de pessoa com entrada não autorizada no País” (art.º 194.º), “Falta de visto de escala aeroportuário” (art.º 195.º), “Incumprimento da obrigação de comunicação de dados” (art.º 196.º), “Falta de declaração de entrada” (art.º 197.º), “Exercício de atividade profissional não autorizado” (art.º 198.º), “Utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal” (art.º 198.º -A), “Falta de apresentação de documento de viagem” (art.º 199.º), “Falta de pedido de título de residência” (art.º 200.º), “Não renovação atempada de autorização de residência” (art.º 201.º), “Inobservância de determinados deveres” (art.º 202.º) – entre os quais n.º 1 a inobservância do dever de comunicação de alteração de estado civil ou de domicílio, n.º 2 – Entrada ou saída de posto de fronteira autorizado e/ou durante respetivo horário e n.º 3 desembarque de cidadãos estrangeiros fora de posto de fronteira qualificado para o efeito -, “Falta de comunicação do alojamento” (art.º 203.º).

No que respeita aos cidadãos comunitários, os ilícitos contraordenacionais são em número mais reduzido (apenas cinco, elencados num mesmo artigo) e constam na Lei n.º 37/2006, de 09 de Agosto, descritos no n.º 1.º do art.º 30.º “Falta de registo de cidadão da União Europeia³³”, “Não solicitação de cartão de residente³⁴”, “Não solicitação de cartão de residente permanente antes da caducidade do anterior³⁵”, e no n.º 2 do art.º 30.º “efetivação ou manutenção de registo sem condições³⁶” e “efetivação ou manutenção de registo sem condições (familiares)³⁷”. Os valores das coimas é variável, consoante o ilícito e outros fatores referidos em cada um dos casos, sendo o registo individual de contraordenações regulamentado no n.º 2.º do art.º 207.º da mesma Lei de Estrangeiros. Devo afirmar, no entanto, que a atualização das coimas relativas a estes factos, introduzida pelo artigo 111.º³⁸ do decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de março foi revogada (o artigo 208.º³⁹ da lei n.º 23/2007, de 04 de Julho na redação introduzida pela Lei n.º 29/2012, de 09 de Agosto, nos termos do disposto no seu artigo 5.º). Algumas das razões poderão prender-se com alguma sobreposi-

.....
mas não exceder 180 dias; d) De € 500 a € 700, se o período de permanência for superior a 180 dias. 2 – A mesma coima é aplicada quando a infração prevista no número anterior for detetada à saída do País.”

33 Ver também n.º 1.º do art.º 14.º da referida lei.

34 Ver também n.º 1 do art.º 15.º da referida lei.

35 Ver também n.º 3 do art.º 17.º da referida lei.

36 Ver também n.º 1.º do art.º 7.º da referida lei.

37 Ver também n.º 2.º do art.º 8.º da referida lei.

38 Artigo 111.º da lei n.º 59/93, de 3 de Março – “Atualização das coimas – Sem prejuízo dos limites máximos previstos no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, os quantitativos das coimas previstos neste diploma serão actualizados de acordo com as percentagens de aumento do salário mínimo nacional mais elevado, arredondando-se o resultado obtido para o milhar inferior”.

39 Artigo 208.º da lei n.º 23/2007, de 04 de Julho – “Atualização das coimas – Sem prejuízo dos limites máximos previstos no regime geral das contra-ordenações, os quantitativos das coimas são actualizados automaticamente de acordo com as percentagens de aumento da remuneração mínima nacional mais elevada, arredondando-se o resultado obtido para a unidade de euro imediatamente superior.

ção de atualização de taxas e coimas, sendo que nas primeiras se pressupões uma relação bilateral, e a segunda apresenta um cariz sancionatório:

“Assim, parte substancial das receitas provenientes da cobrança de taxas, e até mesmo das coimas, tem vindo a ser aplicada na melhoria constante dos serviços prestados na vertente documental de actuação do SEF, contribuindo, ao seu nível, para que Portugal seja hoje em dia considerado o 2.º país do mundo – atrás da Suécia – no desenvolvimento de medidas pró integração da comunidade imigrante que se encontra no seu território.”⁴⁰

Por outro lado, o facto de uma portaria⁴¹ atualizar os montantes de algo previsto por lei poderia espelhar uma subversão das regras legais, nestes casos. Foi por isso definitivamente revogada, nos termos do n.º 5.º da lei n.º 29/2012, de 09 de Agosto.

IV. Pontes e confrontos entre o Direito Contraordenacional, o Direito de Estrangeiros e o Direito Penal

A tramitação do processo contraordenacional de estrangeiros segue de muito próximo a das fases processuais de outros ramos do direito: inicialmente deteta-se a infração (a partir de auto de notícia ou de participação e onde é descrito o ilícito de natureza pública, bem como a factualidade e a forma como se presenciaram os factos (pessoalmente, de forma direta ou documentalmente, de forma indireta), havendo sempre a notificação⁴² e com a mesma o direito de audição e de defesa. Numa etapa seguinte, a fase administrativa (a da instrução), o arguido é notificado da contraordenação (elencando-se os sujeitos processuais, as formas de pagamento), aguardando-se do mesmo uma posição perante a notificação. Caso o

40 Ver PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Nota à Comunicação Social – Taxas aplicadas pelo SEF no âmbito da Lei de Estrangeiros. [Consultado em: 28/12/2017]. Disponível em: http://www.sef.pt/portal/v10/PT/asp/noticias/Noticias_Detalhe.aspx?id_linha=5024.

41 “Em 2007, as alterações de montantes de taxas integraram as atualizações anuais decorrentes da aplicação das portarias anteriormente vigentes (Portaria n.º 27-A/2002, de 04 de Janeiro, alterada pela Portaria n.º 605-A/2005, de 21 de Julho)”. Ver PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Nota à Comunicação Social – Taxas aplicadas pelo SEF no âmbito da Lei de Estrangeiros. [Consultado em: 28/12/2017]. Disponível em: http://www.sef.pt/portal/v10/PT/asp/noticias/Noticias_Detalhe.aspx?id_linha=5024.

42 Na notificação inicial, o arguido é logo informado da prática de contraordenação sendo descritos todos os factos imputados e respetivo enquadramento legal da infração praticada, bem como das sanções legalmente aplicáveis. Na mesma notificação, o arguido é informado da possibilidade de pagamento voluntário (até ser proferida decisão), bem como da possibilidade de se pronunciar apresentando alegações e testemunhas, sendo igualmente informado dos prazos para agir. Só após o decurso destes prazos ou a apresentação de alegações é que é feita a instrução que termina com a elaboração de relatório final e posterior decisão.

arguido pague voluntariamente a coima, não contestando, por isso, elabora-se relatório⁴³ e o processo pode ser arquivado⁴⁴. O mesmo pode, no entanto, contestar abrindo instrução⁴⁵ em que a defesa é apresentada, acompanhada da contestação ou omissão de pagamento. Importa destacar aqui a importância da conexão de processos contraordenacionais, a partir do Ac. TCAS, de 10-11-2009 “A conexão de processos contraordenacionais tem lugar nos termos dos artigos 24.º e segs. Do CPP, por força do art.º 32.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro e só opera relativamente os processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento”. No caso de haver decisão condenatória, a mesma deve conter uma série de elementos, cfr. art.º 58.º do RGCO. Em caso de impugnação (cfr. art.º 59.º do RGCO) apresentada pelo arguido ou pelo defensor, a decisão é apreciada e ou é revogada ou enviada ao Ministério Público que leva ao juiz, valendo esse ato como acusação. Terão então que seguir determinados passos para que o processo chegue a tais considerações, cfr. António Beça Pereira⁴⁶.

“Não se deve recorrer ao disposto no artigo 283.º, n.º 3, al. b) do Código de Processo Penal (requisitos da acusação) visto que, se não for interposto recurso da decisão condenatória, esta não chega, sequer, a assumir a natureza de acusação.”⁴⁷

Uma última fase pode dar-se com a execução do montante da coima aplicada pelo não pagamento nos termos definidos pela Autoridade Administrativa, promovida pelo Ministério Público no Tribunal competente.

Verifica-se, através da simples análise da tramitação processual uma semelhança muito próxima entre ambos ramos do direito, ainda que, segundo o Ac. do TRPP, de 11/03/2009, proc. N.º 0843225, mencione claramente que

“o processo de contra-ordenação não é, nem na sua estrutura, nem na sua dignidade, um processo equivalente ao processo criminal, não est[ando] sujeito aos mesmos imperativos constitucionais”.

43 Devem ser referidos os factos (conduta, comportamento, ação ou omissão), a tipicidade (descrição do nexos causal ou dolo /negligência), a ilicitude (observando a desconformidade do comportamento relativamente ao Direito e as causas de exclusão da ilicitude), a culpabilidade (juízo de censurabilidade, causas de desculpa, determinação de medida da pena) e a punibilidade (condições objetivas da punibilidade).

44 Por pagamento da coima aplicada ou por admoestação.

45 Nesta fase tratam-se questões prévias e prejudiciais, menciona-se a competência material e territorial, competência por conexão, conflitos negativos ou positivos de competência e impedimentos.

46 PEREIRA, António Beça – Regime Geral das Contraordenações e Coimas Anotado. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 109.

47 Proc. N.º 1337/11.9TBVNO.C1.

Ainda assim, as semelhanças que se detetam na tramitação processual do Direito Contraordenacional e Direito Processual Penal, bem como em normas repetidas quer numa vertente sancionatória quer criminal remetem a expressão usada por Leite⁴⁸ de “novas formas de criminalidade” (ou ‘contraordenacionalidade’)” para um patamar de dúvida relativamente à eventual sobreposição do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionatório, ou uma “subsidiariedade nas relações entre o Direito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social”⁴⁹. Assim, o que Leite menciona sobre “a mesma conduta – descrita quase ou mesmo exatamente da mesma forma pelo legislador – é punida por normas criminais e por normas contraordenacionais”⁵⁰ encontra-se precisamente no caso em estudo. Tomemos por isso, como exemplo, o caso do crime de “Utilização de atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal” (capítulo IX – Disposições penais) p.p. no art.º 185.º – A da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho, na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto: “1 – *Quem, de forma habitual, utilizar o trabalho de cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite a que permaneçam legalmente em Portugal, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias*”⁵¹ e o caso do ilícito mencionado no art.º 198.º-A, com o mesmo título “Utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal – 1 – *Quem utilizar a atividade de cidadão estrangeiro não habilitado com autorização de residência ou visto que autorize o exercício de uma atividade profissional subordinada, fica sujeito à aplicação*

48 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

49 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

50 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

51 Continuação do art.º n.º 185.º – A da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho, na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto 2 – Quem, nos casos a que se refere o número anterior, utilizar, em simultâneo, a atividade de um número significativo de cidadãos estrangeiros em situação ilegal, é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias. 3 – Quem utilizar o trabalho de cidadão estrangeiro, menor de idade, em situação ilegal, ainda que admitido a prestar trabalho nos termos do Código do Trabalho, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 480 dias. 4 – Se as condutas referidas nos números anteriores forem acompanhadas de condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal. 5 – O empregador ou utilizador do trabalho ou serviços de cidadão estrangeiro em situação ilegal, com o conhecimento de ser este vítima de infrações penais ligadas ao tráfico de pessoas, é punido com pena de prisão de dois a seis anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal. 6 – Em caso de reincidência, os limites das penas são elevados nos termos gerais. 7 – As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, podendo ainda ser declarada a interdição do exercício da atividade pelo período de três meses a cinco anos”.

de uma das seguintes coimas⁵². Segundo Leite (2015: 30) “o ilícito contraordenacional deveria cessar onde começasse o lícito penal; e uma mesma conduta, num caso concreto, apenas poderia ser reconduzida, em alternativa, ao crime ou à contraordenação⁵³”. Muito embora as questões da conexão e da subsidiariedade⁵⁴ apresentadas pudessem procurar indicar um

52 Continuação do art.º 198.º-A da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho, na actual redacção introduzida pela Lei n.º 102/17 de 28 de Agosto “a) € 2000 a € 10 000, se utilizar a atividade de 1 a 4 cidadãos; b) De € 4000 a € 15 000, se utilizar a atividade de 5 a 10 cidadãos; c) De € 6000 a € 30 000, se utilizar a atividade de 11 a 50 cidadãos; d) De € 10 000 a € 90 000, se utilizar a atividade de mais de 50 cidadãos. 2 – Pela prática das contraordenações previstas no presente artigo podem ser aplicadas as seguintes sanções acessórias: a) As previstas nos artigos 21.º e seguintes do Regime Geral das Contraordenações; b) A obrigação de reembolso de alguns ou todos os benefícios, auxílios ou subsídios públicos, incluindo financiamentos da União Europeia, concedidos ao empregador até 12 meses antes da deteção da utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal, quando a contraordenação tiver sido praticada no exercício ou por causa da atividade a favor da qual foi atribuído o subsídio; c) A publicidade da decisão condenatória. 3 – As sanções referidas nas alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 21.º do Regime Geral das Contraordenações, quando aplicadas por força do disposto no número anterior, têm a duração máxima de cinco anos. 4 – A sanção acessória referida na alínea c) do n.º 2 do presente artigo pressupõe: a) A publicação, a expensas do infrator, de um extrato com a identificação do infrator, da infração, da norma violada e da sanção aplicada, no portal do SEF na Internet, num jornal de âmbito nacional e em publicação periódica regional ou local da área da sede do infrator; b) O envio do extrato referido na alínea anterior à autoridade administrativa competente, sempre que o exercício ou acesso à atividade de serviço prestada pelo infrator careça de permissões administrativas, designadamente alvarás, licenças, autorizações, validações, autenticações, certificações e atos emitidos na sequência de comunicações prévias e registos. 5 – O empregador, o utilizador por força de contrato de prestação de serviços, de acordo de cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário e o empreiteiro geral são responsáveis solidariamente a) Pelo pagamento das coimas previstas nos números anteriores e dos créditos salariais emergentes de contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação; b) Pelas sanções decorrentes do incumprimento da legislação laboral; c) Pelas sanções decorrentes da não declaração de rendimentos sujeitos a descontos para a administração fiscal e para a segurança social, relativamente ao trabalho prestado pelo trabalhador estrangeiro cuja atividade foi utilizada ilegalmente; d) Pelo pagamento das despesas necessárias à estada e ao afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos; e) Pelo pagamento de quaisquer despesas decorrentes do envio de verbas decorrentes de créditos laborais para o país ao qual o cidadão estrangeiro tenha regressado voluntária ou coercivamente. 6 – Responde também solidariamente, nos termos do número anterior, o dono da obra que não obtenha da outra parte contraente declaração de cumprimento das obrigações decorrentes da lei relativamente a trabalhadores estrangeiros contratados. 7 – Caso o dono da obra seja a Administração Pública, o incumprimento do disposto número anterior é suscetível de gerar responsabilidade disciplinar. 8 – Para efeito de contabilização dos créditos salariais e dos rendimentos sujeitos a descontos para a administração fiscal e para a segurança social, presume -se que, sem prejuízo do disposto em legislação laboral e fiscal, o nível de remuneração corresponde, no mínimo, à retribuição mínima mensal garantida por lei, em convenções coletivas ou de acordo com práticas estabelecidas nos setores de atividade em causa, e que a relação de trabalho tem, no mínimo, três meses de duração, salvo se o empregador, o utilizador da atividade ou o trabalhador provarem o contrário. 9 – Nos termos da legislação laboral constitui contraordenação muito grave o incumprimento das obrigações previstas nos n.ºs 5 e 6. 10 – Em caso de não pagamento das quantias em dívida respeitantes a créditos salariais decorrentes de trabalho efetivamente prestado, bem como pelo pagamento das despesas necessárias à estada e ao afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos, a nota de liquidação efetuada no respetivo processo constitui título executivo, aplicando -se as normas do processo comum de execução para pagamento de quantia certa. 11 – Se o infrator for pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com aquela, os respetivos administradores, gerentes ou diretores.”

53 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 30.

54 Ver art.º 32.º RGIMOS – “Do direito subsidiário – Em tudo o que não for contrário à presente lei aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contraordenações, as normas do Código

caminho sobre a atuação do Direito Penal e do Contraordenacional, a verdade é que se nos afigura que a grande discricionariedade possibilitada pela escolha da autoridade administrativa que, concomitantemente, acumula poderes de investigação criminal (no exemplo em causa), em enveredar inicialmente pelo processo contraordenacional para depois iniciar um processo criminal⁵⁵ não permite com toda a objetividade constatar onde começa a sobreposição e subsidiariedade de qual dos ramos de atuação do direito. Tomemos o exemplo dado em que a autoridade administrativa constata um determinado número de estrangeiros a trabalhar em determinado local sem a devida habilitação legal – e destaque-se a diferença plasmada no art.º 185.º-A relativamente ao 198.º-A. No primeiro, as menções são vagas: “quem de forma habitual” (n.º 1.º) quererá dizer quantas vezes? Duas? Cem? “Quem utilizar, em simultâneo, a atividade de um número significativo de cidadãos estrangeiros” O que é um número significativo? Mais do que dois? Cem? Contrariamente, no artigo 198.º A, a coima aplicável ao agente está bem especificada, consoante o número de trabalhadores detetados, o que poderia indicar (para consideração do enquadramento do art.º 185.º-A) o que significa um “número considerável”. Mas isso então traria um aporte enviesado ao que é considerado crime, sem que seja completamente objetivo, obrigando o ator judicial a tecer considerações a partir das normas contraordenacionais. Num caso analisado no Tribunal Constitucional⁵⁶, por exemplo, não foi declarada inconstitucional a “norma do artigo 198.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho⁵⁷ (regime jurídico de entrada, permanência, saída e

Penal”. Ver também art.º 41.º do RGIMOS “Direito subsidiário – 1 – Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal. 2 – No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma”.

55 E o que se diria sobre a possibilidade de ser vice-versa, ainda que sujeito a decisão da autoridade judicial e ainda que esteja previsto no RGIMOS a apensação de processos? Ver, entre outros, art.º 20.º do RGIMOS: “Concurso de infrações – Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação”. Ver também art.º 38.º do RGIMOS- Autoridades competentes em processo criminal – “1 Quando se verifique concurso de crime e contraordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processo de contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal. 2 – Se estiver pendente um processo na autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos à autoridade competente nos termos do número anterior”. Ver também art.º 40.º do RGIMOS “Envio de processo ao Ministério Público – 1 – A autoridade administrativa competente remeterá o processo ao Ministério Público sempre que considere que a infração constitui um crime. 2 – Se o agente do Ministério Público considerar que não há lugar para a responsabilidade criminal, devolverá o processo à mesma autoridade”.

56 Cfr. Acórdão n.º 360/2011, Diário da República n.º 211/2011, Série II de 2011-11-03, consultado em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/3280867/details/maximized?p_p_auth=3y019G95.

57 Artigo 198.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de Julho – “Exercício de atividade profissional não autorizado – 1 – O exercício de uma atividade profissional independente por cidadão estrangeiro não habilitado com a adequada autorização de residência, quando exigível, constitui contraordenação punível com uma coima de € 300 a € 1200; 2 – Pela prática das contraordenações previstas no número anterior podem ser aplicadas as sanções acessórias previstas nos artigos 21.º e seguintes do regime geral das contraordenações”. O n.º 1 e 2.º do art.º 198.º têm

afastamento de estrangeiros do território nacional)” acerca do exercício de atividade independente por cidadão estrangeiro não habilitado para tal, ainda que tenha decidido não alargar a análise na presente exposição.

Em bom rigor, e segundo o Ac. TRP, de 21/11/2007, proc. N.º 0744369, não deveria haver dificuldades de separação de cada um destes ramos, visto que cada um terá as suas especificidades.

“Retenha-se, desde já, que contrariamente ao que muitas vezes se pretende fazer crer, não são aplicáveis ao processo de contraordenação todas as normas processuais penais que regulam matérias não especificamente reguladas no âmbito deste último domínio, mas apenas e tão só os preceitos reguladores do processo criminal (que até poderiam não ser do Código de Processo Penal) que não colidam com o que resulta do RGCO”.

O que se verifica, no entanto, é uma confluência de pontos comuns que podem fazer perigar a independência de cada uma das atuações, podendo usar a “subserviência” de um face a outro ramo. Ainda assim, o Ac. TRC de 10/03/2012, relativo ao processo 14/12.8TBSEI. C1 apresenta claramente uma outra distinção que se prende com a distinção processual contraordenacional e judicial, no que respeita a fundamentação, exigindo-se “rigor formal” e “prescrição descritiva” unicamente na segunda. Podem, por isso, os agentes do ilícito contraordenacional “não ter conhecimento da proibição abstratamente aplicável, na sua descrição jurídica” mas “possuir a consciência do ilícito relevante para efeitos da culpa”, conforme determinado neste acórdão.

V. A permeabilidade da crimigração no direito contraordenacional e penal

A partir do exposto, e no caso em apreço (tal como na criminalidade económica, ambiental, financeira e infrações rodoviárias), contudo, a dúvida persiste e, nas palavras de Leite⁵⁸, “é na versatilidade da sanção administrativa que reside a verdadeira fonte de tentação do legislador para que qualifique a mesma conduta como crime e contraordenação”, sobretudo de considerássemos aqui as sanções acessórias administrativas. Tal constatação poder-nos-

.....
a mesma redação com a atual versão da Lei, introduzida pela Lei n.º 102/2017, de 28 de Agosto, cfr. Diário da República n.º 165/2017, Série I de 2017-08-28, tendo apenas sido acrescentado aos valores das coimas a menção “euro” por extenso: “(euro) 300 a (euro) 1200.

58 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 31.

-ia remeter para uma “dupla punição ou duplo julgamento” de um determinado facto previsto concomitantemente como infração criminal e administrativa contraordenacional. No caso dos estrangeiros, tal penderia como argumento da instalação de políticas crimigratórias, referenciadas na realidade norte-americana por Stumpf, em 2006 (vide Guia⁵⁹) com tentáculos fortemente instalados na Europa desde o início do século XXI (ainda que em Portugal sentida de forma muito ténue, face à desarmonização de políticas migratórias no seio dos Estados -membros da União Europeia). Nos Estados Unidos da América as políticas cunhadas de “crimigração” preveem que o Direito Administrativo se possa mesclar em soluções mistas com as do Direito Penal ao serviço da exclusão dos imigrantes da sociedade, em termos da criminalização da sua entrada ou permanência irregulares.

“As Leis de Imigração [norte-americanas] sofreram uma evolução que partiu de um processo administrativo primariamente civil para o sistema actual, o qual se encontra profundamente interligado com a Lei Penal. No início, as Leis de Imigração cruzavam-se com a Lei Penal apenas ao negarem a entrada a indivíduos com antecedentes criminais”⁶⁰.

Stumpf refere os três níveis a partir dos quais as práticas crimigratórias se têm feito sentir nos EUA: num primeiro a partir da sobreposição da Lei de Imigração e da Lei Penal na substância; num segundo a nível da aplicação da *law in action*, sendo que a lei de Imigração se assemelha crescentemente à da lei Penal e por último refere esta autora a adaptação de características penais às leis de imigração, dando o exemplo apresentado por Miller⁶¹ que menciona mais de vinte e cinco secções que compõem o *Immigration and Nationality Act* onde se enumeram condutas puníveis na lei penal e de imigração.

O panorama instalado nos diversos Estados-membros da UE no que respeita à implementação de medidas regulamentadoras da imigração, nomeadamente a partir da transposição da Diretiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002 na introdução

59 GUIA, Maria João – Imigração, ‘Crimigração’, e Crime Violento. Os Reclusos Condenados e as Representações sobre Imigração e Crime. Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2015.

60 STUMPF, Juliet – A Crise da Crimigração. In A Emergência da Crimigração. Coimbra: CINETS, 2012, p. 35. *Ver Act of Mar. 3, 1875, ch. 141, § 5, 18 Stat. 477* (que barra a entrada a pessoas condenadas por crimes de direito comum); Kanstroom, em 1908 (onde é observado que o enfoque das primeiras leis coloniais e estaduais era a exclusão de criminosos condenados, e não a deportação de cidadãos estrangeiros por envolvimento em conduta criminosa após a entrada). As primeiras leis estaduais a banir a entrada de criminosos condenados eram particularmente dirigidas aos indivíduos responsáveis pela entrada do criminoso, e não ao estrangeiro cadastrado.

61 MILLER, Teresa – Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. In Georgetown Immigration Law Journal. Washington. ISSN 0891-4370. V. 17, 2003.

da criminalização do auxílio à entrada e permanência ilegal de estrangeiros e das normas relativas à criminalização do auxílio à imigração ilegal, e seus posteriores desenvolvimentos nesta área, implicou diferenças entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais de cada Estado-membro: alguns legislaram a pena de prisão para os factos (a partir do Direito penal), outros apenas a coima (direito contraordenacional) e ainda outros usando uma solução mista⁶².

Por outro lado, a Diretiva 2008/115/CE prevê outras medidas aplicáveis a estrangeiros, onde consta a detenção que pode ser ordenada por autoridade administrativa ou judicial, dependendo do caso e da transposição que cada Estado-membro tenha feito no ordenamento jurídico de cada legislação.

“Art.º 15.º da Diretiva 2008/115/CE – Capítulo IV Detenção para efeitos de afastamento – *Artigo 15.º – Detenção* “A menos que no caso concreto possam ser aplicadas com eficácia outras medidas suficientes mas menos coercivas, os Estados-Membros só podem manter detidos nacionais de países terceiros objeto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o processo de afastamento, nomeadamente quando: a) Houver risco de fuga; ou b) O nacional de país terceiro em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento. A detenção tem a menor duração que for possível, sendo apenas mantida enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente e for executado com a devida diligência. 2. A detenção é ordenada por autoridades administrativas ou judiciais. A detenção é ordenada por escrito com menção das razões de facto e de direito”.

Não sendo minha intenção aqui ater-me sobre a detenção de estrangeiros, não posso deixar de salientar que este é um ponto em que o Direito Administrativo e Penal voltam a confluir numa perturbação ‘crimigratória’ que tem levantado controvérsia até ao presente momento. Para se entender o alcance de tal preocupação, deixarei aqui apenas uma citação de Stumpf da realidade norte-americana relativamente às detenções de estrangeiros como “castigo⁶³”, tema preocupante e atual cada vez mais premente de reflexão:

62 Segundo o relatório da FRA (2014: 9), o crime de auxílio à imigração ilegal é punido com pena de prisão até 14 anos no Reino Unido ou até 10 anos na Grécia e as coimas variam entre os €78,000 na Holanda e os € 100,00 em Espanha, sendo em ambos Estados-membros apenas punível se tal implicar fim lucrativo.

63 Daniel Kanstroom (Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts About Why Hard Laws Make Bad Cases. In Harvard Law Review. Cambridge. ISSN 0017-811X. V. 113, 2000) “descreve a forma como a deportação, interpretada através da teoria da Lei Penal, é aplicada como um castigo penal que incapacita o deportado, dissuade potenciais transgressores e aplica uma retribuição). Os cidadãos estrangeiros que se encontram a

“O Acto Legislativo Patriótico, aprovado em 2001, autorizou o Procurador-Geral a deter cidadãos estrangeiros sem acusações criminais durante sete dias⁶⁴. No entanto, detenções⁶⁵ mais longas rapidamente se tornaram a regra, com base na ampliação de regras administrativas que passaram a permitir a detenção sem acusações durante “um período razoável de tempo”, sob circunstâncias extraordinárias⁶⁶.”

Engbersen atribuiu o epíteto à “Europa Panóptica”, aferindo a vertente foucaultiana da “correção de comportamentos”, mas sobretudo por se transformar recentemente numa “fábrica de exclusão” de “pessoas habituadas ao seu estatuto de excluídos”⁶⁷. Uma lacuna identificada nos estudos sobre o fenómeno da ‘crimigração’ por Van der Leun e Van der Woude (2012) é a predominância do recurso à perspetiva jurídica, limitação essa que se propõem ultrapassar, na senda de Aas, redefinindo a ‘crimigração’ como “o entrelaçar do controlo da criminalidade e do controlo da imigração” o que obrigou a reflexões sociais⁶⁸.

.....
aguardar procedimentos de imigração ou de remoção estão muitas vezes detidos no mesmo sistema e sob as mesmas condições que os reclusos que se encontram a cumprir penas. Talvez o paralelo mais lógico para o encarceramento seja a deportação, já que ambos são utilizados como soluções no caso de indivíduos que tenham violado a Lei de Imigração ou a Lei Penal” (STUMPF, Juliet – The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime & Sovereign Power. Lewis & Clark Law School, 2006. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/56/stumpf.pdf?rd=1>).

- 64 Ver AKRAM, Susan M.; KARMELY, Maritza – Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is Alienage a Distinction Without a Difference?. In UC Davis Law Review. Davis. ISSN 0197-4564. V. 38, 2005, enumerando as várias disposições encontradas no Acto Legislativo Patriótico e que visam especificamente cidadãos de origem árabe e muçulmana.
- 65 Miller (Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penalty. In Georgetown Immigration Law Journal. Washington. ISSN 0891-4370. V. 17, 2003) refere que o “objectivo da detenção no contexto da imigração é assegurar que o cidadão estrangeiro se encontre presente nas audiências administrativas, e garantir a sua rápida remoção do país. Mas, mesmo que a privação da liberdade não constitua uma sentença no sentido penal, ela assemelha-se a um castigo penal.
- 66 STUMPF, Juliet – A Crise da Crimigração. In A Emergência da Crimigração. Coimbra: CINETS, 2012, p. 53.
- 67 GUIA, Maria João; PEDROSO, João – A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da união europeia. In REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília. ISSN 1980-8585. A. XXIII, N.º 45, 2015.
- 68 Cfr Guia e Pedroso (GUIA, Maria João; PEDROSO, João – A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da união europeia. In REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília. ISSN 1980-8585. A. XXIII, N.º 45, 2015, p. 138-139), “À esfera jurídica definida por Stumpf (que identifica a convergência da Lei da Imigração e da Lei Penal, com a aproximação dos respetivos aspetos processuais e aplicação de leis), que as autoras classificam como “manifestações exteriores e visíveis assumidas pelo Estado” de forma consciente, junta-se um complexo processo social que contribui para a construção do conceito de criminalidade e de estereótipos que lhe servem de base. Para as autoras, esta complexidade da análise é essencial para o desenvolvimento de estudos comparativos e interdisciplinares sobre o fenómeno, que em si também é dinâmico e transfronteiriço e que se manifesta de forma diferente em vários países. É, assim, essencial compreender de que forma conceitos como *criminalidade* e *imigração* são enquadrados e introduzidos na esfera social e política e que tipo de discursos suscitam em ambas, já que são estas esferas que formam a base sobre a qual a dimensão jurídica é construída, para funcionar como uma “arma de controlo social”.

VI. Conclusões

O presente artigo aborda uma problemática atual, que evoluiu de forma rápida e algo perigosa numa crescente fiscalização do Estado relativamente às atividades dos cidadãos, nomeadamente dos estrangeiros, a partir de uma vertente regulamentadora imposta pelo Direito em franca expansão desde meados do século passado. É apresentada uma perspetiva convergente do direito sancionatório, penal e de estrangeiros numa esquizofrenia duvidosa, a partir da emergência de políticas ‘crimigratórias’ descritas a partir da realidade norte-americana e com um potencial transplante para a realidade europeia, sentindo-se já a partir das medidas díspares da transposição de diretivas europeias no campo da imigração, nomeadamente da gestão da irregularidade de estrangeiros no seio da União Europeia. Assim, as diferenças sentidas na factualidade considerada ilícitos de mera ordenação social e a que tem vindo a ser crescentemente incluída enquanto factualidade criminal, prevista e punida por lei (ou até soluções mistas, como as que brevemente foram abordadas) trazem à luz problemas prementes para reflexão, sobretudo no que concerne a potencial lesão de direitos fundamentais e a desarmonização de medidas europeias pelos diversos Estados-membros. É necessário estar atento. É necessário pensar qual a Europa que queremos construir e em que queremos viver. Começa com a análise das medidas em vigor. Estaremos a permitir a atuação sancionatória do Direito Administrativo ao serviço de uma crescente criminalização e exclusão? Ou será Portugal uma exceção, analisando-se o direito contraordenacional de estrangeiros? Questões das quais decorrem muitas outras e que exigem reflexão.

Bibliografia

- AKRAM, Susan M.; KARMELY, Maritza – Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is Alienage a Distinction Without a Difference?. In UC Davis Law Review. Davis. ISSN 0197-4564. V. 38, 2005, p. 634-35.
- CASTLES, Stephen; MILLER, Mark – The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World. 2nd ed. London: Macmillan, 1998.
- CORREIA, Eduardo – Direito Penal e Direito de mera ordenação social. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. ISSN 0303-9773. V. 49, 1973, p. 257-281.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS [FRA] – Criminalisation of Migrants in an Irregular Situation and of Persons Engaging with them. Luxembourg: Publications Office, 2014.
- GUIA, Maria João – As Fronteiras da Imigração, Crime e Crimigração in “Fronteiras”. In Fronteiras. Instituto Internacional Casa de Mateus: IICM, 2013, p. 30-38.
- Imigração, ‘Crimigração’, e Crime Violento. Os Reclusos Condenados e as Representações sobre Imigração e Crime. Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2015.

- GUIA, Maria João; PEDROSO, João – A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da união europeia. In REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília. ISSN 1980-8585. A. XXIII, N.º 45, 2015, p. 129-144.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985 assinada em Schengen em 19 de junho de 1990. Acervo de Schengen, tal como referido no n.º 2 do artigo 1.º da Decisão 1999/435/CE do Conselho de 20 de Maio de 1999. [Consultado em: 18/12/2017]. Disponível em: http://www.refugiados.net/cidadevirtual/legislacao/leis/conv_schengen_decis_com_exec.pdf.
- KANSTROOM, Daniel – Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts About Why Hard Laws Make Bad Cases. In Harvard Law Review. Cambridge. ISSN 0017-811X. V. 113, 2000, p. 1890-1935.
- LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>.
- MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016.
Sumários desenvolvidos de apoio às aulas, policopiados. Coimbra: FDUC, 2017.
- MILLER, Teresa – Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. In Georgetown Immigration Law Journal. Washington. ISSN 0891-4370. V. 17, 2003, p. 611-666.
- PEREIRA, António Beça – Regime Geral das Contraordenações e Coimas Anotado. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Nota à Comunicação Social – Taxas aplicadas pelo SEF no âmbito da Lei de Estrangeiros. [Consultado em: 28/12/2017]. Disponível em: http://www.sef.pt/portal/v10/PT/asp/noticias/Noticias_Detalhe.aspx?id_linha=5024.
- STUMPF, Juliet – A Crise da Crimigração. In A Emergência da Crimigração. Coimbra: CINETS, 2012.
The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime & Sovereign Power. Lewis & Clark Law School, 2006. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/56/stumpf.pdf?rd=1>.

Desistência em Caso de Comparticipação

Withdrawal in case of Contribution

ABRÃO AMISY NETO¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 108-129
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.7>
Submitted on March 28th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 28 de Março, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

I. Introdução

O objeto da investigação é o instituto da desistência em caso de comparticipação, ou seja, a relevância e as consequências do abandono ou do arrependimento do propósito criminoso por parte de um dos agentes que concorrem para o crime.

A importância do estudo relaciona-se basicamente com a regulamentação prevista no Código Penal² que, longe de ser uma crítica, apresenta respostas singulares quando confrontado com outros ordenamentos jurídicos que tratam da matéria com distintas soluções ou, como é o caso do Brasil, que desconhecem por completo na lei penal eventuais particularidades decorrentes da específica situação.

Para atingir o objetivo proposto, buscamos estabelecer inicialmente as bases jurídicas que sustentam a desistência e a relação com a figura do “crime tentado” que, regra geral, apresenta-se como principal referência, medida e seu limite.

A natureza jurídica da desistência, o seu fundamento, os requisitos e as hipóteses que autorizam a respectiva incidência ou exclusão serão tratados de maneira a apresentar as diversas opiniões que, apesar de muitas vezes antagónicas, contribuem para parciais conclusões que serão relevantes para os subtemas posteriores.

Em continuidade, compreendemos imprescindível a apresentação de conceitos relativos à comparticipação, nomeadamente com o fim de distinguir os diversos papéis que os indivíduos podem desempenhar no ilícito penal e as consequências para cada uma das hipóteses, a depender de serem protagonistas (figuras centrais) ou coadjuvantes (figuras acessórias) na realização do evento criminoso.

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás. Mestre em Ciências da Educação (Pontifícia Universidade Católica de Goiás). Mestrando em Ciências Jurídicas (Universidade Autónoma de Lisboa).

2 Neste trabalho, a referência “Código Penal” indica o Código Penal português ora vigente.

Ofertadas as observações a respeito da desistência e da comparticipação, será possível analisar a regulamentação portuguesa da “desistência em caso de comparticipação”, tema principal do trabalho.

No percurso investigativo, apresentaremos os aspectos jurídicos que acreditamos mais importantes, as divergências existentes entre os doutrinadores e, sempre que possível, as referências jurisprudenciais, a incluir, por acreditarmos importante, a posição de penalistas brasileiros e o tratamento dispensado pelo Código Penal brasileiro, cuja regulamentação é bastante lacónica quando comparada à lei portuguesa.

Ao final, serão expostas as nossas conclusões sobre as questões mais importantes, inclusive aquelas que acreditamos passíveis de críticas

II. Crime Tentado e Desistência

É de MANTOVANI a afirmação de que “o delito, como ato humano, nasce, vive e morre”³.

O caminho do crime, do nascimento até a sua morte, utilizando-se da metáfora acima retratada, é composto de diversas fases denominadas doutrinariamente em seu conjunto como *iter criminis* e que vem retratar as etapas que se iniciam com a ideia criminosa e findam com a consumação, na qual os elementos do tipo penal encontram-se objetiva e subjetivamente preenchidos.

Tais fases são as seguintes: a) cogitação (*cogitatio*); b) preparação (*conatus remotus*); c) execução (*conatus proximus*); e, por último, d) consumação.

Em síntese, o *iter criminis* possui uma fase interna (cogitação) e três fases externas (preparação, execução e consumação)⁴.

Quanto à fase interna, é indiscutível que a intervenção penal não pode ser ampla a ponto de punir valores morais ou ideias censuráveis do indivíduo, pois de tais situações não há como resultar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico eventualmente tutelado, razão pela qual a cogitação (primeira fase do *iter criminis*) é impunível: *cogitationis poenam nemo patitur*⁵.

Em relação aos atos preparatórios, a regra é também de afastamento da punição, até mesmo por dificilmente encontrarem-se descritos no tipo penal e também por não possuírem aptidão, por si, para colocar em risco o bem jurídico.

3 Mantovani *apud* PRADO, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro. p. 371.

4 É evidente que em alguns casos não haverá como vislumbrar tais fases de maneira cartesiana, pois a complexidade da ação humana “e recorrência de motivações se não coaduna com a frieza do rigor classificatório” (COSTA, José Francisco de Faria – Formas de Crime. p. 158).

5 “Ninguém pode sofrer pena pelo pensamento”.

Contudo, tal regra admite exceções, o que é objeto de expressa previsão no art. 21.º do Código Penal: “Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário”⁶.

Pode ocorrer, porém, que a última fase do *iter criminis* não se verifique, isto é, presentes a cogitação, a preparação e iniciada a execução, não há a reunião de todos os elementos pertinentes ao crime, nomeadamente os relacionados ao tipo objetivo.

Neste contexto, de acordo com o art. 22.º, n.º 1, do Código Penal, existe a tentativa (*conatus*, “crime imperfeito”, “crime inacabado” ou “crime incompleto”) que, na definição da lei, ocorre “quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”.

É assim possível constatarmos pela referida redação que a tentativa é possuidora dos seguintes elementos: a) decisão pelo cometimento do facto; b) prática de atos de execução; e, finalmente, c) não consumação do crime.

Na tentativa, portanto, estão presentes dois elementos, um deles subjetivo (intenção de realizar o tipo) e um objetivo (ação de execução do tipo), bem como ausente o terceiro elemento, daí ser denominado por CIRINO DOS SANTOS de “elemento negativo da tentativa”, que vem a ser o próprio resultado⁷, o que a caracteriza como tipo incompleto: estrito preenchimento do tipo subjetivo e ausência do tipo objetivo⁸.

Não consumado o delito, poderia ser indagado o porquê da punição, isto é, os fundamentos que recomendam que o crime tentado não seja considerado um irrelevante penal.

Repisamos que, por não existir um “crime tentado” desvinculado da intenção consumativa, é adequado defender a posição de que não há distinção ontológica entre o fundamento da punição do crime tentado e o fundamento da punição do crime consumado, embora o primeiro apresente um menor desvalor do resultado.

Assim, por coerência, não se deve olvidar que o fundamento da punibilidade da tentativa, tal como do crime consumado, demanda a análise a respeito da função do Direito Penal no respectivo ordenamento jurídico: se é a proteção do bem jurídico, o fundamento preponderante é o perigo a ele próprio; se é a reafirmação de vigência da lei penal, o funda-

6 O Código Penal, por exemplo, prevê a punição no art. 262.º, que trata do delito de “contrafacção de moeda”, e no art. 271.º, que pune actos preparatórios, por esta própria natureza, além de outros tipos penais nos quais tais actos são punidos.

7 SANTOS, Juarez Cirino – Direito Penal: Parte Geral. p. 384.

8 É a tentativa um “tipo dependente”, isto é, não existe por si mesma, conforme ensina GALDINO SIQUEIRA: “O exposto mostra ainda que constitui a tentativa uma forma degradada do delito consumado, mas considerada em si mesma formando um crime perfeito, não tem, porém, autonomia pode constituir um crime *sui generis*, autónomo ou infração contravencional como pretendem alguns autores” (Tratado de Direito Penal. p. 560). Consequentemente, a punição advém de uma “norma de ampliação de conduta” ou “norma de adequação típica de subordinação mediata”.

mento é o abalo da confiança da comunidade na norma jurídica; se ambos, haveria então um fundamento híbrido ou misto a sustentar a punição.

Para maior esclarecimento, merecem ser apresentadas as teorias vinculadas ao tema: a) teoria subjetiva ou voluntarística: a punição advém da intenção criminosa, isto é, no desvalor da ação, o que poderia justificar a pena similar entre o crime tentado e o consumado; b) teoria sintomática: a tentativa revela a periculosidade do agente, razão pela qual seria possível até mesmo a punição dos atos preparatórios (Escola Positivista, nomeadamente); c) teoria objetiva, causalista ou dualista: considera preponderantemente o perigo ao bem jurídico tutelado, a expressar o desvalor do resultado e a merecer, assim, uma pena menor; d) teoria objetivo-subjetiva ou teoria da impressão: postula que a punição pelo crime tentado resulta do facto de a própria execução do delito, ainda que não alcançado o propósito do agente e desde que configure uma relevante intervenção no ordenamento jurídico, ser apta a materializar a dignidade penal do facto e a criar na comunidade a impressão de ofensa ao direito, o que indicaria a necessidade de reprimenda com o fim de restabelecer a confiança na vigência da norma; e) teoria da união: elaborada por ROXIN⁹, busca a aproximação dos fundamentos da punição derivada do perigo próximo ao tipo, o que seria a regra, e da violação perturbadora da norma quando próximo tal perigo, o que seria a exceção, ambas as derivações sustentadas nos fins preventivos da pena¹⁰.

Das teorias expostas, compreendemos mais compatível com o ordenamento jurídico-penal de Portugal a teoria da impressão, que inclusive se mostra majoritária.

Uma outra questão que merece análise, pois será relevante nas regras relativas à desistência na comparticipação, refere-se à linha divisória entre atos preparatórios e execução do delito, pois justificará a punição ou não a depender do estágio alcançado no *iter criminis*.

No Brasil, até mesmo pela ausência de maior especificidade normativa a respeito do que se considera início da execução, adota-se de forma preponderante a teoria “objetivo-formal” ou “lógico-formal”, de acordo com a qual o início da execução é caracterizado pela definição do núcleo do tipo, ou seja, pela prática de conduta que preencha o seu elemento central.

O Código Penal português, embora também acolha a referida teoria, acrescenta outras hipóteses por ela não abarcadas a respeito do que vem a ser “atos de execução”, o que está expresso no art. 22.º, n.º 2: “a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a

9 ROXIN, Claus – Derecho Penal: Parte General. Tomo 2. p. 436

10 FIGUEIREDO DIAS, franco defensor da “teoria da impressão”, critica a teoria propugnada por ROXIN e afirma que os problemas relacionados à tentativa impossível não poderiam ser respondidos sem referência à teoria da impressão (Direito Penal: Parte Geral. p. 692).

experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

Regra geral, o início da execução do delito culmina em sua consumação, conforme foi possível apreender das etapas do *iter criminis*.

Apesar disto, há casos, por certo não raros, que o caminho do crime não alcança a consumação, embora iniciada a execução. Tal situação pode ocorrer pelo advento de alguma circunstância não desejada pelo agente ou, por outro modo, por alguma outra convergente com a sua vontade, seja, por exemplo, pelo intermédio do abandono da execução ou pela prática de condutas que tiveram a finalidade de impedir que o crime se consumasse.

Em conformidade com a última hipótese, estatuí o Código Penal, em seu art. 24.º, n.º 1, sob a denominação “desistência”: “A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime”.

É correto estabelecermos os seguintes requisitos iniciais de ordem alternativa que possibilitam a não punição – ou menor punição – do agente pela desistência: a) abandono voluntário da execução¹¹; b) impedimento da consumação mediante uma contra-conduta, se já esgotados os atos de execução; c) impedimento da produção do resultado não compreendido no tipo mediante uma contra-conduta, se já consumado formalmente o delito.

Quanto à natureza da desistência, não se desconhece relevante posição doutrinária no sentido de que resulta a sua ocorrência em atipicidade, tese acolhida de forma muito mais favorável no Brasil do que em Portugal, nomeadamente pela redação contida no Código Penal brasileiro.

Assim, o seu art. 14.º, inciso II, dispõe que se considera tentado o crime quando, iniciada a execução, “não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Portanto, se o agente abandonou a execução ou impediu a produção do resultado, o delito não teria se consumado por circunstâncias inerentes e não alheias à sua vontade, o que afastaria a tipicidade da tentativa¹².

11 Somente é possível falar em desistência quando transporta a linha divisória entre atos preparatórios e começo da execução e antes da consumação do delito. Como regra, antes da consumação formal. Em Portugal, como será visto de maneira pormenorizada, existe singular ampliação ao possibilitar os benefícios da desistência mesmo após a consumação formal, desde que antes da consumação material, além de hipótese mais ampla na desistência em caso de comparticipação.

12 Neste sentido, afirma CEZAR ROBERTO BITENCOURT que se trata de “causa de exclusão da adequação típica” em razão do teor do art. 14.º, inciso II, do Código Penal brasileiro, uma vez que o não atingimento da consumação adveio, afinal, da própria vontade do agente: “Não havendo tentativa, pela falta de um dos seus elementos (não-ocorrência por circunstâncias alheias à vontade do agente), não se pode falar em extinção da punibilidade, mas deve-se falar tão-somente em inadequação típica” (Teoria Geral do Delito. p. 482).

A atipicidade, para outros autores, também poderia ser sustentada na ausência de dolo, pois se o agente cessa a prática da qual resultaria o resultado inicialmente almejado ou vem a praticar algum ato na direção contrária da realização completa do evento criminoso, restaria ausente o elemento subjetivo indispensável ao crime tentado e aí também residiria a atipicidade advinda da desistência¹³.

Apesar disto, a presença de doutrinadores que compreendem a desistência como causa pessoal de afastamento da punição é bastante expressiva¹⁴ e, para a defesa da tese, a excluir a redação da norma de extensão da tentativa, pouco favorável a ela, os argumentos apresentados não diferem fundamentalmente daqueles encontrados na doutrina portuguesa¹⁵, especialmente pela elaboração de um raciocínio de difícil contestação: o que é típico no início de execução, tanto objetivamente quanto subjetivamente, não se transforme em atípico em virtude da desistência: “a tentativa uma vez acontecida não pode ser suprimida retroativamente”^{16 17}.

No contexto da comparticipação, aliás, é certo que a compreensão da desistência como causa de atipicidade implicaria solução contrária à normatização do instituto no Código Penal português, especialmente pelo facto de que a atipicidade da conduta do autor automaticamente beneficiaria o outro que não pretendia abandonar a execução e que eventualmente buscou, ainda que sem sucesso, a consecução do plano inicial, conclusão oposta ao sistema de responsabilidade apresentado na lei¹⁸.

Além das categorias “tipicidade” e “punibilidade”, há aqueles que afirmam ser a natureza jurídica da desistência causa de exclusão ou de extinção da culpabilidade.

Para ROXIN, a desistência implicaria ausência do injusto penal e, por conseguinte, do que prevenir, a afastar a culpabilidade, o que é compatível com o seu pensamento de a culpabilidade vincular-se à finalidade da pena¹⁹.

Porém, tal elaboração é objeto de crítica por autores como ZAFFARONI, especificamente sob o argumento de que esta teoria padece do mesmo problema da teoria da atipici-

13 É a posição de Ângelo Raffaele Latagliata em sua obra *La Desistenza Volontaria* (apud ZAFFARONI, Eugênio Raúl – *Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência*. p. 89).

14 Para GALDINO SIQUEIRA trata-se de isenção de pena, “por isso que deixa intactos os elementos constitutivos da tentativa punível, afastando apenas a sanção penal, por considerações de ordem utilitária” (*Op. Cit.* p. 588).

15 É certo que a redação da lei penal a respeito da desistência em Portugal indica a pouca possibilidade de acolhimento de tese distinta, uma vez que o art. 24.º, n.º 1, dispõe que, na desistência, a “tentativa deixa de ser punível (...)”.

16 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio – *Comentários ao Código Penal*. p. 93.

17 Como afirma LISZT, “o facto não pode mais ser alterado, suprimido ou ‘anulado retroativamente’. Pode porém a lei, por considerações de política criminal, construir uma ponte de ouro para a reirada do agente que já se tornará passível de pena” (LISZT, Franz von – *Tratado de Direito Penal Alemão*. p. 342).

18 Para FIGUEIREDO DIAS, a natureza jurídica da desistência é de pressuposto negativo da punibilidade em decorrência da falta de dignidade punitiva do facto global (*Op. Cit.* p. 862).

19 *Op. Cit.* p. 602

dade, uma vez que não seria possível compreender que uma propósito posterior seja apto a afastar a reprovabilidade da conduta anterior já praticada²⁰.

Afastada a natureza jurídica da desistência das categorias “tipicidade” e “culpabilidade”, passa-se a analisar os fundamentos que recomendam a não punição (“punibilidade”).

Como ideia geral, o seu fundamento tem nítida inspiração político-criminal consistente, por um lado, no afastamento do perigo ao bem jurídico tutelado e, por outro, na extinção da “impressão ameaçadora que a tentativa apresenta”²¹, de maneira tal que a não punição, apesar da tipicidade da tentativa, acaba por representar, mas não somente, um prémio pelo novo caminho que o agente optou por percorrer.

A teoria do direito premial (teoria da graça ou teoria do perdão) como fundamento da desistência por certo não é a única, sendo possível encontrar na doutrina outras teorias: a) teoria dos fins da pena: a desistência indicaria a desnecessidade da pena por ter o agente “regressado” ao direito; b) teoria político-criminal: a desistência estimularia o agente a não prosseguir na consumação a partir da concessão de benefícios mais amplos do que a do crime tentado, o que foi denominado por LISZT, a partir de FEUERBACH, como “ponte de ouro”.

A respeito da desnecessidade da pena em virtude do “regresso ao direito”, cuja formulação é conferida preponderantemente ao alemão ROXIN, a crítica relaciona-se com o facto de o privilégio da desistência ser concedido ainda que o abandono da execução ou o impedimento da consumação não sejam decorrentes de uma motivação ética por parte do agente, bastando a voluntariedade, o que indicaria, a depender de uma motivação menos nobre, ao menos no nível teórico, a necessidade da prevenção especial.

Quanto à teoria incorporada por LISZT, que encontra boa acolhida na doutrina penal brasileira, a objecção é a seguinte: para alguém ser estimulado a algo é necessário que possua ciência da existência dos critérios de merecimento para alcançar o benefício, o que não é comum ao cidadão não familiarizado com as leis penais^{22 23}.

De qualquer forma, concordamos com FIGUEIREDO DIAS quando afirma ser impossível a adoção de uma teoria única para fundamentar a impunidade pela desistência, até mesmo em razão de, no limite, as teorias interrelacionarem-se, além do que se busca

20 *Op. Cit.* p. 90.

21 *Idem.* p. 91.

22 Para ZAFFARONI, “(...) não acreditamos que se deve rechaçar de plano os argumentos daqueles que fundam a existência e o arrependimento na ‘ponte de ouro’ e no ‘fim da pena’, mas esses podem e devem ser considerados como suportes auxiliares que servem de fundamento à desistência como causa de impunidade” (*Op. Cit.* p. 93).

23 Apesar da crítica à teoria de LISZT, também adverte FIGUEIREDO DIAS que a “teoria em exame dar a entender muito exactamente que o privilégio é político-criminalmente fundado em vista de aumentar as hipóteses de preservação do bem jurídico e de integridade da esfera da vítima”, o que é adequado (*Op. Cit.* p. 728).

seguramente “a dissociação entre o agente e a consumação do seu projecto criminoso”²⁴ com a finalidade de protecção do bem jurídico, de inversão de perigo para a vítima, de recompensa pelo mérito de “regresso ao direito”, de “reversibilidade da lesão” e de “inversão de perigo”.

O segundo aspecto a ser analisado refere-se ao facto de o Código Penal dispor que o agente será beneficiado, se voluntariamente “desistir de prosseguir na execução do crime ou impedir a consumação (...)”.

Quanto a esta questão, apontamos que no Código Penal brasileiro há expressa referência aos institutos da “desistência voluntária” e do “arrependimento eficaz”, ao contrário do que se verifica em Portugal, que se utiliza tão somente do género “desistência” para abranger as duas espécies, apesar da mesma base conceitual.

De qualquer maneira, a primeira parte (“desistir de prosseguir na execução do crime”) relaciona-se à denominada “tentativa inacabada”, “tentativa abandonada” ou “tentativa imperfeita”); a segunda parte (“impedir a consumação”), à “tentativa acabada”, “tentativa perfeita” ou “crime falho”.

Na hipótese inicial, o agente ainda não esgotou todos os atos executórios e vem a voluntariamente interromper (abandonar) a conduta delituosa; na outra, todos atos executórios foram praticados, razão pela qual o insucesso – agora desejado – do projeto criminoso não mais depende da cessação da conduta, mas sim de um novo comportamento apto a evitar que o resultado típico venha a ser atingido²⁵.

Apesar de não ser uniforme na doutrina, propugnamos que o melhor critério para definir a linha divisória entre a “tentativa inacabada” e a “tentativa acabada” é essencialmente subjetivo, ou seja, é necessário que seja constatado de início o plano do facto pelo autor e, preponderantemente, as circunstâncias concretas de sua execução, no último caso para apurar a representação do autor quanto à prescindibilidade ou não de reiteração de actos com o fim de consumir o delito, o que servirá para responder se, na referida representação, a tentativa estava ou não acabada e, por conseguinte, se a hipótese é de

24 (*Idem.* p. 730).

25 Na tentativa acabada, é necessária uma ação no sentido contrário à consumação, ou seja, a “movimentação de uma nova cadeia causal”, na palavra de FIGUEIREDO DIAS (*Op. Cit.* p. 740) e que, por intermédio de uma idônea conduta, tenha impedido a consumação do delito.

abandono da execução ou de necessária contra-conduta com o fim de evitar a consumação do delito^{26 27 28}.

Até esta fase do estudo, poderia ser compreendida a eventual inexistência de relevante distinção das regras previstas na lei penal portuguesa e as encontradas em ordenamentos jurídicos de semelhante inspiração.

Porém, na continuidade deste trabalho é possível observar uma ampliação inusual da impunidade pela desistência, ao assim dispor o Código Penal: “a tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente (...) impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime” (art. 24.º, n.º 1).

É cediço que “tentativa” e “desistência” devem ser consideradas em conjunto para correta análise normativa e doutrinária. Mais ainda, “tentativa” e “consumação” são conceitos que, regra geral, não podem coexistir na mesma ação típica, pois a ocorrência da segunda implica ter ultrapassado a primeira.

Por aparente lógica, da mesma forma não seria possível falar em “desistência” se o crime é “consumado”.

Entretanto, consoante CAVALEIRO DE FERREIRA, a hipótese em comento nada mais é do que a aceitação da “desistência em um crime consumado”²⁹.

Para melhor elucidação, relembramos que, em determinados crimes, nomeadamente nos denominados “crimes de consumação antecipada”, o resultado descrito no tipo penal é prescindível para que o delito caracterize-se como consumado, ou seja, a consumação não coincide com o momento de produção do resultado.

26 De acordo com o mesmo autor “(...) é hoje praticamente unânime que se torna indispensável recorrer às representações do agente sobre o estágio alcançado de realização do facto, só elas podendo servir para determinar se aquele fez já tudo o que intentava fazer para a realização integral do facto e toma por isso a sua verificação, sem mais, por possível” (Op. Cit. p. 734).

27 Na lição de LUIZ FLÁVIO GOMES, a diferença entre tentativa perfeita e imperfeita dependerá: a) do plano do autor; b) do meio escolhido; c) dos atos externos realizados; d) das circunstâncias de cada caso. (Direito Penal. p. 485).

28 Conforme a teoria da consideração conjunta, de maior aceitação, a representação relevante aqui relaciona-se ao último ato de execução, momento em que, para o agente, a conduta já praticada está apta à consumação. Para a teoria do ato individualizado, o relevante é o início da execução em consonância com o seu plano inicial. O exemplo é de FIGUEIREDO DIAS (Op. Cit.: p. 735): “A” intenta matar “B” e, por seu plano inicial, bastaria um tiro para fazê-lo. Efetuado o disparo, a vítima sequer é atingida. Para a teoria, trata-se de tentativa acabada e não mais possível é a desistência, apesar de o revólver ainda estar carregado de projeteis, voluntariamente não utilizados por “A”. Constata-se, sem maior dificuldade, que há uma incongruência entre a solução ofertada e o fundamento político-criminal da impunidade pela desistência.

29 Apud PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre – Código Penal Anotado e Comentado. p 137.

Em tais hipóteses, se o resultado que está além do necessário para a consumação do crime for alcançado, afirma-se que houve o “exaurimento” do crime, ou a sua “terminação” ou “conclusão” ou, ainda, a sua “consumação material”, que não integram o *iter criminis*.

Assim, nos crimes de consumação antecipada haverá dois momentos absolutamente distintos: no primeiro, a “consumação formal”; no segundo a “consumação material”.

Conforme opção legislativa agora analisada, o regime de privilégio pela desistência pode ser reconhecido ainda que consumado formalmente o delito e desde que não produzido o resultado que inspirou o projeto criminoso, isto é, desde que não verificada a “consumação material”, o que é elogiável por permitir maior proteção ao interesse da vítima e alargar a possibilidade de abrangência do privilégio em circunstância compatível com os fundamentos político-criminais da desistência.

Por óbvio, se ultrapassada a consumação formal, a única hipótese de impunidade é mediante uma ação, isto é, uma contra-conduta que impeça a ocorrência do resultado previsto no tipo penal, tal como ocorre na desistência da tentativa acabada (arrepentimento ativo e eficaz).

Tal impedimento, ainda, deve ser, como regra, imputável ao agente, ou seja, é necessário que a ele seja atribuída a contra-conduta que se mostrava idônea para impedir a consumação ou evitar a produção do resultado, ainda que, ao final, auxiliado por outra pessoa (teoria da criação de oportunidades)³⁰.

Salientamos ainda a exigência legal de voluntariedade no abandono da execução, o que indica não ser necessário que seja espontâneo e muito menos que o móvel da desistência seja nobre ou que imprescinda de alguma valoração ética.

Embora presentes algumas questões polêmicas a respeito, é preciso destacar que o recuo do agente na prática delituosa quando ainda pode consumir o delito é a característica basilar do conceito. De acordo com FRANK, haverá desistência quando o agente encontrar-se na situação “posso, mas não quero consumir o delito” e haverá tentativa se quer praticá-lo, mas não mais puder³¹.

Ainda mais, no sistema de punibilidade decorrente da desistência, não é raro que o delito a ser cometido englobe simultaneamente outro delito. No Código Penal brasileiro, aliás, há

30 Pela teoria da criação ótima, hoje minoritária, deve a conduta do agente espelhar a melhor das opções que teria para evitar a consumação ou que tenha utilizado de todas as opções disponíveis. Para ROXIN (*Op. Cit.* p. 675), entretanto, há de se distinguir se a consumação foi evitada por ato próprio do agente (impedimento por mão própria) ou por ato preponderante de terceiro (impedimento por mão alheia). No primeiro caso, aplica-se a teoria da criação de oportunidades; no segundo, a teoria da criação ótima. Tal teoria da diferenciação é objeto de crítica por parte de FIGUEIREDO DIAS: “vamos ao ponto de considerar que o privilégio da desistência deve ser concedido ao agente mesmo quando ele se constitui em mero auxiliar do salvamento” (*Op. Cit.* p. 742).

31 Apud SANTOS, Juarez Cirino – *Op. Cit.* p. 396.

expressa menção à punição residual em decorrência da tentativa qualificada, nomeadamente ao dispor que o agente, impune pela tentativa, “responde pelos atos já praticados”.

Nesta hipótese, designada “tentativa qualificada”, ou seja, quando já consumado um delito que era abrangido pelo outro que foi objeto da desistência, apesar de esta consequência não constar expressamente do Código Penal, não existe discrepância doutrinária e jurisprudencial a respeito de a punição residual ser consequência óbvia³².

Há outra questão merecedora de destaque: até agora tratamos do impedimento da consumação por obra do agente, hipótese que, embora mais comum, não abarca todas as possibilidades, uma vez que pode ocorrer de a consumação ser impedida por facto independente da contra-conduta do desistente.

Neste caso, de acordo com o art. 24.º, n. 2, do Código Penal, “Se o sucesso do impedimento da consumação decorre de facto independente de sua conduta, ainda assim será impunível se tiver esforçado seriamente para evitar a consumação”.

A nota fundamental elencada pelo legislador encontra-se na definição do que vem a ser “esforço sério”, por nós compreendido, na lição de FIGUEIREDO DIAS, no sentido de que não basta a intenção, ainda que sincera, de afastar a consumação, e sim a tomada de ações que, no âmbito da representação do agente, eram necessários, dentro de suas possibilidades, para efetivamente impedi-la.³³

Isto exposto, é sempre salutar relembrar ser incabível a impunidade, no sistema do art. 24.º, se o resultado vier a ocorrer, ainda que tenha o desistente sinceramente buscado, por si ou com auxílio de terceiro, impedi-lo.

Por último, frisamos que, no âmbito da desistência, há previsão na Parte Especial de benefício pela atividade contrária à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (por exemplo: arts. 161.º, 162.º, 186.º, n.º 1, 362.º, n. 1.º, dentre outros), a prevalecer sobre a regulamentação geral inserta nos arts. 24.º e 25.º³⁴.

32 O Código Penal espanhol, em seu art.º 16, n.º 2, também menciona a responsabilidade residual em sua última parte: “(...) sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

33 Neste aspecto, o esforço sério deve ser “demostrado através de actos concretos (não basta a mera intenção) mas, que, todavia, não foi determinante para o evitar (arrependimento activo, mas ineficaz)” (SANTOS, Simas; HENRIQUES, Leal – Noções de Direito Penal. p. 137).

34 GARCIA, M. Miguel; RIO, J. M. Castela – Código Penal: Parte Geral e Especial. p. 197.

III. Comparticipação

Se, em regra, o crime é obra de uma só pessoa, não é raro que para sua realização – e não necessariamente execução – mais de uma colabore, o que vem a ser denominado “comparticipação”³⁵.

As consequências jurídicas advindas do facto de se tratar de autor singular ou de comparticipação são percebidas em várias ocasiões, a incluir a desistência, nomeadamente por ter o legislador diversificado as soluções potencialmente cabíveis a depender dos papéis desempenhados por cada um dos colaboradores.

Dispõe o art. 26.º do Código Penal: “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”³⁶.

Assim, de acordo com o Código Penal, é possível que ao indivíduo seja imputado o injusto penal na condição de autor, instigador ou cúmplice³⁷.

Além disso, da redação acima transcrita são indicadas, de maneira inequívoca, as seguintes formas de autoria: “autoria imediata” (quem executa o facto por si mesmo), “autoria mediata” (quem executa o facto por intermédio de outro) e “coautoria” (quem tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros).

Para estabelecer o ponto comum entre as espécies de autoria, necessário fixar que, pela teoria do domínio do facto, de indubitosa aplicação, autor é quem *domina o facto*, que é, por assim dizer, “senhor” do facto, de forma tal que dele dependerá o *se* e o *como* da realização do crime a caracterizar, em síntese, a “figura central dos acontecimentos”³⁸.

Exposto isto, observemos que a semelhança entre as referidas espécies é que o autor, por diferentes formas, possui o domínio do facto, a saber: a) na autoria imediata, é o possuidor do domínio da ação; b) na autoria mediata, possui o domínio da vontade; c) na coautoria, é possuidor do domínio funcional do facto³⁹.

Ressaltamos que, embora seja possível estabelecer a possibilidade de aplicação da teoria para grande parte dos delitos (neste sentido, denominados “delitos de domínio”), afasta-se

35 No Código Penal brasileiro denomina-se “concurso de pessoas”.

36 Para FIGUEIREDO DIAS, as principais características do Código Penal vigente a respeito da comparticipação seriam as seguintes: a) adoção do conceito restritivo de autor nos crimes dolosos; b) instigação como forma de autoria, o que por muitos é rechaçado; c) acolhimento do princípio da comunicabilidade das circunstâncias relativas ao delito (*Op. Cit.* p. 773).

37 A classificação é polémica em virtude da inserção do instigador na autoria por parcela da doutrina portuguesa, o que será objeto de maior aprofundamento adiante.

38 *Op. Cit.* p. 766.

39 Os precursores da teoria do domínio do facto são, nomeadamente, LOBE, WELZEL e GALLAS, vindo a merecer um estudo mais sistemático por parte de ROXIN com a obra “Autoria e Domínio do Facto”.

a incidência nos delitos negligentes, delitos omissivos, “delitos de dever” e “crimes de mão própria”.

Ponto central da teoria do domínio do facto é a denominada “autoria mediata”, a qual, como visto, significa o domínio da vontade: o autor mediato (homem-de-trás) utiliza-se de terceiro (homem-da-freine) como *instrumento* para a prática do delito, em especial quando este (a) age sem dolo, (b) age atipicamente, (c) age justificadamente, (d) é inculpável ou quando (e) age sem consciência do ilícito.

Para ROXIN⁴⁰, acrescenta-se ainda o domínio da vontade nos quadros de aparelhos organizados de poder, o que vem a ⁴¹ser combatido por FIGUEIREDO DIAS.

Para tal oposição, aduz que o fundamento da autoria mediata é a autorresponsabilidade, razão pela qual não se pode admitir a possibilidade de autoria mediata quando o terceiro (homem-da-frente) é plenamente responsável, pois em tal situação o homem-de-trás efetivamente não possui o domínio do facto. Não é possível, assim, afirmar que a ação ocorreu por intermédio de um *instrumento*. Por tudo, a hipótese é de efetiva instigação (espécie de autoria, para FIGUEIREDO DIAS)⁴².

Apesar das críticas, é prevalecente a posição de ROXIN, cuja tese é bem acolhida na jurisprudência alemã, no Direito Penal internacional e em Tribunais de outros países⁴³.

Quanto à coautoria, importante a advertência de que esta espécie não implica a necessidade de o agente praticar atos expressamente descritos no tipo penal, mas que exista uma repartição de tarefas abrangida pelo plano conjunto e que, de acordo com cada atividade desempenhada, possa ser apurado que a execução do facto é “dependente daquela mesma repartição”, de forma tal que nenhum dos coautores “necessita de preencher na própria pessoa a totalidade dos elementos típicos”⁴⁴.

40 *Op. Cit.* p. 111.

41 *Op. Cit.* p. 788.

42 Para WELZEL, “autoria mediata por meio de um executor imediato que é, ele mesmo, autor, é um não conceito (Unbegriff)” (Apud GRECO, Luís – *Autoria como Domínio do Facto*. p. 210).

43 Afirma LUÍS GRECO a respeito de não ser possível erigir o princípio da autorresponsabilidade como obstáculo intransponível à tese de ROXIN: “Na melhor das hipóteses, ao princípio da autorresponsabilidade pode ser atribuído o significado de caracterizar um grupo de casos no qual a autoria mediata pode ser afirmada: caso o homem da frente atue de forma não responsável, o domínio e, assim, autoria mediata do homem de trás são mais facilmente afirmados. O princípio não pode, no entanto, almejar nem a uma delimitação de todo o espectro da autoria mediata e do domínio da vontade e nem, com mais razão, à determinação da autoria de todos os delitos de domínio, isto é, de todos os delitos nos quais o conceito geral de domínio do facto é de significado fundamental. É menos plausível ainda defendê-lo como um princípio geral, válido para todo Direito (Penal). É por isso que o princípio não oferece uma razão para duvidar da possibilidade de um autor por trás de um autor plenamente responsável e, especialmente, da autoria mediata por meio do domínio da organização” (*Op. Cit.* p. 214).

44 DIAS, Jorge de Figueiredo – *Op. Cit.* p. 794.

Ponto de intensa polémica refere-se à inserção do instigador, ou seja, aquele que determinar outra pessoa à prática do facto, no género “autoria”, posição defendida por FIGUEIREDO DIAS, embora com divergência de parte da doutrina penal portuguesa que compreende ser correta a presença dos instigadores, assim como dos cúmplices, em categoria distinta da autoria e, portanto, abrangida pela “participação”⁴⁵.

Para ele, a opção do legislador foi deliberada ao colocar a instigação ao lado da autoria imediata, da autoria mediata e da coautoria, em artigo (art. 26.º) distinto da cumplicidade (art. 27.º).

Em sentido contrário ao sustentado, argumenta-se que não é possível concluir, a partir da redação do Código Penal, que a instigação é um forma ou espécie de autoria, mas tão somente que o instigador “é punível como autor (...)” (art. 26.º).

Outro argumento para afastar a inserção da instigação como autoria é o facto de a redação do art. 26.º reforçar o acessoriedade da instigação, nomeadamente ao dispor que somente será o instigador punido se houver “execução ou começo de execução”.

De qualquer forma, não se discute que o instigador não executa diretamente o crime e tampouco o executa por intermédio de outrem como *instrumento*, sendo o domínio do facto, agora novamente de acordo com FIGUEIREDO DIAS, decorrente do domínio da decisão⁴⁶.

Apesar disto, adverte o mesmo doutrinador que não é todo ato de instigação que acarreta a “determinação”, pois muitos deles, apesar de abrangidos pelo amplo conceito, podem apresentar natureza de aconselhamento, sugestão ou mero reforço ao projeto delituoso já aventado pelo eventual executor, o que afasta a “instigação-determinação” imprescindível à caracterização de autoria e possibilita a sua inserção na cumplicidade moral.

Ainda mais, há controvérsia, por exemplo, quanto à figura do aliciamento, uma vez que há autores inserem a instigação sempre na participação e não na autoria, ou seja, quando o executor (aliciado) age mediante uma contrapartida de uma prestação a ser adimplida pelo aliciador, presente está a “autoria mediata”, posição rechaçada por FIGUEIREDO DIAS sob o argumento de que em tais casos o aliciador não possui o domínio da vontade e sim o mero domínio da decisão, o que o faz instigador, solução coerente com as sua concepções sobre o princípio fulcral da autorresponsabilidade e da instigação como autoria⁴⁷.

45 A polémica não parece existir na doutrina penal espanhola e tampouco na alemã, pois é posição praticamente uniforme que a instigação não está abrangida pela “autoria”.

46 Em síntese, “o instigador surge assim (mas só então) como verdadeiro senhor, dono ou dominador se não do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da *decisão do instigado de o cometer*; determinação esta desta maneira íntegra, por antecipação, a *totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico* e, por isso também, do *conteúdo material do ilícito*. (...) Só esta é, no entendimento da nossa lei, a instigação-determinação e, por conseguinte, a instigação que é autoria” (Op. Cit. p. 800).

47 Op. Cit. p. 807.

A respeito da cumplicidade (moral ou material), a prática do facto principal não depende do referido contributo, embora seja por ela beneficiada, o que é resultante da leitura do art. 27.º, n.º 1, do Código Penal: “É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”.

Por ser indubitavelmente participação, apresenta-se acessória da autoria no sentido de que o cúmplice colabora (moral ou materialmente) no “facto do autor”, daí a razão de não haver cumplicidade punível se o facto principal não é executado.

Acrescenta-se que, para a cumplicidade ser punível, além do mencionado início da execução, é necessário que o facto principal seja típico e ilícito (teoria da acessoriedade limitada), independentemente da culpabilidade e da punibilidade⁴⁸.

Ao contrário do que ocorre na instigação, cuja punição é similar ao previsto para o autor, na cumplicidade a pena, ainda tendo como referência a do autor, merece especial atenuação (art. 27.º, n.º 2, do Código Penal).

IV. Desistência em Caso de Comparticipação

Ao contrário do que ocorre na legislação penal brasileira, há no Código Penal português expressa e específica regulamentação a respeito da desistência em caso de comparticipação, o que indica ter o legislador corretamente percebido que a regra de desistência para o autor singular não preenche com exatidão as particularidades da ação típica patrocinada por uma pluralidade de pessoas que desempenham diversos papéis na obra criminosa conjunta.

48 São quatro as teorias com pretensão de responder os níveis de acessoriedade da participação em relação à autoria: a) teoria da acessoriedade mínima: para que a participação (natureza acessória) seja punível é necessário que o facto principal seja tão-somente típico. “A” auxilia “B” a praticar ato em situação de legítima defesa. Se a excludente também não for pertinente ao partícipe, será punido pelo ato praticado por “B”; b) teoria da acessoriedade limitada: para que a participação (natureza acessória) seja punível é necessário que o facto principal seja típico e antijurídico. “A” auxilia “B” a praticar ato em situação de legítima defesa. “A” também não será punido, pois o ato praticado por “B” não é antijurídico. Esta corrente é a mais aceita na doutrina e na jurisprudência; c) teoria da acessoriedade máxima: para que a participação (natureza acessória) seja punível é necessário que o facto principal seja típico, antijurídico e culpável. “A” instiga “B”, menor com 17 anos, a subtrair um automóvel. Por ser “B” inculpável pela inimputabilidade, “A” também não seria punido pelo furto como partícipe. Os que defendem tal teoria alegam que “A” poderia ser punido como autor mediato por ser “B” inculpável; d) teoria da hiperacessoriedade: aduz que a punição do partícipe depende de o autor ter praticado uma conduta típica, antijurídica, culpável e punível. “A” instiga “B” a subtrair um relógio do pai. “B”, em razão de escusa absolutória não é punido pela subtração. “A” também não seria punido. Esta corrente diverge de forma absoluta do Código Penal, o qual textualmente determina que o terceiro que participa do crime é punido pela subtração praticada por descendente contra ascendente.

Em comum, podemos dizer que a regra da desistência na comparticipação é marcada por seu caráter subjetivo quanto à impunidade, pois somente beneficia aquele que desiste ou impede a produção do resultado^{49 50}.

Historicamente, a Reforma do Código Penal de 1884 inseriu a primeira referência à desistência do comparticipante e que veio a ser mantida no Código Penal de 1886 (art. 20.º, § único): “A revogação do mandato deve ser considerada como circunstância atenuante especial, não havendo começo de execução do crime, e, como simples circunstância atenuante, quando já tiver havido começo de execução”.

Na redação vigente, especificamente no art. 25.º do Código Penal, “se vários agentes comparticiparem no facto, não é punível a tentativa daquele que voluntariamente impedir a consumação ou a verificação do resultado, nem a daquele que se esforçar seriamente por impedir uma ou outra, ainda que os outros comparticipantes prossigam na execução do crime ou o consumem”.

Em síntese, as possibilidades do privilégio pela desistência relacionam-se às seguintes hipóteses, alternativamente: a) impedimento da consumação mediante uma contra-conduta; b) impedimento da produção do resultado não compreendido no tipo mediante uma contra-conduta, se já consumado formalmente o delito; c) esforço sério para impedir a consumação ou a produção do resultado, ainda que não seja bem sucedido no novo propósito em virtude da continuidade da execução pelos outros comparticipantes e mesmo que o crime se consume.

É facilmente constatável que, apesar da base comum com o art. 24.º do Código Penal, há maior amplitude no reconhecimento das hipóteses de não punição e, no limite – e de maneira não comum – é possível a aplicação da regra benéfica ainda que consumado o crime, situação não prevista no regime do artigo anterior⁵¹.

O fundamento político-criminal para a ampliação do benefício vincula-se à expectativa de maior proteção do bem jurídico pela contra-conduta do comparticipante que, assim, poderá levar até o último momento o novo propósito de impedir a verificação do resultado,

49 Há dissenso em relação à desistência do autor, pois, por se tratar de causa pessoal que afasta a punição, o cúmplice não seria por ela beneficiado. Entretanto, alguns doutrinadores, ainda que se filiem ao entendimento antes referido, compreendem que, independente da normatização específica do instituto (“desistência”), a participação, posto ser acessória, segue o mesmo destino reservado à autoria.

50 De acordo com FIGUEIREDO DIAS, “(...) desistência voluntária significa desistência como obra *do agente*, a *ele* imputável, o privilégio liga-se estritamente à conduta *pessoal* do desistente e não se estende aos outros comparticipantes” (*Op. Cit.* p. 742).

51 “Trata-se, pois, de diferentes graus de exigência no tratamento da desistência do ‘autor singular’, por contraposição àquela que ocorre por parte de um (ou mais) comparticipantes” (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – A relevância da desistência em situações de comparticipação. p. 33).

daí por que reconhecer o mérito de sua contra-conduta, mesmo que infrutífera e desde que se tenha esforçado seriamente para impedi-lo⁵².

A intenção do legislador, verifica-se, é mostrar ao participante a utilidade da “dessoridariação” a ser materializada na contra-conduta.

É claro que tal modelo, até mesmo pela singularidade, não é similar ao encontrado em outros relacionados à desistência na comparticipação, a saber: a) modelo restritivo: o privilégio somente será reconhecido se a consumação for evitada, o que, no limite, pode implicar responsabilização do desistente por facto alheio, com excessiva preponderância do aspecto objetivo; b) modelo causalista, a contra-conduta do participante deve ter força para “neutralizar” a “eficácia causal” da colaboração anterior já prestada; c) modelo amplo: somente bastará o abandono da colaboração pelo participante desistente, com nítida preponderância do aspecto subjetivo e mitigada proteção do bem jurídico⁵³.

Logo, a opção do legislador português, embora, assim como em outros modelos, não seja imune a críticas, tem o mérito de maior proteção do bem jurídico e de consideração ao “regresso ao direito” do participante desistente, ainda que infrutífera a sua contra-conduta, mas desde que resultante de um esforço sério para impedir a consumação.

De toda forma, é óbvio que a norma penal em comento não soluciona todas as questões pertinentes à matéria e, para dirimi-las, a primeira a ser analisada refere-se aos destinatários do regime mais benevolente previsto no art. 25.º do Código Penal.

Para FIGUEIREDO DIAS, a totalidade dos participantes é abrangida pela específica regulamentação (autores mediatos, coautores, instigadores e cúmplices), com exceção tão somente “aos casos de autoria mediata, ainda que neles intervenha um cúmplice estranho à desistência”⁵⁴.

Com idêntica solução, ROXIN afirma que, no caso de autoria imediata na qual houve a colaboração de um cúmplice, não há o porquê de estar abrangida a desistência do autor pela específica regulamentação do art. 25.º, se o abandono não tem pertinência com aquele que o auxiliou⁵⁵.

Há, portanto, relativa concordância sobre a não aplicação do art. 25.º em todos os casos de comparticipação, o que impõe a necessidade de estabelecer um critério que ultrapasse o aspecto meramente formal.

52 DIAS, Jorge de Figueiredo – *Op. Cit.* p. 845.

53 A rejeição a esse modelo é observada no Ac. STJ de 14/12/1995, quando os julgadores decidiram que, na hipótese de comparticipação (no caso, coautoria), o privilégio da desistência somente pode ser conferido se advier o “arrependimento ativo” pelo desistente, isto é, não basta o abandono e a cientificação ao outro participante e sim o “agir” para evitar a consumação.

54 *Op. Cit.* p. 844.

55 Apud DIAS, Jorge de Figueiredo – *Op. Cit.* p. 843

Porém, é exactamente nesta definição material que são encontradas as primeiras divergências.

A primeira delas refere-se à autoria mediata, pois, para FIGUEIREDO DIAS, tal espécie de autoria estaria abrangida pelo art. 25.º, independente de ser ou não o homem-da-frente impunível: “também os participantes não puníveis são participantes para efeitos do art. 25.º”⁵⁶.

Tal posição confronta sobremaneira com o pensamento de COSTA PINTO, autor da monografia mais aprofundada da relevância da desistência em caso de comparticipação.

Para o mencionado autor, a maior benevolência do art. 25.º em relação ao art. 24.º, nomeadamente quanto à possibilidade do regime de privilégio ainda que o crime venha ser consumado pelos outros participantes, decorre do que denominou “risco de insucesso da desistência”: na comparticipação, não é correto que o desistente suporte todo o risco de o crime consumir-se, sob pena de responsabilizar-se por facto de outrem, ou seja, dos participantes não desistentes e que foram responsáveis pela consumação do delito – apesar da contra-atividade de um dos agentes.

Por coerência argumentativa, aduz que o art. 25.º aplica-se aos participantes não possuidores do “domínio positivo” sobre a consumação do delito, não merecedores, portanto, de suportar todo o risco de insucesso da desistência, enquanto os agentes que possuem tal domínio, exclusivo ou repartido, ainda que não executores diretos da ação típica, serão abrangidos pela norma menos benéfica do art. 24.º do Código Penal⁵⁷.

A comparticipação, assim, apenas autoriza *prima facie* a inserção no art.º 25, cujo efetiva abrangência dependerá de outros critérios que ao primeiro requisito devem aderir.

Neste contexto, cúmplices e instigadores, por não exercerem ou não terem exercido o domínio positivo da consumação, estariam abrangidos pelo art. 25.º, enquanto ao executor (autores imediatos, ainda que em situação de comparticipação) restaria a abrangência do art. 24.º do Código Penal.

Na autoria mediata, como antes visto, o facto delituoso é praticado por intermédio de outrem (*instrumento*), o que equivale a afirmar que o domínio positivo (e até negativo) da ação é subtraído do executor e conferido ao autor mediato.

Neste caso, por lógica, o autor mediato está abrangido pelo art. 24.º do Código Penal, salvo se o “instrumento” possuir alguma vontade autónoma, posição aceita por aqueles que admitem a “relativização” do princípio da autorresponsabilidade.

56 *Op. Cit.* p. 844

57 Sob tal raciocínio, por não possuir o agente abrangido pelo art. 25.º o domínio positivo da consumação, é que nele não há referência ao abandono da tentativa, cuja pertinência somente é conferida aos que a dominem.

Em relação à coautoria, *a priori* estaria inserida no art.º 24 por serem os coautores possuidores do domínio repartido sobre a consumação do delito e, sem a aceitação de sua atividade, como regra não seria bem sucedido o propósito criminoso, “o que permite que o mesmo lhe seja integralmente imputado, apesar da sua execução por esse interveniente ser apenas parcial”⁵⁸.

O mesmo doutrinador, entretanto, em arguta explanação sobre o tema, aponta que há duas hipóteses nas quais a relevância da desistência na coautoria pode ser cindida, tudo a depender do papel desempenhado pelos protagonistas.

Assim, na “coautoria dependente” verifica-se que um dos agentes não possui o domínio negativo da consumação em relação ao outro participante e tampouco o domínio positivo da consumação: no exemplo por ele elaborado, “C” imobiliza a vítima enquanto “A” a estrangula. No caso de “C” desistir da execução, o domínio positivo da consumação continuará com “A”. Portanto, “C” é abrangido pelo regime do art. 25.º e “A” pelo art. 24.º, uma vez que somente ele possuía o domínio positivo da consumação.

No caso, “A” era possuidor apenas do domínio positivo de sua própria atividade e do domínio negativo da consumação, porém sem possibilidade fática de estender tal domínio aos atos do outro participante. Logo, não seria correto, no caso, que “A” suportasse todo o risco do insucesso da desistência.

Outra resposta mereceria ser dada se “A” também tivesse o domínio negativo sobre os atos de execução do outro participante, o que COSTA PINTO designou de “coautoria complementar”: neste caso, a consumação somente ocorrerá com a soma das atividades desempenhadas para cada participante, embora quando isoladas não sejam aptas, por si, a consumir o delito.

Exemplo: “A” e “C” decidem matar a vítima estrangulada do seguinte modo: a corda é passada ao redor do pescoço da vítima e cada um dos participantes a puxa ao mesmo tempo e em direção oposta. Logo, se somente um deles puxar e o outro ficar inerte (desistente), a consumação não ocorrerá. Se ambos puxarem, a vítima morrerá estrangulada. Ambos, portanto, não possuem exclusivamente o domínio positivo sobre a consumação, porém a possuem de maneira repartida e de forma que o sucesso do propósito criminoso impescinde da contribuição de cada um, o que implica exercício repartido do domínio positivo do facto e negativo sobre a execução relacionada ao outro.

Assim, também na mesma linha antes exposta, ambos serão abrangidos pelo privilégio da desistência previsto no art. 24.º, embora seja indubitavelmente uma hipótese de participação.

58 PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – *Op. Cit.* p. 277.

Apesar da objeção de FIGUEIREDO DIAS a estas soluções propostas por COSTA PINTO, é difícil sustentar a posição de que todos os comparticipantes estariam abrangidos pelo art. 25.º, cujos requisitos de concessão são mais amplos, uma vez que restaria incongruente o possuidor do domínio positivo da consumação na autoria singular incidir no art. 24.º, mais restritivo, enquanto o outro, que também possui o mesmo domínio e ainda conta com o contributo de outro agente, ficar em situação mais favorável⁵⁹.

Acrescentamos que a impunidade, no último caso, dependerá de o agente se esforçar seriamente para impedir a consumação ou a verificação do resultado, ainda “que os outros comparticipantes prossigam na execução do crime ou o consumem”.

Para reconhecimento do “esforço serio” não bastam a “revogação do mandato”, a “tentativa de convencimento” dos demais e a eventual “neutralização da colaboração prestada”, se o desistente possui ciência da pouca relevância dos referidos caminhos em relação aos comparticipantes⁶⁰.

Exige-se, sobremaneira, que a conduta seja idônea ou adequada à defesa do bem jurídico em perigo, de acordo com um juízo de prognose póstuma, além do que, a depender das circunstâncias em concreto, não se conforme o desistente com o fracasso da medida inicialmente considerada idônea, a exigir, portanto, a busca de medidas alternativas “enquanto subsistir a situação de perigo para os bens jurídicos”⁶¹.

Finalmente, compreendemos que, caso os demais venham a alterar o curso da execução em virtude da desistência, será ao desistente reconhecido o privilégio, uma vez que a execução de “outro facto” pelos comparticipantes não pode a ele ser imputada.

V. Conclusões

Constatamos no presente relatório que a legislação portuguesa relacionada à desistência em caso de comparticipação é digna de elogios e compatível com um Direito Penal cuja função é preponderantemente a proteção de bens jurídicos.

Neste sentido e a título comprativo, observamos que a legislação penal brasileira, ao contrário, não regulamenta a matéria e acaba por possibilitar equivocadas soluções doutrinárias sobre questões mais delicadas, como é o caso da posição que sustenta a atipicidade

59 *Idem*. p. 272

60 De acordo com Ac. STJ de 18/04/2012 (274/10.9)ACBR.CI.SI), o benefício pela desistência impescinde de o agente dominar isoladamente ou ao menos em conjunto (condominação) o processo de salvamento do bem jurídico. (GARCIA, M. Miguel; RIO, J. M. Castela – *Op. Cit.* p. 177).

61 DIAS, Jorge de Figueiredo – *Op. Cit.* p. 847.

da tentativa em caso de desistência, desprezando-se a repercussão se praticado o delito por uma pluralidade de agentes em comparticipação.

A ampliação da relevância da desistência até mesmo se consumado formalmente o crime e antes da produção do resultado é outra previsão bastante adequada, tanto no que se refere ao interesse do ofendido quanto ao reconhecimento do mérito do desistente no “regresso ao direito”.

Nomeadamente no regime de privilégio estabelecido pelas regras da desistência em caso de comparticipação, é também objeto de acerto a concessão do regime privilegiado ao participante que se esforçou seriamente para impedir a consumação, ainda que esta venha a ocorrer, solução única quando comparada a outros ordenamentos jurídicos.

A respeito da abrangência do art. 25.º do Código Penal, aderimos à posição de COSTA PINTO sobre a necessidade de análise aprofundada dos papéis desempenhados por cada agente, a não bastar a mera existência de comparticipação para excluir o regime mais restritivo do art. 24.º do mesmo estatuto legal.

Neste contexto, somos pela inserção dos autores imediatos, ainda que auxiliados pelo cúmplice, dos autores mediatos, quando o executor não é plenamente responsável, e dos coautores, a incluir a hipótese de coautoria complementar, no art. 24.º do Código Penal.

Ao contrário, instigadores (em relação aos quais não consideramos abrangidos pela “autoria”), cúmplices e coautor dependente que não possua domínio positivo da consumação seriam insertos no regime do art. 25.º, mais benevolente.

Por último, apontamos que a desistência é causa pessoal que afasta a punição (salvo na hipótese de “tentativa qualificada”), o que impede que tal circunstância seja comunicável com o participante que não está abrangido pelo regime de privilégio estabelecido pelas regras a ela pertinentes.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz – Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COSTA, José Francisco de Faria – Formas de Crime. Lisboa: Ed. CEJ, sd.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal: Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson – Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GARCIA, M. Miguel; RIO, J. M. Castela – Código Penal: Parte Geral e Especial. Coimbra: Livraria Almedina, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio – Direito Penal: Parte Geral: v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Luís – Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In *Autoria como Domínio do Facto: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 203-214.

- PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre – Código Penal Anotado e Comentado. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – A relevância da desistência em situações de comparticipação. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- PRADO, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROXIN, Claus – Derecho Penal: Parte General – Tomo 2. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2014.
- SANTOS, Juares Cirino – Direito Penal: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, Simas; HENRIQUES, Leal – Noções de Direito Penal. Lisboa: Reis Livros, 2016.
- SIQUEIRA, Galdino – Tratado de Direito Penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl – Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Violência física contra crianças: uma análise jurídica e crítica acerca do limite entre o poder-dever de educar e a prática do delito demaus tratos (artigo 152-A do Código Penal)

Physical violence against children: a legal and critical analysis of the boundary between power and the duty to educate and the practice of the crime of ill-treatment (Article 152-A of the Criminal Code)

DIEGO GOMES ALVES¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 130-156
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.8>
Submitted on April 2nd, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 2 de Abril, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

I. Introdução

A execução de castigos corporais educativos contra crianças é um celeuma de elevada sensibilidade, dada a fragilidade com que os infantes ficam expostos quando submetidos à sobrepujança física de seus pais.

Esses métodos físico-disciplinares sempre foi uma prática amplamente legitimada nos mais diversos grupos sociais, razão pela qual, até o século XX, não havia sequer debates que sugerissem sua exclusão. Entretanto, hodiernamente, dada a gravidade dos casos insurgentes, bem como as pesquisas indicativas das sequelas deixadas por um paradigma educacional com acentuado traço de agressividade, os organismos internacionais passaram a exigir de seus signatários a extinção dessa prática enraizada.

Nesse contexto, Portugal, pressionado por diversas orientações e diretivas que condenavam sua omissão na extirpação de castigos corporais contra menores, editou a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que promoveu mais uma reforma na legislação criminal, tornando autônomo o delito de maus tratos.

¹ Assessor Jurídico e Chefe de Gabinete de magistrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Brasília – Brasil). Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Resta conflitante, entretanto, saber se os castigos corporais são tolerados pelo ordenamento jurídico português e, em caso afirmativo, quais devem sofrer o rigor da lei penal. Nesse contexto, o fim precípuo deste trabalho é justamente analisar a fronteira que separa uma intervenção parental tolerada do crime previsto no artigo 152.º-A do Código Penal, em especial diante da ausência de critérios objetivos para esta aferição.

Inicialmente, abordaremos a evolução histórica dos instrumentos de tutela da intatibilidade física das crianças, a nível internacional e em Portugal, de modo a demonstrar como ocorreu a alternância de mentalidade do poder familiar autoritário para um padrão democratizado, onde as crianças passaram a ser vistas como legítimas detentoras de direitos.

Logo após, analisaremos a hodierna legislação lusitana, de modo a verificar quais os principais argumentos favoráveis e contrários à manutenção dos castigos corporais disciplinadores, procedendo, ao fim, um estudo da posição doutrinária predominante em Portugal.

Por derradeiro, em que pese não desconheçamos ser incomum exprimir manifestações e opiniões pessoais em trabalhos académicos, pedimos vênua para, diante de todo o cenário analisado, expor nossa acepção crítica acerca do tema. Obviamente, neste tópico, embasaremos nossa perspectiva com bases científicas, sem esquecer, contudo, da evidente necessidade de uma visão sociológica – e não exclusivamente jurídica – do objeto em análise.

Destacamos, por oportuno, que, dada a limitação de páginas para este projeto de pesquisa, limitaremos nosso estudo ao artigo 152.º-A/1/A do Código Penal, em especial na figura atinente aos castigos corporais contra menores, de modo que não nos percamos, na estendida órbita do tema, em entrelinhas desnecessárias ao fim pretendido.

Este breve trabalho não tem a menor pretensão de esgotar o objeto de estudo, mas tão somente de trazer o leitor a uma análise crítica acerca da real necessidade de implementação de um modelo educacional livre de violência e com métodos pedagógicos que exaltem a criança enquanto ser humano digno de respeito e proteção jurídica.

II. Notas preambulares acerca da violência física contra crianças: conceitos e evolução histórica

Os maus tratos físicos contra crianças geralmente causam grande comoção social, especialmente porque perpetrados contra seres imbuídos de fragilidade natural e por aqueles que detêm o que se chama de “nexo de evitação”, ou seja, o dever jurídico de evitar a produção de qualquer resultado danoso.

É notório que alguns pais e cuidadores estão habituados a impor suas vontades através de meios físicos ou injuriosos, acreditando, muitas vezes, que aquela é a forma mais eficaz de disciplinar e transmitir os preceitos morais que acreditam serem escorregiosos. Cuida-se de uma concepção reproduzida desde a época do modelo patriarcal, onde o sistema estava saturado de “carga ideológica do poder de domínio ilimitado e arbitrário do pai traduzido na completa sujeição do filho aos seus desígnios”².

Esse pensamento arraigado é facilmente comprovado pelo doutrinador Eduardo Correia, que, em análise ao anteprojeto do Código Penal de 1966, asseverou que a *mens legislatoris* era punir tão somente os maus-tratos mais chocantes a crianças, ou seja, aqueles aptos a gerarem uma sobrecarga exacerbada, descriminalizando, portanto, castigos físicos de natureza média ou irrelevante³.

A professora Rosa Martins ensina que, pouco a pouco – ainda que mais vagarosamente do que se espera – vem-se superando essa mentalidade de poder familiar autoritário, transmutando-se para um arquétipo democrático, onde as crianças são vistas não mais como um meras espectadoras das vontades alheias, mas como sujeitas de direitos.⁴ Passam, então, do papel de coadjuvantes para coparticipantes da relação interparental, onde são reconhecidas como portadoras de discernimento compatível com sua faixa etária e “capacidade de desempenhar um papel ativo na determinação dos seus interesses”⁵.

Tal fato é perfeitamente perceptível pelo artigo 1878.^o do Código Civil⁶, que estabelece que os poderes dos pais são exercidos para os filhos (em seu proveito e interesse), e não por meio de uma força sobrepujante, deixando clara a intenção de se exaltar o protagonismo das crianças no processo educativo. Cria-se, assim, uma relação de igualdade e equilíbrio, onde os pais reconhecem aos educandos “autonomia na organização da própria vida”⁷.

Ocorre que nem sempre a criança foi vista dessa forma, tendo sido necessárias décadas de discussões e multiplicidades de diplomas legislativos (de âmbito interno e internacionais) para que assumissem o posto de legítimos detentores de direitos, sujeitos a uma proteção especial.

O tema foi normatizado pela primeira vez, em domínio mundial, na Declaração de Genebra, também conhecida como Declaração dos Direitos das Crianças de 1924, adotada

2 MARTINS, Rosa – Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 225.

3 CORREIA, Eduardo apud ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 463.

4 , MARTINS, Rosa – Poder Paternal vs Autonomia da criança e do adolescente?. In Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra. ISSN 1645-9660. A. 1, N.º 1, 2004, p. 65

5 MARTINS, Rosa – Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 109.

6 PORTUGAL. Diário do Governo – Decreto-Lei n.º 47344 (Código Civil), N.º 274 (25-11-66), p. 1883-2086.

7 *Idem. Ibidem* (Artigo 1878, II).

como parâmetro pela Assembléia da Liga das Nações. Nela reconheceu-se o dever de proteção à criança independentemente de raça, credo ou nacionalidade. Além disso, exaltou-se como direito de toda criança a alimentação, o auxílio, a educação, a proteção contra exploração, dentre outros.

Entretanto, segundo Catarina Albuquerque, o diploma não teve grande repercussão prática, em face da cultura histórica patriarcal ainda infiltrada na maioria dos países do mundo e da inexistência de mandamentos impositivos aos países signatários.⁸

No ano de 1946, logo após Segunda Guerra Mundial, foi criada a UNICEF (United Nations Children's Fund), importante organismo internacional que, em princípio, tinha o fulcro de salvaguardar as crianças em estado de emergência e, posteriormente, passou a tutelar os infantes de um modo geral, garantindo-lhes o apanágio a uma vida digna e minimamente existencial⁹.

Em 20 de novembro de 1959, com a promulgação da Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁰, criou-se um verdadeiro código de conduta ética para tutela de crianças e adolescentes. O diploma, dentre diversos princípios, trazia uma enunciação expressa de defesa à integridade e ao desenvolvimento físico dos menores (foco principal deste artigo), além de introduzir a convicção de que sempre deveria prevalecer a melhor conveniência dos infantes (gênese da atual diretriz adotada pelo Codex civilista lusitano, conforme verificado alhures).

Contudo, em que pese tenha ganhado maior proporção que a Declaração de Genebra, reitera a professora Catarina Albuquerque a mesma crítica proferida contra o diploma pretérito, na acepção de que os dispositivos, apesar de incentivarem a sociedade internacional a protegerem as crianças, eram meramente declarativos, sem força jurídico-normativa¹¹. Nesse sentido, não compeliam ao cumprimento das orientações, tendo, portanto, um caráter meramente simbólico e orientativo.

Foi somente em 20 de novembro de 1989, com a elaboração da Convenção dos Direitos da Criança (CDC)¹², adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que, de fato, passou-se a enxergar as crianças como titulares de direitos subjetivos, tal qual os adultos.

8 ALBUQUERQUE, Catarina – As Nações Unidas, a Convenção e o Comitê. Disponível em: <https://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/8384crianca.pdf>, p. 8.

9 Informação retirada de: <https://nacoesunidas.org/agencia/unicef>. s/p.

10 Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. s/p.

11 ALBUQUERQUE, Catarina – *Op. Cit.* p. 28.

12 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

Segundo Catarina Tomás, pela primeira vez foi criado um diploma com força vinculante e obrigatória, onde todos os 192 signatários comprometeram-se a promover alterações em suas legislações internas de modo a garantir a efetividade dos dispositivos nele expressos¹³.

A Convenção prevê expressamente que os menores gozam de uma proteção especial, que, dentre outras prerrogativas, prevê o crescimento em um ambiente normal, digno, livre e sadio. Em termos gerais, isso garante a idoneidade corporal dos filhos perante os pais, que não podem aplicar castigos que transmitam a visão de crueldade ou exploração.

Outro marco fundamental foi a Recomendação n.º 1666 da Assembléia Parlamentar do Conselho Europeu¹⁴, de 23 de junho 2004, que coibiu de forma absoluta a prática de castigo físico ou degradante contra crianças, elencando as medidas legislativas a serem tomadas pelos países componentes da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁵, a fim de implementar concretamente as instruções consignadas.

Em idêntico esboço, o Comentário Geral n.º 8 da Convenção de Direitos das Crianças da ONU¹⁶, do ano de 2006, já em sua etapa preambular, estabeleceu como objetivo primário a primordialidade de se eliminarem todos os castigos físicos, cruéis ou humilhantes em desfavor de crianças. Com efeito, estabeleceu propostas de modificações a serem efetuadas em âmbito legislativo pelos países componentes, de modo que as disposições tivessem força normativa, deixando de ser meras abstrações escritas.

Mais recentemente, em dezembro de 2010, o Parlamento Europeu implementou uma Resolução¹⁷ para disciplinar o Relatório Anual sobre Direitos Humanos no Mundo (2009), quando, ao abordar a temática ora em apreço, falou da premente necessidade de se abolir todos os tipos de castigos corporais, independentemente das circunstâncias, especialmente quando ocorridos dentro do núcleo doméstico-familiar.

Nesse diapasão, diversos países seguiram as recomendações¹⁸ supra e passaram a prever de forma expressa em seus ordenamentos a proibição aos castigos físicos contra infantes.

13 TOMÁS, Catarina – Há muitos mundos no mundo. Cosmopolitismo, participação e direitos da criança. Porto: Edições Afrontamento, 2011, p. 102.

14 Acessível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17235&lang=en>.

15 Para fins deste ensaio, as citações da entidade “Organização das Nações Unidas” será feita através de sua sigla (ONU).

16 Disponível em: <http://www.naobataeduque.org.br/documentos/d9891e21b98d60dfce7318f013c0091d.pdf>. s/p.

17 Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0489+0+DOC+XML+Vo//PT>. s/p.

18 Nesse ponto, não se olvida que há outros diplomas internacionais que tutelam direitos das crianças, tais como a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n.º 138 (trata da idade mínima de admissão em emprego), as Regras para Proteção de Menores Privados de Liberdade (tutela as hipóteses excepcionalíssimas de detenção de crianças e adolescentes), a Convenção de Haia de 1993 (tutela de direitos das crianças em especial quanto a crimes de guerra, genocídio, violência sexual e prostituição), dentre outros. Ocorre que o objeto deste ensaio é a violência física perpetrada com roupagem de castigo educativo, razão pela qual não se aprofundará nas normas retro, de modo a evitar o desvio do fim proposto.

A Suécia foi uma das pioneiras na vedação expressa à violência contra crianças, embora o processo de transição não tenha sido repentino. Para tanto, em ato preambular, extirpou do Código Penal, ainda no remoto ano de 1957, o perdão judicial concedido aos castigos dos pais contra seus filhos. Em 1966, retirou do ordenamento a prerrogativa, até então permitida aos genitores, de empregarem castigos corporais, desde que comedidos. Mas foi somente no ano de 1979 que o legislador ordinário sueco consignou de forma expressa a vedação ao castigo corporal em crianças, que era cotidianamente justificado por um falso mandato de “necessária atitude para fins educacionais”.¹⁹

O exemplo acima é considerado um caso de sucesso (*referencial case*), uma vez que a sensibilização social alcançou grandes índices, ao ponto de, conforme ensina a professora Pernilla Leviner, apenas dois anos após a modificação, mais de 90% (noventa por cento) da população ter pleno conhecimento de que a imposição de castigos físicos estava terminantemente proibida pela lei²⁰. Acresceu a professora, ainda, que a alteração legislativa, aliada à intensa campanha publicitária, não foram suficientes para banir completamente a prática de castigos físicos contra crianças, mas contribuíram de forma contundente para que a Suécia tivesse índices muito menores que outros países do mundo.²¹

Na mesma linha de pensamento, a Alemanha, segundo lição do ilustre penalista Claus Roxin, no ano 2000, ficou previsto de forma clarividente na legislação o direito dos rebentos a uma instrução livre de crueldade ou selvajeria, ficando excluída até mesmo as pequenas lesões das causas justificantes²².

Também na Áustria a evolução ordenativa seguiu o caminho dos dois exemplos anteriores: primeiramente, em 1977, eliminando-se a execução de castigos corpóreos, ainda que tênues ou eventuais; logo após, em 1989, desautorizou-se, de forma peremptória, algum tipo de coima capaz de causar padecimento carnal ou mental ao párvulo²³.

Em direção idêntica seguiram diversas outras nações européias, como Noruega, Finlândia, Áustria, Suíça, Espanha, Nova Zelândia, dentre outros.

Verificamos, assim, que a comunidade jurídica internacional passou por diversas etapas para chegar à atual conjuntura normativa de exaltação à integridade dos menores. Em

19 ZIEGERT, Klaus A. – The Swedish Prohibition of Corporal Punishment: A Preliminary Report. *Journal of Marriage and Family*. ISSN 0022-2445. V. 45, N.º 4, 1983, p. 917 e 920.

20 LEVINER, Pernilla – The Ban on Corporal punishment of children. In *Journal of Family Law*, Vol. 32, 1993-1994, p. 156.

21 LEVINER, Pernilla – *Op. cit.* p. 157.

22 ROXIN, Claus – La calificación jurídico-penal de la corrección paterna. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid. ISSN 1132-9955. N.º 16, 2005, p. 233-234.

23 UNICEF – Corporal punishment of children in Áustria. [Consultado em: 27 Agosto 2017]. Disponível em: <http://www.endcorporalpunishment.org/assets/pdfs/states-reports/Austria.pdf>.

viés análogo, em Portugal, o processo de internalização normativa e, em especial, da modificação cultural, também foi moroso.

O Código Civil português (DL n.º 47344/66, de 25 de novembro)²⁴, em sua versão original, previa no artigo 1884.º o denominado “poder de correção”, onde os pais poderiam disciplinar comedidamente os filhos nas suas falhas, ou seja, o ordenamento então vigente legitimava expressamente a viabilidade de execução castigos corporais repreensores em caso de insubordinação dos filhos. O doutrinador Guilherme Oliveira, em análise do instituto, consigna não entender os motivos que levaram o legislador a incluir esse artigo no *Codex*, quando disposição idêntica (poder correccional) foi refutada pela Assembleia Constituinte de 1976, que, sabiamente, optou por preservar o que hoje se percebe como prerrogativa das crianças enquanto seres humanos²⁵.

Na Reforma de 1977 subtraiu-se das incumbências dos genitores a possibilidade expressa de castigos corporais nas crianças, transformando-o simplesmente em “dever de educar”, que consistia na condução dos comportamentos do infante alicerçada em uma disciplina consciente e desprovida de violência.

No âmbito penal, naquele espectro temporal, também não havia a coibição do exercício de força física dos pais contra seus filhos.

Conforme verificado alhures, o Anteprojeto de Código Penal de 1966 não pretendia tutelar todas as espécimes de maus tratos contra menores, mas tão somente as extremados, aptos a gerarem uma consequência física notável e, ao menos, parcialmente incapacitante.

O *Codex* Penal de 1982, sob influência da reforma do Código Civil de 1977, criminalizou a conduta de maus tratos. Entretanto, previu como elemento subjetivo do tipo a obrigatoriedade de que a prática viesse acompanhada de “malvadez e egoísmo”²⁶, o que dificultava a caracterização do delito, dada a elevada subjetividade dos conceitos (extirpados da legislação somente na Revisão de 1995).

Ademais, previu, como *conditio sine qua non* à materialização do tipo, a reiteração de condutas. Com isso, o ilustre professor Taipa de Carvalho consigna que o delito de maus tratos não poderia ser caracterizado se executado de forma isolada, mas tão somente se as ações típicas fossem cometidas mais de uma vez²⁷.

24 PORTUGAL. Diário do Governo – Decreto-Lei n.º 47.344 (Código Civil), N.º 274 (25-11-66), p. 1886-2086.

25 OLIVEIRA, Guilherme – A criança maltratada. In *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 218-219 e DIAS, Cristina – A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. In *Julgar*. Lisboa. ISSN 1646-6853. N.º 4, 2008, (nota 6), p. 96.

26 Assim denominado por parte da doutrina portuguesa. Vide CARVALHO, Américo Taipa – Comentário Conimbricense do Código Penal. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 330.

27 CARVALHO, Américo Taipa de – *Op.cit.* p. 334.

Naquele contexto, portanto, havia um cenário em que os maus tratos previam concepção extremamente aberta, mesclada com a violência doméstica, conduzida a destinatários diversos e desprovida de uma política legislativa específica para menores de idade.

Com efeito, merece destaque o fato de que, em que pese tenha sido suprimida da legislação cível então vigente a prerrogativa de exercício do poder disciplinar físico sobre menores, não havia nenhuma vedação expressa à violação de castigos corporais. *Mutatis mutandis*, a ordem normativa vigente não autorizava, mas também não proibia, de forma pontual, a sobrepujança corporal dos progenitores na condução do projeto pedagógico dos filhos.

Conforme verificado supra, esse entendimento ia contra a cultura de proteção às crianças em diversos países desenvolvidos, onde se previa, de forma literal, a impossibilidade de efetuar castigos físicos enquanto instrumento educativo.

Em face disso, em 2003, a Organização Mundial Contra a Tortura (OMCT) protocolou uma queixa contra Portugal no Conselho da Europa, ao argumento de que o país lusitano estava violando o artigo 17.º da Carta Social Europeia²⁸, do Conselho Europeu, que previa a proteção social, física, jurídica e econômica das crianças. Nesse diapasão, a queixa argumentava que não existia na legislação nacional uma proibição eficaz dos castigos corporais aplicados contra crianças, nem tampouco sanções penais e cíveis adequadas para tratamento de casos concretos.

Em sua defesa, Portugal apresentou seus contrapontos, aduzindo que toda possibilidade de castigos corporais estava terminantemente proibida pelo Código Penal, além do fato de que a Constituição previa o “*direito à protecção da sociedade e do Estado, [...] especialmente contra [...] o exercício abusivo da autoridade na família*”²⁹.

Tratando do conteúdo, a professora Ana Laura Fernandes Madeira traz um pequeno trecho da defesa apresentada pelo governo português, que assim delineou seus argumentos:

28 “Artigo 17.º – Direito das crianças e adolescentes a uma protecção social, jurídica e económica. Com vista a assegurar às crianças e aos adolescentes o exercício efectivo do direito a crescer num ambiente favorável ao desabrochar da sua personalidade e ao desenvolvimento das suas aptidões físicas e mentais, as Partes comprometem-se a tomar, quer directamente quer em cooperação com as organizações públicas ou privadas, todas as medidas necessárias e apropriadas que visem: 1.a) Assegurar às crianças e aos adolescentes, tendo em conta os direitos e os deveres dos pais, os cuidados, a assistência, a educação e a formação de que necessitem, nomeadamente prevenindo a criação ou a manutenção de instituições ou de serviços adequados e suficientes para esse fim; 1.b) Proteger as crianças e adolescentes contra a negligência, a violência ou a exploração; 1.c) Assegurar uma protecção e uma ajuda especial do Estado à criança ou adolescente temporária ou definitivamente privados do seu apoio familiar; 2. Assegurar às crianças e aos adolescentes um ensino primário e secundário gratuitos, assim como favorecer a regularidade da frequência escolar.” Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/preview_documents.asp?r=3475&m=PDF.

29 Artigo 69.º Constituição – Decreto de Aprovação da Constituição n.º CRP 1976 de 10-04-1976, Diário da República, n.º 86, Série I, Parte A (10/04/1976).

“A previsão específica de uma norma sobre castigos corporais contra crianças no Código Penal poderia ter o efeito inverso ao desejado, nomeadamente, a exclusão do escopo da norma, de outras categorias de pessoas vulneráveis. Além do mais, é quase impossível garantir que uma lei norma ou um Código prevêem todas as situações concretas do dia-a-dia. Esta é a razão pela qual o escopo da lei portuguesa se foca em comportamentos e não nas vítimas. Este é o motivo pelo qual o legislador português cria normas que de forma segura e rigorosa protegem todas as vítimas, incluindo as crianças, de qualquer agressão física”³⁰.

Entendemos que o fragmento supra representou uma confissão portuguesa de que, à época, inexistia uma disposição normativa que tutelasse especificamente os maus tratos físicos e psicológicos contra crianças, porquanto admitiu a proteção da integridade física das mesmas apenas de forma ampla. Nesse escopo, todas as categorias eram abarcadas pela mesma legislação, que não excepcionava as minorias na medida de suas desigualdades.

Justamente em face disso, no início do ano de 2005, o Conselho Europeu, através do Comitê Europeu de Direitos Sociais (CEDS), condenou Portugal por violação ao artigo 17.º da Carta, o que o impulsionou a iniciar as tratativas políticas para mudanças na legislação nacional.

Ocorre que, pouco mais de um ano depois da condenação, o Supremo Tribunal de Justiça analisou um caso emblemático (processo 06P468) onde uma encarregada de um estabelecimento agredia fisicamente jovens com deficiência mental (amarrava à cama, dava bofetadas, deixava-os em quartos sem nenhuma luminosidade) que lá estavam internados, tendo decidido, por unanimidade, inexistir o delito de maus tratos, ao argumento de que diminutos castigos físicos não se enquadrariam no tipo penal em apreço.

O referido Acórdão considerou que um adequado “pai de família” faria o mesmo com seus filhos, tendo aduzido que “umas palmadas (sempre moderadas) no rabo fazem parte da educação”³¹ (neste ponto, pedimos vênica para transcrever nas notas de rodapé um longo

30 «Observations from the Portuguese Government on the merits», Collective Complaint n.º 20/2003, World Organization Against Torture v. Portugal apud FERNANDES, Ana Laura – Responsabilidades Parentais Poder de Correção na Educação dos Filhos Menores de Idade. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015, p. 85.

31 “A arguida AA, foi julgada pelo Tribunal Colectivo de Setúbal e condenada como autora de um crime de maus tratos a BB, p. e p. pelo art. 152.º, n.º 1 a) do C. Penal, na pena de dezoito meses de prisão; Tendo tal pena sido suspensa por um ano; Desta decisão interpuseram recurso directamente para este STJ, quer o M.ºP.º, quer a arguida. Vejamos primeiro o recurso do M.ºP.º:
[...]

II – O conceito de maus tratos da norma penal abrange os maus tratos físicos, considerados como aqueles que afectam a integridade física das pessoas aí mencionadas, os maus tratos psíquicos, considerados como aqueles que afectam a auto estima e a competência social do dependente, entre os quais se incluem as humilhações,

excerto do julgado, sem o qual seria impossível ilustrar os pontos mais marcantes e polê-

provocações e molestações, e ainda os tratamentos cruéis, estes considerados como aqueles que sejam desumanos, de forma inadmissível; [...]

2. Considera-se que os actos em causa relativamente aos casos em que se decidiu pela absolvição, integram o conceito de tratamento cruel, pois envolvem a reprimenda em situações educacionais de pessoas especialmente vulneráveis, onde a sua dependência educativa e emocional é vinculada;

[...]

1. A partir de 1992 até 12 de Janeiro de 2000 a arguida por várias vezes fechou o BB à chave, na despensa, com a luz apagada, quando este estava mais activo, chegando o menor a ficar fechado cerca de uma hora. 2. No mesmo período, por duas vezes, de manhã, em dias coincidentes com o fim-de-semana amarrou os pés e as mãos do BB à cama para evitar que acordasse os restantes utentes do lar e para não perturbar o descanso matinal da arguida. 3. Também durante o referido período a arguida dava bofetadas no BB. 4. O BB é menor de idade e sofre de psicose infantil muito grave, sendo uma criança com comportamentos disfuncionais, hiperactiva e por vezes agressiva que descompensa com facilidade. 5. A arguida por uma ou duas vezes deu palmadas no rabo à CC quando esta não queria ir para a escola e uma vez deu uma bofetada ao FF por este lhe ter atirado com uma faca.

[...]

III. – Esta gravidade inerente às expressões “maus tratos” e “tratamento cruel” constitui, ela sim, o elemento que nos leva à improcedência deste recurso. É que, quanto a estes menores, não só não se atinge tal gravidade, como os actos imputados à arguida devem, a nosso ver, ser tidos como lícitos.

Na educação do ser humano justifica-se uma correcção moderada que pode incluir alguns castigos corporais ou outros. Será utópico pensar o contrário e cremos bem que estão postas de parte, no plano científico, as teorias que defendem a abstenção total deste tipo de castigos moderados.

[...]

Este poder-dever de correcção levanta, todavia, problemas delicadíssimos de fronteira.

Há que saber até onde pode ir considerando, conseqüentemente, insusceptível de preenchimento de qualquer ilícito criminal o que fica aquém. [...]

A linha de fronteira passa por dois pontos: Um reportado à finalidade da correcção; Outro à sua dequação à educação do menor. O bem do menor concretizado na sua educação terá de ser sempre a finalidade da correcção. De fora ficam, pois, os casos, muito frequentes, em que o agente procura (conscientemente ou não) projectar no educando os seus próprios problemas, encontrando neste elemento de descarga emocional. Para aferimento da adequação ousamos chamar a figura do “bom pai de família”, agora, curiosamente, investido das funções que directamente resultam da consagrada expressão. Indagamos, então, se o bom pai de família agiria como agiu o agente.

IV. – E podemos dar a resposta quanto aos factos deste recurso mesmo com uma pergunta:

Qual é o bom pai de família que, por uma ou duas vezes, não dá palmadas no rabo dum filho que se recusa ir para a escola, que não dá uma bofetada a um filho que lhe atira com uma faca ou que não manda um filho de castigo para o quarto quando ele não quer comer?

Quanto às duas primeiras, pode-se mesmo dizer que a abstenção do educador constituiria, ela sim, um negligenciar educativo. Muitos menores recusam alguma vez a escola e esta tem – pela sua primacial importância – que ser imposta com alguma veemência. Claro que, se se tratar de fobia escolar reiterada, será aconselhável indagar os motivos e até o aconselhamento por profissionais. Mas, perante uma ou duas recusas, umas palmadas (sempre moderadas) no rabo fazem parte da educação.

Do mesmo modo, o arremessar duma faca para mais a quem o educa, justifica, numa educação sã, o realçar perante o menor do mal que foi feito e das suas possíveis conseqüências. Uma bofetada a quente não se pode considerar excessiva.

Quanto à imposição de ida para o quarto por o EE não querer comer a salada, pode-se considerar alguma discutibilidade. As crianças geralmente não gostam de salada e não havia aqui que marcar perante elas a diferença. Ainda assim, entendemos que a reacção da arguida também não foi duma severidade inaceitável. No fundo, tratou-se dum vulgar caso de relacionamento entre criança e educador,

[...]

Nãotem razão, pois, a recorrente.” (João Bernardo relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Em linha]. Processo 06p468. Consult. 28 Ago. 2017). Disponível em <http://www.dgsi.pt./jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5fo03fa814/7b3cde5f91793c8b18025714d002b118c?OpenDocument&Highlight=0,06P468>.

micos do *decisum*), contrariando, por conseguinte, todas as orientações exaradas pelo na queixa coletiva julgada pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais (CEDS).

O Acórdão gerou tanta repercussão que motivou os parlamentares a apressarem as alterações legislativas exigidas pela comunidade internacional.

Então, pouco mais de um ano após o imbróglia supramencionado, entrou em vigor a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que promoveu mais uma reforma no Código Penal, separando tipos penais até então condensados. Nesse sentido, deixou o artigo 152.º tão somente para a violência doméstica, autonomizando os maus tratos, que ficaram dispostos no artigo 152.º-A, dispositivo o qual passaremos a analisar.

III. Análise jurídica dos castigos corporais contra crianças e as soluções trazidas pela doutrina

No ano de 1996, o Third National Incidence Study, de forma pioneira, condensou as aceções genéricas acerca de castigos físicos contra crianças e assim os definiu, *ipsis literis*: “uma forma de maus-tratos em que uma lesão é infligida à criança por um cuidador através de diversos meios e de forma não acidental, de forma a provocar-lhe dor ou mau estar físico, incluindo bater com a mão, com um pau, correia ou outros objetos, socos, pontapés, abanões, empurrões, queimaduras, etc”³².

O Comitê dos Direitos da Criança, Órgão integrante do Conselho Europeu, também conceituou o castigo corporal como “a ação tomada para penalizar uma criança que, se fosse perpetrada contra um adulto, constituiria uma violência ilegítima”³³. Podemos dizer, então, que se trata de uma atitude violenta, com fins de gerar um desconforto físico, supostamente para repreender didaticamente um comportamento inadequado.

Edificada por essas aceções, conforme verificamos no capítulo antecedente, após grande pressão do Conselho Europeu, a proibição à integridade física das crianças em Portugal ganhou nova tutela, através do artigo 152.º-A do Código Penal³⁴. Com isso, foram silen-

32 SEDLAK AJ; Broadhurst DD – Third National Incidence Study of Child Abuse and Neglect (NIS-3 Final Report). US Dept of Health and Human Services. Contract No. 105- 94-1840, 1996

33 CONSELHO DA EUROPA – Abolishing corporal punishment of children: Questions and answers, 2007. Disponível em: <http://hub.coe.int>.

34 “Artigo 152.º-A

Maus tratos

1 – Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:

- a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente;
- b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
- c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;

ciados os gritos críticos que diziam que o legislador havia inserido, em um único tipo penal, condutas típicas tão diversas (violência doméstica, laboral e maus tratos).

O dispositivo em comento confere proteção a distintos contextos familiares, sempre se voltando à violação da integridade corporal por aqueles que tem o dever de garante (tem ao seu cuidado, guarda, responsabilidade, dentre outros). Neste ensaio, conforme já tratado, após serem abordados os aspectos gerais do delito, nos limitaremos à figura típica do artigo 152.º-A, inciso I, alínea “a”, mais especificamente no ponto que disciplina os maus tratos físicos perpetrados com roupagem de castigos educacionais e disciplinadores.

Os maus tratos estão elencados no Título I, Capítulo III, do Código Penal, constituindo uma infração contra a integridade física.

Percebemos, entretanto, que o bem jurídico tutelado vai muito além da integridade física em si mesma, abrangendo, segundo professor Fernando Silva, a saúde e a dignidade humana³⁵. Em idêntico diapasão, o doutrinador Taipa de Carvalho consigna que o objeto de tutela é a saúde física e mental, a dignidade, além do “normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança”³⁶. Trata-se, portanto, de um bem jurídico complexo, onde é notória a pluriofensividade da conduta típica.

A mais clarividente alteração trazida pela nova abordagem penal do delito é a exclusão do dolo específico, ou seja, para a consumação do crime não há mais a primordialidade de que o *iter criminis* seja executado com malvadez ou egoísmo. Verificamos aqui uma grande evolução, uma vez que a abrangência do tipo foi alargada, além de ter sido excluído o alto teor de subjetividade nele contido.

Outra mudança relevante refere-se ao entendimento de que não é necessária a repetição de condutas para que seja caracterizado o delito de maus tratos. Com efeito, era essa a *mens legislatoris* consignada na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, que deu origem à Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, assim dispondo: “[...] na descrição típica da violência doméstica e dos maus tratos, recorre-se, em alternativa, às ideias de reiteração e intensidade, para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa.”³⁷.

.....
é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 – Se dos factos previstos no número anterior resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.” (Código Penal – DL n.º 48/95, de 15 de Março).

35 SILVA, Fernando – Direito Penal Especial – Crime contra as pessoas. 3.ª Ed. Lisboa: Quid Juris Editora, 2011, p. 317.

36 CARVALHO, Américo Taipa – Comentário Conimbricense do Código Penal. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 332.

37 Diário da Assembleia da República, II Série –A, n.º 10, de 18-10-2006. <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030e1c61802568d9005cd5bb/73f8e5ea419b9f71802577f1005497a7?OpenDocument>. s/p.

Logo, podemos concluir que, hodiernamente, não há necessidade que o delito de maus tratos seja continuado, bastando uma única ação ou omissão típica para que o sujeito ativo seja criminalmente responsabilizado³⁸.

Passamos, na oportunidade, à apreciação da classificação do delito em comento.

O crime previsto no artigo 152-A do Código Penal não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas tão somente por agente que tenha o dever de garante ou de cuidado com a vítima, ou seja, o agressor necessariamente precisa ter alguma responsabilidade sobre o sujeito passivo, seja ela decorrente de obrigações legais ou contratuais (previstas no próprio tipo penal).

Cuida-se, portanto, de um delito específico, na maioria das vezes impróprio, uma vez que a relação de interdependência estabelecida entre vítima e agressor não fundamenta a ilicitude, mas apenas intensifica o nível de culpa e a sanção respectiva. Entretanto, Taipa de Carvalho preceitua que há hipóteses em que o delito de maus tratos pode ser próprio, como no caso de submissão das vítimas a atividades perigosas e trabalhos excessivos, já que inexistente previsão de um delito autônomo para estas condutas. Acresce, ainda, que, no caso de violência física a título educativo, certas humilhações (como, por exemplo, fazer o menor lambar o chão ou obrigá-la a se rastejar na lama) poderiam constituir um delito específico próprio.³⁹

Impende salientarmos também que, na modalidade de castigos corporais, os maus tratos podem ser classificados como crimes de resultado, ou seja, exigem a produção de uma consequência naturalística danosa.

Delineadas as classificações do tipo em estudo, urge levantar o núcleo desta pesquisa: existem castigos físicos legítimos? Em caso afirmativo, qual o liame entre a execução legal do poder parental de educar e a infração prevista no artigo 152-A do Código Penal?

Já de início, podemos dizer que há opiniões fundamentadas em diversos sentidos, justamente porque o liame entre a correção educativa considerada proporcional e o abuso físico é espesso. Formam-se, assim, essencialmente duas correntes doutrinárias antagônicas.

A primeira sustenta a impossibilidade total e absoluta de qualquer penitência corporal contra infantes, independentemente do caráter educativo ou do grau de lesividade do mesmo.

Uma das grande defensoras dessa vertente sociológica e doutrinária é a professora Clara Sottomayor, que sustenta ser inviável definir critérios objetivos para verificar quando

38 Conforme analisaremos mais adiante (ainda neste capítulo), trata-se de uma constatação da interpretação literal da lei, uma vez que a doutrina majoritária tem entendido que, em casos de lesões irrisórias, ainda é necessária a reiteração.

39 CARVALHO, Américo Taipa – *Op. Cit.* p. 335.

um castigo corporal é proporcional ou socialmente adequado, razão pela qual as crianças ficam absolutamente expostas às relações de domínio paternais⁴⁰.

Em nítida crítica à majoritária tolerância social aos castigos físicos contra crianças, a autora pugna pela busca de meios alternativos à violência, elencando o amor e o exemplo como diretrizes a uma criação saudável e construtiva⁴¹.

Sustenta, ainda, que aceitar castigos corporais com propósito pedagógico pode nos levar a um terreno sombrio, onde os maus tratos são vistos como algo natural. Para tanto, preconiza a impossibilidade peremptória de se valorizar qualquer excludente de ilicitude ou tipicidade quando se trata de violência física contra menores, mesmo quando o estágio de agressividade da conduta é diminuto (como, por exemplo, em um leve beliscão), já que que o desvalor da conduta deve ser análogo ao praticado contra adultos, onde não se tolera, por exemplo, para fins disciplinares, que um superior agrida seu funcionário.⁴² Sustenta, portanto, ser inconcebível que “a ilicitude penal se inicie, apenas, com a sova de cinto, de pau ou com a vergastada”⁴³.

Nessa análise, a autora somente admite a intervenção física dos pais “para proteger a criança contra si própria, por exemplo, porque se recusa a colocar o cinto de segurança no automóvel, se atira para o chão num centro comercial e recusa levantar-se, coloca os dedos na tomadas ou para evitar que caia de uma janela ou varanda”⁴⁴. Assim, qualquer hipótese que fuja dessa concepção poderá subsumir-se ao delito de maus tratos

Em síntese, preconiza a inviolabilidade da integridade dos menores, que, enquanto seres extremamente vulneráveis, necessitam de uma legislação forte e imperativa que vede qualquer modalidade de castigos corporais⁴⁵.

Posição semelhante pode ser percebida nos estudos do professor Armando Leandro, que repugna a educação agressiva, enxergando no diálogo responsável a única possibilidade de que os filhos cresçam de forma autônoma, em um ambiente harmonioso, mas não livre de regras.⁴⁶ Nesse diapasão, defende o autor que o poder-dever parental de correção deve ter caráter orientador e não punitivo, de modo que possa ser exercido em proveito absoluto da criança. Isso não quer dizer, obviamente, que os pais não possam exercer seu papel disci-

40 SOTTOMAYOR, Maria Clara – Existe um Poder de Correção dos Pais? – A propósito do Acórdão do STJ, de 05-04-2006. *Lex Familia* – Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra. ISSN 1645-9660. A. 4, N.º 7, 2007, p. 111-112.

41 *Idem. Ibidem.*

42 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Op. Cit.* p. 113-114.

43 *Idem. Op. Cit.* p. 124.

44 *Idem. Ibidem.*

45 *Idem. Op. Cit.* p. 125-128.

46 LEANDRO, Armando – Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária. In *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 126.

plinar, mas esse necessita ser feito com parcimônia, respeitando a autonomia, a saúde e a segurança dos filhos.⁴⁷

Em sentido convergente, Maria de Fátima Abrantes sustenta a legitimidade do poder de correção, de modo que o infante seja compelido a acatar as ordens dos pais (ou quem o tenha ao seu cuidado, guarda ou responsabilidade) mesmo contra sua vontade (o que denomina de “obediência coerciva”⁴⁸). Mas salienta que esse poder não pode ultrapassar a barreira da pretensão educativa e dos interesses da criança, razão pela qual, caso os genitores/cuidadores se valham de métodos violentos, poderão ser enquadrados no artigo 152-A do Código Penal.⁴⁹

Em breve síntese, a linha de pensamento dos defensores da impossibilidade absoluta de castigos corporais contra crianças pode ser resumida pela frase da professora Cristina Dias, que assim preceitua: “o poder de correção deixa de ser o poder dos pais castigarem e baterem nos filhos para passar a ser o poder-dever dos pais de educar e proteger a criança, de respeitar a sua autonomia e a sua diferença em relação aos pais. O dever de educação dos pais deve substituir a correção com carácter punitivo. O que não nos parece que afaste a correção com carácter educativo e é [tão somente] esta que deve admitir-se”⁵⁰

Em nítido contraponto às aceções supramencionadas, surge uma segunda vertente que defende que os esgarçados corpóreos moderados são legítimos, desde que preenchidas determinadas condições essenciais.

A ideia de permissividade de pequenas lesões físicas daqueles que detém o dever de garante sobre seus responsabilizados remonta a tempos longínquos.

Já no século IV a.C., na Grécia antiga, o filósofo e dramaturgo ateniense Menandro afirmava convictamente que “quem não é açoitado não é educado”⁵¹.

Também o teórico social Michel Foucault, grande formador de opiniões do século XX, defendia que “os castigos físicos têm a função de reduzir os desvios”⁵². Trata-se do que o professor Anthony Graziano chamou de “violência sub-abusiva” contra crianças, ou seja, aquela que é socialmente aceitável por ter natureza meramente disciplinar⁵³.

47 *Idem. Op. Cit.* p. 127-128.

48 DUARTE, Maria de Fátima Abrantes – O Poder Paternal – Contributo para o Estudo do seu Actual Regime. Lisboa: AAFDL, 1994, p. 71.

49 *Idem. Op. Cit.* p. 71-74.

50 DIAS, Cristina – A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. In *Julg.* Lisboa. ISSN 1646-6853. N.º 4, 2008, p. 96.

51 COHEN, A. – Proverbs. London: Soncino Press, 1946, p. 148.

52 FOUCAULT, Michael – Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões. 19.ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 149-150.

53 ANTHONY, Graziano – Why we should study sub abusive violence against children. In *Journal of Interpersonal Violence*. Thousand Oaks. ISSN 0886-2605. V. 9, 1994, p. 412-463.

Os defensores desta linha de pensamento costumam trazer à baila algumas justificativas técnico-jurídicas para a descriminalização dos castigos corporais educativos. Para tanto, aduzem que, embora haja lesão ao bem jurídico, é salutar que não seja ela punida “por razões de interesses que se consideram superiores”⁵⁴. Analisemos, neste ponto, as teses encampadas por esta corrente doutrinária.

Para fundamentar as lesões disciplinadoras, o professor Eduardo Correia utiliza-se de conceitos basilares da Teoria da Imputação Objetiva, aduzindo que um ato (comissivo ou omissivo) que é imposto, autorizado ou permitido não pode ser simultaneamente antijurídico e punível. Logo, franqueada a autoridade parental pela legislação civil, aduz estarmos diante da causa justificante do exercício de um direito (artigo 31.º/2/b, do Código Penal)⁵⁵. Em viés análogo, Jorge Dias preceitua que é possível, em casos de ofensa corporal leve, com propósito educativo e exercido no interesse da prole, justificar a sanção física com fulcro no “poder-dever de educar”⁵⁶.

Há ainda os que defendam, ancorado nos mesmos fundamentos (previsão na legislação vigente), que a prerrogativa de conduzir a educação dos filhos justificaria leves castigos corporais em garantia ao cumprimento de um dever legal (artigo 31.º/2/c do Código Penal).

Não nos parece serem as diretrizes mais acertadas porque, conforme amplamente visto no primeiro capítulo, a criança há muito deixou de ser vista como um mero objeto manipulado para ser tratada como um autêntico detentor de direitos, onde os compromissos dos pais foram revistos, excluindo-se da legislação civil o poder de correção. Assim, não vislumbramos autorização legal aos castigos corporais, mas tão somente a medidas disciplinadoras outras que não envolvam intervenção física.

Noutro ponto, um grupo minoritário utiliza-se do “consentimento” como causa excludente de antijuridicidade (artigo 31.º/2/d do Código Penal), para legitimar os castigos corporais.

Em sua obra, Filipe Monteiro bem delinea o tema, preconizando que, na hipótese em análise, estão adimplidas as condições essenciais a fim de que o consentimento possa afastar a ilicitude: a) disponibilidade do bem jurídico (integridade física), nos termos do artigo 149.º do Código Penal; e b) ausência de ofensa aos bons costumes (artigo 38.º do Código Penal). Neste tópico, disciplina que, para verificação da aceitação social do costume, deve ser levado em conta a causa e o propósito da ação do agente ofensor, além dos métodos

54 MONTEIRO, Filipe Silva – O Direito de Castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos. Porto: Coleção Minho Universitária, 2002, p. 46.

55 CORREIA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 3.

56 DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.385-390.

utilizados. Com isso garante que, se o fim do castigo corporal for educacional e a sanção empreendida for moderada, é plenamente possível que sejam considerados lícitos.⁵⁷

Entendemos que, *in casu*, o consentimento do menor deve ser desprezado. Ora, se a pessoa não possui capacidade jurídica para realizar, por si só, atos da vida civil, por que teria para consentir em sofrer intervenções físicas violentas? Noutro ponto, dada a sobrepujança física e moral dos pais sobre os filhos, ainda que tivesse capacidade, acreditamos que ela estaria viciada.

Ressaltamos, ainda, que Taipa de Carvalho defende a alternativa de que, quando a motivação do agente não for execrável e os castigos não forem revestidos de grande intensidade, é possível a aplicação da exculpante de falta de consciência da ilicitude não censurável. Aduz o autor que não haveria potencial consciência da ilicitude do bem, por acreditarem os genitores estarem no exercício de um direito a eles conferido⁵⁸.

Por derradeiro, mas não menos importante, um grupo defende que os castigos corporais podem ser justificados por serem atípicos (causa extintiva de tipicidade), em face da Teoria da Adequação Social.

A teoria em apreço registra que um ato doloso pode subsumir-se ao tipo penal, mas, em face da ampla aceitação social da mesma, não ser materialmente típica. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci bem destrincha suas características, conforme se verifica, *in verbis*:

“Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado.

[..]

Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.”⁵⁹

57 MONTEIRO, Filipe Silva – *Op. Cit.* p. 45-48.

58 CARVALHO, Américo Taipa. *Op. Cit.* p. 539.

59 NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 7.^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

Especificamente quanto aos castigos corporais contra menores, José Francisco Neves preconiza que existe uma tolerância social e cultural de ponderados flagelos físicos em Portugal, razão pela qual eles continuam constituindo um método de coerção juridicamente aceitável⁶⁰. *Mutatis mutandis*, os adeptos desse ponto de vista entendem que inexistem ofensividade na punição corporal perpetrada pelos genitores, uma vez que, apesar de constituir conduta tipificada em lei, não contraria o sentimento social genérico de justiça.

Embora a tese pareça atrativa, parece-nos que o entendimento supra opõe-se à tentativa da comunidade internacional, bem como das recentes alterações legislativas do conjunto normativo português (exaustivamente tratados no primeiro capítulo deste ensaio), em propagar a ideia de inadmissibilidade de castigos físicos contra crianças. Entendemos, por conseguinte, impertinente falar em descriminalização das condutas pela tolerância com que a sociedade trata essas práticas criminosas, uma vez que o fato de parte da população admitir a prática desse tipo de ato não o generaliza culturalmente e nem tampouco tem o condão de impedir a sua incidência penal.

Essas são as principais correntes que tratam da aceitação ou não da intervenção física disciplinadora dos pais sobre os filhos. Conhecidos os apontamentos de cada uma, resta-nos questionar: qual a concepção adotada pela doutrina majoritária portuguesa?

O professor Fernando Silva explica que, atualmente, vem-se entendendo que a legitimidade do castigo físico não está estritamente atrelada à descrição objetiva da ação perpetrada, mas sim à caracterização da gravidade da lesão resultante. Com isso, a doutrina preponderante vem dando tratamentos distintos conforme o tipo de violação corporal, pois que, para efetivação do tipo penal em comento, é necessário que haja uma sobrecarga física que corresponda a uma forma grave de cometimento ou a reiteração de uma conduta que, se verificada isoladamente, é desprovida de lesividade⁶¹. Vejamos:

“[...] sempre poderemos dizer que a própria expressão ‘maus tratos’ pressupõe lesões que, pela forma como são cometidas, ou pelos efeitos que produzem, atingem graves proporções, ou, então, esse maior desvalor advém do carácter repetido com que as mesmas são inflingidas nas vítimas.”⁶²

60 NEVES, José Francisco Moreira das – Os maus tratos infantis na jurisdição criminal. Disponível em: www.verbojuridico.com/doutrina/penal/maustratosinfantis.html.

61 SILVA, Fernando – *Op. Cit.* p. 314.

62 *Idem. Ibidem.*

Percebemos, portanto, que, pelo entendimento do autor, castigos corporais educativos de baixa proporção, se não cometidos com habitualidade, são plenamente legítimos. Noutras palavras, não há proibição às intervenções corpóreas ínfimas.

Em norte idêntico, Taipa de Carvalho preceitua que, para lesão ao bem jurídico saúde, há necessidade de que a agressão se revista de alta magnitude ou, em caso de baixa gravidade, que seja feita de forma repetida. Acresce, por oportuno, que, embora tenha o legislador retirado a obrigatoriedade de reiteração, deve esse aspecto ser levado em consideração no crime de maus tratos sempre que a conduta extremamente leve, por si só, não preencher nenhum tipo penal ou puder ser abarcada pelo princípio da bagatela⁶³.

Nessa linha, sustenta que os diminutas intervenções físicas com fins educativos são atípicos por serem socialmente aceitáveis, em face do direito parental de correção. Entretanto, é primordial que sejam preenchidos quatro requisitos, que deverão ser analisados com percuciência pelo julgador: necessidade do castigo, razoabilidade da medida, proporcionalidade à ação indisciplinada e adequação dos meios utilizados⁶⁴.

Maria Paula Faria acresce, ainda, um último requisito, que seria a finalidade educativa da ação⁶⁵. A autora considera esse critério essencial, tendo em vista que medidas austeras dos pais com intento finalístico de extravasar a ira, ainda que sem elevada intensidade, não poderiam deixar de ser punidos à luz da legislação vigente.

Logo, objetivando o tema, podemos dizer que, para configuração do crime previsto no artigo 152-A, é preciso a gravidade de condutas (intensidade elevada) ou a reiteração das mesmas (quando as ações forem aparentemente inofensivas).

De fato, essa parece ser o entendimento acadêmico lusitano que prepondera, já que, em sentido convergente, manifestaram-se Nuno Brandão⁶⁶, Elizabete Ferreira⁶⁷, Teresa Beleza⁶⁸, Conde Fernandes⁶⁹ e Paula Faria⁷⁰.

Percebemos, assim, que, em que pese o esforço dos órgãos internacionais para abolição absoluta dos castigos físicos na educação das crianças, ainda há um predomínio, na comunidade jurídica portuguesa, da ideia de que pequenas medidas disciplinadoras corpo-

63 CARVALHO, Américo Taipa – *Op. Cit.* p. 519.

64 CARVALHO, Américo Taipa – *Op. Cit.* p. 535.

65 FARIA, Maria Paula Ribeiro de – *Op. Cit.* p. 604.

66 BRANDÃO, Nuno – A tutela penal especial reforçada da violência doméstica. In *Jugar*. Lisboa. ISSN 1646-6853. N.º 12 (Especial), 2010, p. 21-22.

67 FERREIRA, Maria Elizabete – Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal. Almedina: Coimbra, 2005, p. 104-105.

68 BELEZA, Teresa Pizarro – Violência Doméstica, Coletânea de Textos da Parte Especial do Direito Penal. Lisboa: AAFD, 2008, p. 19.

69 FERNANDES, Plácido Conde – Violência Doméstica – Novo quadro penal e processual penal. In *Revista do CEJ*. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 8 (Especial – Jornadas sobre a revisão do Código Penal), 2008, p. 307.

70 FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *Op. Cit.* p. 330.

rais não possuem grande repercussão, devendo, portanto, serem relevadas juridicamente e absolvidas.

IV. Análise crítica e opinativa do hodierno cenário português e propostas para erradicação dos castigos corporais educativos

Neste último capítulo, esboçaremos de forma muito sintética nossa visão acerca do tema tratado no cenário jurídico português e ousaremos analisar medidas que, eventualmente, poderão ajudar a incutir na mentalidade da população uma visão alternativa à enraizada necessidade de se educar com violência. Destacamos não desconhecer que não é comum emitir opinião em trabalhos acadêmicos, contudo, por se tratar de um projeto a nível de mestrado, nos permitiremos essa ousadia.

Pelo estudo supra, restou evidente que ainda predomina a mentalidade de que os pais podem castigar seus filhos fisicamente, como forma de controle da socialização, desde que não cometam excessos.

Pessoalmente, filiamo-nos à já vergastada opinião de Armando Leandro⁷¹ que sustenta que o poder-dever de educação dos pais, por óbvio, continua a existir, mas o processo corretivo deve fugir da abusividade. Nesse diapasão, os castigos corporais devem ser evitados ao máximo, uma vez que a caracterização do que ultrapassa os limites da razoabilidade não é objetiva. Não por outro motivo, ainda há grande divergência acerca da resposta para o questionamento “o que constitui maus tratos?”. Seria uma leve equimose, uma vermelhidão, uma marca duradoura ou somente aquela que deixa seqüela permanente?

Portugal continua, ainda, sem parâmetros para distinguir as formas aceitáveis de castigos corporais. Além disso, como ensina o professor Cardoso, os limites de intensidade e formas de castigo aceitos variam exponencialmente entre os distintos grupos sociais e familiares⁷¹, razão pela qual consideramos temerário deixar a livre arbitrio dos pais interpretar o que é uma intervenção corporal proporcional.

Até porque, como exara Bessa, o castigo físico muitas vezes é utilizado como uma válvula ao descontrole emocional, servindo mais como um alívio aos pais do que como um método correccional⁷².

71 CARDOSO, Antonio Carlos Alves – Maus tratos infantis: estudo clínico, social e psicológico de um grupo de crianças internadas no Instituto da Criança do Hospital das Clínicas da FMUSP [Tese de Doutorado]. São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2002.

72 BESSA *et al.* – Abordagem psicológica da criança. In *Pediatria ambulatorial*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Cooperativa Editora e de Cultura Médica, 1989, p.115-24.

Salientamos, ainda, o argumento sufragado no capítulo antecedente, de que, se constituem crimes alguns comportamentos agressivos executados entre adultos, soa contraditório que não o sejam quando praticados pelos pais em relação aos filhos menores. Afinal, hoje as crianças são lúdimas detentoras de direitos.

Isso não significa, não obstante, que o regime educativo deva se basear em ideais de liberdade irrestrita e incondicionada. Ao contrário, crianças precisam de limites, imposições de horários, estabelecimento de hábitos e até mesmo de castigos, que vão desde medidas de limitação de liberdade (proibir a ida a algum evento ou que jogue videogame) até a intromissão compulsória, quando necessário, na privacidade.

Nesta seara, devem os genitores optarem pelas medidas que melhor mantenham a dignidade dos menores, que os amoldem às necessidades das relações sociais e que os permitam tornarem-se cidadãos honestos e aptos a lidarem com as adversidades ínsitas à vida cotidiana. Isso porque o modelo educacional deixou de ser hierarquizado e passou a pautar-se pela cooperação (vide primeiro capítulo), onde a criança, colocada no mesmo nível de seus pais, protagoniza opiniões em conformidade com a autonomia permitida pela sua idade. A função familiar, portanto, é proteger e orientar, não mais se impor de forma despótica.

Com essa mentalidade, o Tribunal de Relação de Coimbra já declarou que o modelo correcional deve pautar-se por critérios de disciplina positivos, embasados na palavra incentivadora e no exemplo⁷³.

Ocorre que incutir essa mentalidade na população é um processo extremamente moroso. Até porque a violência exarada por pais, muitas vezes, é uma mera reprodução de experiências sofridas, o que demanda mais que uma simples norma que os impeça de continuar persistindo nesse tipo de comportamento.

Com efeito, já na década de 70, em estudo realizado na Universidade de Oxford, a professora Margareth Lynch identificou alguns denominadores comuns aos pais que se utilizam da sobrepujança física para castigar seus filhos, como a falta de confiança em si (que gera uma tentativa de transferir o descontentamento ao infante), a baixa tolerância à frustração, a solidão, a imaturidade, as expectativas supervalorizadas depositadas nos menores e a crença de que é extremamente valorosa uma educação severa.⁷⁴

Logo, percebemos que a agressão contra menores, muitas vezes, é a externalização de alguma frustração do adulto, que não consegue administrar bem suas próprias sensações. Com isso, o castigo físico deixa de “ser visto como uma resposta normativa à ‘maldade’ da

73 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28-01-09, Relator: Jorge Raposo, in www.dgsi.pt;

74 LYNCH, Margareth – Risk factors in the child: a study of abused children and their siblings. Cambridge: Ed. Martin, 1976, p. 43-46.

criança, para passar a ser interpretado como uma resposta desviante do adulto a comportamentos infantis normais⁷⁵.

Impende frisarmos, ainda, que, além de lento, a alternância de mentalidade é extremamente complexa, dada a ampla propagação cultural de que castigos são essenciais à educação formadora. Tal fato é comprovado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), que registrou, no ano de 2016 (ou seja, muito recentemente e já sob a égide da atual legislação de maus tratos), 826 casos de violência física contra crianças e jovens, o que corresponde a uma média de dois casos diários e dezesseis semanais. Ficou constatado, ainda, que em mais de 70% dos casos assinalados a violência perpetrada era continuada, ou seja, não se restringiu a uma prática isolada⁷⁶.

Salientamos, além do mais, que, estatisticamente falando, o número de casos desconhecidos, por falta de denúncia, é possivelmente muito maior do que se imagina (podemos afirmar, com certa serenidade, que se aplica à hipótese em estudo a teoria criminológica da “cifra oculta da criminalidade”⁷⁷). Isso se deve a fatores diversos, os quais podemos supor, apenas a título exemplificativo, a resistência à imputação de fato criminoso a familiares ou vizinhos, a retrógrada cultura de que uma educação eficaz precisa estar alicerçada por práticas violentas, a resistência social à interferência no modelo pedagógico aplicado por cada grupo familiar, o receio de represálias, a crença de ineficácia da Justiça, dentre outros. A ideia é simples: o poder parental deve valer-se da correção para educar e não simplesmente para penalizar.

Não podemos deixar de levantar também que os castigos físicos deixam marcas que vão muito além da lesão física, prejudicando a confiança, reforçando a insegurança e abrindo lacunas para que, na vida adulta, haja a reprodução dos comportamentos contra ela impedidos na infância.

75 MALTA, Wilson Filipe da Silva – Castigo vs Abuso na Criança: a propósito de três casos. 2013. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/62208/2/Tese%20Mestrado%20Wilson%20Filipe%20da%20Silva%20Malta.pdf>.

76 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA (APAV) – Estatísticas APAV relatório anual 2016. [Consultado em: 17 Agosto 2017]. Disponível em: https://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anuar_2016.pdf.

77 Cifra oculta da criminalidade é, em breve síntese, a diferença entre a criminalidade real e a efetivamente perseguida, isto é, o grande degrau existente entre a quantidade de crimes praticados e os que serão, de fato, inscritos nas estatísticas oficiais. Vera Regina Pereira de Andrade bem delinea o instituto: “Os delitos não perseguidos, que não atingindo o limiar conhecido pela polícia (pois não se realizam nas ruas por onde ela passa), nem chegam a nascer como fato estatístico, constituem a propriamente cifra oculta, latente ou não-oficial. Embora se reconheça a dificuldade de fornecer números precisos a seu respeito, ainda que parciais, são suficientemente representativas para concluir que essa cifra negra “é considerável” e que “a criminalidade real é muito maior que a oficialmente registrada.” ANDRADE, Vera Regina Pereira de – A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 263.

Face ao exposto, para que um dia, em um futuro ainda incerto, seja possível erradicar os castigos físicos disciplinadores contra menores, mister que algumas medidas sejam tomadas de forma eloquente em distintas áreas de atuação.

O documento “A abolição dos castigos corporais infligidos às crianças”⁷⁸, elaborado pelo Conselho da Europa, em setembro de 2008, como parte do programa “Construir uma Europa para e com as crianças”⁷⁹, elenca três frentes de ações principais para eliminação da violência educativa infantil, quais sejam: reforma legislativa, reforma política e sensibilização. Passaremos a tratar de cada uma.

A reforma legislativa envolve a desautorização e a desaprovação pública de castigos corporais contra crianças na legislação diretriz, o que engloba uma alteração da hodierna lei civil portuguesa. Nesse turno, é preciso que deixe de existir espaços normativos para aplicação de justificantes, exculpantes ou causas extintivas de tipicidade aptas a impedirem a penalização de reprimendas parentais truculentas.

Busca-se, portanto, uma “alteração qualitativa na percepção das crianças e da infância e da violência contra as crianças”⁸⁰, de modo que seja construído um arcabouço jurídico isonômico, que estenda às relações entre adultos e crianças o mesmo tratamento dado àquelas perpetradas exclusivamente entre adultos. Afinal, como ensina a professora Sotomayor, “a lei deve contribuir para uma cultura de afeto e de respeito interpessoal nas relações familiares”⁸¹.

A segunda diretriz é a reforma política, que engloba medidas de prevenção e repressão dos castigos corporais, com fulcro na proteção do menor. Tem por objetivo o estabelecimento de medidas que envolvam cooperação entre diversos setores sociais e organismos estatais nacionais e internacionais, de modo que haja a formação de um todo unitário voltado à erradicação das intervenções físicas disciplinadoras contra infantes.

A ideia é que estejam interligados os setores privados e públicos, as organizações não governamentais e os protagonistas do sistema político (envolvidos com planejamento, execução e destinação orçamentária de políticas sociais). Desta forma, é possível a criação de um programa uniforme e conjunto, onde possam ser traçadas metas e criados programas de avaliação de desempenho aptos a aprimorarem as medidas políticas de estímulo à cultura de respeito pelas crianças.

78 Pode ser visualizado em: <https://rm.coe.int/16806a456a>.

79 Pode ser visualizado em: www.coe.int/children.

80 CONSELHO EUROPEU – Diretrizes do Conselho da Europa sobre as estratégias nacionais integradas de proteção das crianças contra a violência. Disponível em: <http://happyslide.org/doc/65148/diretrizes-do-conselho-da-europa-sobre-as>.

81 SOTTOMAYOR, Clara – *Op. Cit.* p. 128.

Por derradeiro, mas não menos importante, chegamos à terceira diretriz, que é a sensibilização populacional de intolerância às reprimendas coercitivas contra menores, ainda que diminutas ou aparentemente inofensivas.

A comoção da sociedade civil quanto à essencialidade da parentalidade positiva deve ser ampla e irrestrita, indo desde a incursão de disciplinas escolares que empoderem as crianças como sujeitos de direitos, até a implementação de campanhas publicitárias conscientizadoras. Além disso, mister se faz o acompanhamento de famílias onde há indícios de práticas educacionais violentas. Busca-se, assim, que a aversão à intervenção física infantil e o estímulo a meios pedagógicos construtivistas chegue à maior quantidade de cidadãos possível, de modo a inculcar a ideia – ainda que vagarosamente – de que é plenamente possível educar sem agressões.

Diante de todo o exposto, acreditamos ser possível, na relação pai-filho, o uso de uma abordagem não coercitiva, onde prepondere a disciplina afável, com limites e punições que respeitem a integridade da criança. É preciso, não obstante, que a mudança inicie dentro de cada pessoa, de modo que seja possível fazer prevalecer, sobre qualquer ensinamento ou preconceito radicado, a dignidade da pessoa humana!

V. Conclusão

A tutela dos direitos da criança, em especial diante da prática culturalmente aceita de aplicação de castigos corporais educativos, passou por diversas etapas de evolução, até que a comunidade jurídica internacional percebesse a importância de que as legislações internas dos países previssem a proibição expressa dessa prática, com a cominação da respectiva sanção penal.

Em Portugal também não foi repentina a transmutação da criança como mera receptora das vontades e imposições parentais para uma legítima detentora de direitos. Esse processo iniciou-se com a supressão, no ordenamento jurídico civil, do chamado “poder de correção”, prerrogativa que, ainda que implicitamente, garantia aos pais o direito de corrigir fisicamente. A partir daí, em especial diante das pressões exercidas pelo Conselho Europeu e pela Organização das Nações Unidas, Portugal viu-se obrigado a autonomizar um delito que tutelasse, com propriedade, as violências contra crianças, oportunidade em que surgiu o crime de maus tratos (artigo 152.º-A do Código Penal).

Esse trâmite, indubitavelmente, foi essencial à consagração de uma educação voltada finalisticamente aos interesses dos menores. Entretanto, verificamos que somente ele não foi suficiente.

Com efeito, a ausência de um artigo, na legislação civil, que proíba de forma expressa e veemente os castigos físicos corporais ainda deixa brechas para que a doutrina majoritária avente exculpantes, justificantes e causas extintivas de tipicidade para fundamentar a possibilidade de reprimendas educativas moderadas.

Acreditar que a criança irá assimilar as orientações com o uso de meios violentos é um grande equívoco, em especial em Portugal, onde a sufragada razoabilidade dos castigos é analisada com um altíssimo grau de subjetividade, deixando ao critério dos pais e dos julgadores a decisão do que constitui castigo legítimo. Fica o menor, assim, refém do bom senso alheio, o que soa extremamente temerário à sua segurança e sua dignidade.

Por óbvio, conforme verificamos, a mera proibição dos castigos também não será suficiente a sua erradicação, sendo essencial a adoção de medidas de sensibilização e propagação de uma cultura que entenda os castigos corporais como danosos. Somente através da mudança de mentalidade será possível garantir um mundo em que as crianças sejam educadas através de castigos construtivos, baseados no exemplo e na conscientização.

Consideramos, nesse contexto, que este é um tema que ainda carece de longos debates, envolvendo opiniões profissionais multidisciplinares, que sejam guiadas a um fim que garanta às crianças, no mínimo, uma igualdade de direitos com os adultos.

Não nos iludimos seja a abolição total dos castigos físicos contra menores uma tarefa simples. A estrada é longa e espinhosa, mas o resultado será florido, em especial para as futuras gerações de crianças, cujo exemplo adquirido em casa, de relações alicerçadas no diálogo e no respeito mútuo, poderá surtir efeitos na construção de um futuro livre de práticas sociais violentas.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Catarina – As Nações Unidas, a Convenção e o Comitê. Disponível em: <https://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/8384crianca.pdf>.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. ISBN 9789725402955.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de – A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANTHONY, Graziano – Why we should study sub abusive violence against children. In Journal of Interpersonal Violence. Thousand Oaks. ISSN 0886-2605. V. 9, 1994, p. 412-419.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA (APAV) – Estatísticas APAV relatório anual 2016. [Consultado em: 17 Agosto 2017]. Disponível em: https://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2016.pdf.
- BELEZA, Teresa Pizarro – Violência Doméstica, Coletânea de Textos da Parte Especial do Direito Penal. Lisboa: AAFD, 2008. ISBN 5606939000743.

- BESSA *et al.* – Abordagem psicológica da criança. In *Pediatria ambulatorial*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Cooperativa Editora e de Cultura Médica, 1989.
- BRANDÃO, Nuno – A tutela penal especial reforçada da violência doméstica. In *Jurgar*. Lisboa. ISSN 1646-6853. N.º 12 (Especial), 2010, p. 21-22.
- CARDOSO, Antonio Carlos Alves – Maus tratos infantis: estudo clínico, social e psicológico de um grupo de crianças internadas no Instituto da Criança do Hospital das Clínicas da FMUSP [Tese de Doutorado]. São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2002.
- CARVALHO, Américo Taipa – Comentário Conimbricense do Código Penal. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COHEN, A. – *Proverbs*. London: Soncino Press, 1946.
- CONSELHO EUROPEU – Directrizes do Conselho da Europa sobre as estratégias nacionais integradas de protecção das crianças contra a violência. Disponível em: <http://happyslide.org/doc/65148/directrizes-do-conselho-da-europa-sobre-as>.
- DIAS, Cristina – A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. In *Jurgar*. Lisboa. ISSN 1646-6853. N.º 4, 2008, p. 87-101.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DUARTE, Maria de Fátima Abrantes – *O Poder Paternal – Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*. Lisboa: AAFDL, 1994.
- FERNANDES, Ana Laura – *Responsabilidades Parentais Poder de Correção na Educação dos Filhos Menores de Idade*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015.
- FERNANDES, Plácido Conde – *Violência Doméstica – Novo quadro penal e processual penal*. In *Revista do CEJ*. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 8 (Especial – Jornadas sobre a revisão do Código Penal), 2008, p. 293-340.
- FERREIRA, Maria Elizabete – *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Almedina: Coimbra, 2005. ISBN 978-9898835116.
- FOUCAULT, Michael – *Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões*. 19.^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. ISBN 85-326-0508-7.
- LEANDRO, Armando – *Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária*. In *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 111-164.
- LEVINER, Pernilla – *The Ban on Corporal punishment of children*. In *Journal of Family Law*, Vol. 32, 1993-1994, p. 156.
- LYNCH, Margareth – *Risk factors in the child: a study of abused children and their siblings*. Cambridge: Ed. Martin, 1976, p. 43-56.
- MALTA, Wilson Filipe da Silva – *Castigo vs Abuso na Criança: a propósito de três casos*. 2013. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/62208/2/Tese%20Mestrado%20Wilson%20Filipe%20da%20Silva%20Malta.pdf>.
- MARTINS, Rosa – *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789723215915.
- Poder Paternal vs Autonomia da criança e do adolescente?*. In *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. ISSN 1645-9660. A. 1, N.º 1, 2004.
- MONTEIRO, Filipe Silva – *O Direito de Castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos*. Porto: Colecção Minho Universitária, 2002. ISBN 9789729853241.
- NEVES, José Francisco Moreira das – *Os maus tratos infantis na jurisdição criminal*. Disponível em: www.verbojuridico.com/doutrina/penal/maustratosinfantis.html.
- NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 7.^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 9788520338766.

- OLIVEIRA, Guilherme – A criança maltratada. In Temas de Direito da Família, 2.^a edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 218-219.
- ROXIN, Claus – La calificación jurídico-penal de la corrección paterna. In Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid. ISSN 1132-9955. N.º 16, 2005, p. 233-242.
- SEDLAK AJ; Broadhurst DD – Third National Incidence Study of Child Abuse and Neglect (NIS-3 Final Report). US Dept of Health and Human Services. Contract No. 105- 94-1840, 1996.
- SILVA, Fernando – Direito Penal Especial – Crime contra as pessoas. 3.^a Ed. Lisboa: Quid Juris Editora, 2011. ISBN 978972724563-5.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – Existe um Poder de Correção dos Pais? – A propósito do Acórdão do STJ, de 05-04-2006. Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra. ISSN 1645-9660. A. 4, N.º 7, 2007, p. 111-129.
- TOMÁS, Catarina – Há muitos mundos no mundo. Cosmopolitismo, participação e direitos da criança. Porto: Edições Afrontamento, 2011. ISBN 9789723611939.
- UNICEF – Corporal punishment of children in Áustria. [Consultado em: 27 Agosto 2017]. Disponível em: <http://www.endcorporalpunishment.org/assets/pdfs/states-reports/Austria.pdf>.
- ZIEGERT, Klaus A. – The Swedish Prohibition of Corporal Punishment: A Preliminary Report. Journal of Marriage and Family. ISSN 0022-2445. V. 45, N.º 4, 1983, p. 917-926.

Fontes documentais

- CONSELHO DA EUROPA – Abolishing corporal punishment of children: Questions and answers, 2007. Disponível em: <http://hub.coe.int>.
- PORTUGAL. Diário da República – Decreto de Aprovação da Constituição n.º CRP 1976 de 10-04-1976, n.º 86, Série I, Parte A (10/04/1976).
- PORTUGAL. Diário do Governo – Decreto-Lei n.º 47,344 (Código Civil), N.º 274 (25-11-66).

**COMENTÁRIOS
DE LEGISLAÇÃO
E JURISPRUDÊNCIA**
COMMENTS ON LEGISLATION
AND JURISPRUDENCE



Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa ao alcance da proteção conferida pelas Denominações de Origem no âmbito vitivinícola

Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the scope of the protection conferred by Appellations of Origin in the wine sector

RUBEN BAHAMONDE¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro - 30th June Junho 2018 · pp. 158-164
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.9>
Submitted on May 24th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 24 de Maio, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

Introdução

As denominações de origem (DO) e as indicações geográficas (IG) integram-se no âmbito da proteção conferida pela propriedade industrial. A relevância no tráfego económico e comercial destas modalidades de propriedade industrial é de extrema importância, pois além de constituírem signos distintivos que permitem aos consumidores diferenciar diversas categorias e qualidades de produtos, permitem que os produtores de uma determinada zona ou região consigam capitalizar o seu esforço e bem fazer através de uma melhor aceitação dos seus produtos no mercado, providenciando a difusão do produto em causa e o incremento das suas vendas, que tendencialmente resultarão em maiores lucros. Paralelamente, a proliferação das denominações de origem e das indicações geográficas tem-se erigido como instrumentos muito eficazes na promoção do desenvolvimento económico das regiões abrangidas pela sua proteção.

No âmbito vitivinícola, as denominações de origem consistem no nome de uma região, de um local determinado ou em casos excecionais, de um país que serve para designar um produto quando se cumpram as seguintes exigências: i) as suas características e qualidade devem-se essencial ou exclusivamente a um meio geográfico específico, incluindo os fatores naturais e humanos; ii) as uvas a partir das quais é produzido o produto devem

¹ Professor Auxiliar da UAL, Investigador do Ratio Legis.

provir exclusivamente dessa área geográfica; iii) a sua produção terá de decorrer nessa área geográfica e; iv) o produto deve ser obtido a partir de castas pertencentes à espécie *Vitis vinifera*.

Por sua vez, as indicações geográficas consistem numa indicação relativa a uma região, um local determinado ou em casos excepcionais, de um país que servem para designar um produto quando se cumpram as seguintes exigências: i) Possuir determinada qualidade, reputação ou outras características que podem ser atribuídas a essa origem geográfica; ii) pelo menos 85 % das uvas utilizadas para a sua produção devem provir exclusivamente dessa área geográfica; iii) a sua produção ocorre nessa área geográfica; iv) o produto deve ser obtido a partir de castas pertencentes à espécie *Vitis vinifera* ou provenientes de um cruzamento entre esta e outra espécie do género *Vitis*².

A proteção conferida pelas denominações de origem e as indicações geográficas permitem que os operadores que comercializarem um vinho produzido em conformidade com o caderno de especificações correspondente, i.e., os agentes que preencherem os requisitos delimitadores dessa DO ou IG, possam referenciar que os produtos em causa pertencem àquela DO ou IG. Além dessa possibilidade, os vinhos que utilizem esses nomes protegidos também gozam de proteção contra: a) qualquer utilização comercial direta ou indireta do nome em causa³; b) qualquer usurpação, imitação ou evocação, ainda que a verdadeira origem do produto ou serviço seja indicada ou que o nome protegido seja traduzido ou acompanhado por termos como «género», «tipo», «método», «estilo», «imitação», «sabor», «como», ou similares; c) qualquer outra indicação falsa ou falaciosa quanto à proveniência, origem, natureza ou qualidades essenciais do produto, que conste do acondicionamento ou da embalagem, da publicidade ou dos documentos relativos ao produto vitivinícola em causa, bem como o acondicionamento em recipientes suscetíveis de criar uma opinião errada sobre a origem do produto.

Com este marco jurídico, e tendo em conta os interesses em causa, existe o risco de que a proteção conferida pelas DO e pelas IG seja invocada contra qualquer terceiro que utilize o nome protegido, ainda quando não se verifique na prática um comportamento ilícito. Por forma a evitar este tipo de abusos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, tem aplicado a

2 Vid. artigo 34 do Regulamento (CE) n.º 479/2008 do Conselho de 29 de Abril de 2008 que estabelece a organização comum do mercado vitivinícola, que altera os Regulamentos (CE) n.º 1493/1999, (CE) n.º 1782/2003, (CE) n.º 1290/2005 e (CE) n.º 3/2008 e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 2392/86 e (CE) N.º 1493/1999.

3 Neste caso, as alíneas i e ii do parágrafo a) do artigo 45º do Regulamento (CE) n.º 479/2008 especificam que a mencionada utilização comercial direta ou indireta deve estar relacionada com produtos comparáveis não conformes com o caderno de especificações do nome protegido ou na medida em que tal utilização explore a reputação do nome protegido em causa.

normativa em causa realizando uma interpretação restritiva dos conceitos de “utilização” e de “evocação” de uma denominação de origem protegida.

Caso Vinhos do Douro e do Porto

Em 14 de setembro de 2017, foi proferido o Acórdão do Tribunal de Justiça, Segunda Secção, no âmbito do processo C-56/16P, em que o Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia, (EUIPO), recorreu da decisão proferida pelo Tribunal Geral, sendo recorrido o Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto IP (doravante IVDP).

Este processo surgiu no âmbito de um pedido de marca comunitária formulado em outubro de 2006 pela sociedade escocesa Bruichlanddich Distillery Co. Ltda perante o EUIPO, para registo da marca da União Europeia PORT CHARLOTTE relativa à classe 33 do Acordo de Nice, i.e., bebidas alcoólicas⁴. A marca foi registada e publicada no Boletim Oficial de Marcas Comunitárias em outubro de 2007. Já em abril de 2011, o IVDP apresentou perante o EUIPO, um pedido de declaração de nulidade da marca PORT CHARLOTTE, com fundamento em que o referido signo distintivo designava todos os produtos da classe 33. Nesta sequência, a titular da marca registada respondeu ao pedido de declaração de nulidade limitando a lista de produtos para os quais esta foi registada, nomeadamente, passou a designar apenas Whisky.

Em abril de 2013, e tendo em consideração a redução dos produtos abrangidos pela proteção da marca comunitária em causa, a Divisão de Anulação da EUIPO, indeferiu o pedido de declaração de nulidade formulado pelo IVDP. Inconformado com esta decisão, o IVDP interpôs recurso à Quarta Câmara de Recurso da EUIPO, que lhe negou o provimento do mesmo. Para o nosso caso é de interesse salientar dois dos fundamentos invocados pelo IVDP: i) o facto de a recorrida estar a explorar a reputação das referidas denominações de origem, “Porto” e “Port” e; ii) o facto de a proteção conferida às DO se dever estender a qualquer sinal que incluísse o termo “Port” ou “Porto”⁵.

Em setembro de 2014, foi interposto um recurso de anulação da decisão proferida pela Câmara de Recurso perante o Tribunal Geral, que no essencial, manteve a decisão recorrida, revogando-a apenas com fundamento no facto de a Câmara de Recurso ter considerado, erradamente, que a proteção das denominações de origem para os vinhos era regida

4 Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de junho de 1957, disponível em <http://www.wipo.int/classifications/nice/en/>.

5 À data dos factos, a normativa em vigor era o Regulamento (CE) N.º 1234/2007 do Conselho, de 22 de outubro de 2007, com especial ênfase no seu artigo 118ºM, na redação dada pelo Regulamento n.º 491/2009 do Conselho de 25 de maio de 2009, que estabelece uma organização comum dos mercados agrícolas e disposições específicas para certos produtos agrícolas (revogado pelo Regulamento (CE) n.º 479/2008).

exclusivamente pelo, na altura em vigor, Regulamento n.º 1234/2007, e não igualmente pelo direito nacional.

Chegamos então ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de setembro, que apreciou o recurso interposto pelo EUIPO do acórdão do Tribunal Geral. Sendo de referir que o IVDP também interpôs um recurso subordinado do mesmo acórdão.

O argumento principal invocado pelo EUIPO, consistiu no erro cometido pelo Tribunal Geral ao interpretar incorretamente o n.º 4 do artigo 8º do Regulamento n.º 207/2009, no sentido de que com base no direito nacional, uma denominação de origem pré-existente, poderia constituir fundamento para uma recusa relativa do registo de uma marca comunitária.⁶ Com efeito, nos autos em apreço, e conforme já tinha admitido o Tribunal Geral ao citar a Jurisprudência do Tribunal de Justiça no caso *Budějovický Budvar*, aplicável por analogia, o regime de proteção previsto no regulamento n.º 1234/2007 e 479/2008, por ter caráter exaustivo, não pode ser complementado pela legislação nacional, sendo que os Estados Membro não podem conceder uma proteção adicional que possa vir a completar, ou suplantar aquela que é conferida pelo próprio regulamento⁷. Por sua vez, o IVDP sustentou que não se podia retirar do regulamento em causa que o seu regime fosse exaustivo e em consequência, tendo em consideração a legislação nacional, poder-se-ia verificar o pressuposto do previsto no n.º 4 do artigo 8 do Regulamento sobre a marca comunitária (fundamentos de recusa relativa). Nesta matéria o Tribunal de Justiça decidiu que o Tribunal Geral tinha decidido com justeza no relativo às denominações de origem “Porto” e “Port”, protegidas nos termos do Regulamento 1234/2007, porquanto este regulamento comporta um regime de proteção uniforme e exclusivo, não devendo por isso, a Câmara de Recurso apreciar as regras do direito português pertinentes⁸.

O segundo ponto controvertido de relevância para esta análise consiste na invocação por parte do IVDP da violação do artigo 118º-M, n.º 2, alínea a), parágrafos i) e ii) do Regulamento 1234/2007, que dispõe que as denominações de origem afetadas são protegidas con-

6 Vid. Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho de 26 de Fevereiro de 2009 sobre a marca comunitária ao estabelecer no número 4 do seu artigo 8º que “após oposição do titular de uma marca não registada ou de outro sinal utilizado na vida comercial cujo alcance não seja apenas local, será recusado o pedido de registo da marca quando e na medida em que, segundo a legislação comunitária ou o direito do Estado-Membro aplicável a esse sinal: a) tenham sido adquiridos direitos sobre esse sinal antes da data de depósito do pedido de marca comunitária ou, se for caso disso, antes da data de prioridade invocada em apoio do pedido de marca comunitária; b) esse sinal confira ao seu titular o direito de proibir a utilização de uma marca posterior”.

7 Vid. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de Setembro de 2009, no processo C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik* contra *Rudolf Ammersin GmbH*, em particular pontos 107 a 114, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0478&from=PT>.

8 Parágrafos 96 e 103 do acórdão.

tra qualquer utilização comercial direta ou indireta, mesmo por produtos não comparáveis, na medida em que tal utilização explore a sua reputação.

Porém o Tribunal Geral já tinha apreciado nos pontos 70 a 71 esta questão de forma clara e sólida ao afirmar que a marca PORT CHARLOTTE, constituindo uma unidade lógica conceptual indissociável, será entendido pelo público relevante como designando um porto com o nome de uma pessoa chamada Charlotte, sem que seja estabelecida uma ligação direta com a denominação de origem “Porto” ou “Port”. A palavra port, na marca Port Charlotte, indica claramente uma localização geográfica particular, um porto, situado nas imediações de um rio ou do mar, cujo nome é Charlotte⁹. Com este raciocínio o Tribunal de Justiça afirma que não se pode considerar que a incorporação numa marca de uma denominação protegida nos termos do Regulamento 1234/2007, como a denominação de origem “port”, seja suscetível de explorar a reputação dessa DO, na aceção do artigo 118-M, n.º 2, alínea a), ii), desse regulamento, quando a referida incorporação não leve o público relevante a associar essa marca ou os produtos para os quais foi registada à denominação de origem em causa ou ao produto vitivinícola para o qual esta é protegido¹⁰.

Por último, a terceira questão relevante para esta análise prendia-se com a alegação por parte do IVDP de a marca Port Charlotte, registada para whisky, consistir numa “evocação” das DO protegidas nos termos do previsto no artigo 118º-M, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 1234/2007. Para dilucidar esta questão, o Tribunal de Justiça revisitou a jurisprudência citada pelo Tribunal Geral, que estabelece o conceito de «evocação» dentro do marco jurídico em apreço, como aquela hipótese de um termo utilizado para designar um produto incorporar uma parte de uma denominação protegida, de modo que o consumidor, perante o nome do produto, é levado a ter em mente, como imagem de referência, a mercadoria que beneficia da denominação. Sem prejuízo do exposto, afirma-se que também se pode verificar essa “evocação” mesmo que não exista qualquer risco de confusão entre os produtos em causa, quando seja criada no espírito do público uma associação de ideias quanto à origem do produto ou que o operador se aproveite indevidamente da reputação da indicação geográfica protegida. No caso em apreço o Tribunal de Justiça confirma a decisão do Tribunal Geral ao considerar que as diferenças não negligenciáveis entre as características do vinho

9 Relativamente a esta justificação do Tribunal Geral foi contundente a crítica tecida nas Conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, apresentadas em 18 de maio de 2017, nos parágrafos 82 a 91, onde afirma que se encontram preenchidos os pressupostos do 118º-M, n.º2, alínea a), ii) do Regulamento 1234/2007 por ser “evidente a olho nu que (a componente inicial da marca em causa) é idêntica à DOP (...) assim como a reputação dos vinhos da DOP (...) que goza de notoriedade. Em consequência considera que o TG cometeu um erro de direito ao não ter avaliado corretamente o alcance da proteção conferida pela DOP, por forma a avaliar a existência do aproveitamento indevido da sua proteção.

10 Vid. parágrafo 115 do Acórdão.

do Porto e um whisky, designadamente em termos de ingredientes, de teor de álcool e de gosto, por serem bem conhecidas do consumidor médio, constataam a inexistência desta alegada evocação.

Conclusões

A proteção conferida pelas DO e pelas IG não tem uma delimitação clara e pacífica conforme decorre da análise do caso em apreço, sobre tudo, quando confrontado com as Conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona. Com efeito, existe a possibilidade de argumentar que as DO devem ser protegidas para evitar fragilizar a sua força distintiva, por forma a evitar que se torne uma denominação genérica¹¹. No entanto, não se deve esquecer que geralmente, as próprias denominações de origem estão compostas ou formadas por signos e ou nomes de uso comum, muito ligados a zonas geográficas ou espaços físicos o que aumenta exponencialmente o risco de conflito com outros signos distintivos quer nacionais quer de fora de Portugal. Parece-nos que a proteção das DO não pode deixar de ficar ancorada aos seus objetivos principais, ligados à valorização de um determinado produto com características e qualidades determinadas, que cumpre um específico caderno de condições, e que permite a sua livre comercialização. Acresce ainda que estes signos estão dotados de instrumentos para a sua proteção perante qualquer comportamento desleal de terceiros. No entanto, esta proteção, quando não é devidamente balizada, pode criar signos distintivos de bloqueio, no sentido de adquirirem como principal dimensão uma vertente negativa, e não uma vertente positiva. É sabido que a propriedade industrial na sua generalidade se caracteriza pelo *ius prohibendi*, sem embargo, este direito também tem de ser limitado quando o seu exercício se afasta dos fundamentos do próprio direito de propriedade industrial em causa.

Somos da opinião que o Tribunal de Justiça é sensível a esta situação, permitindo uma interpretação mais flexível da normativa relativa às DO, conforme também se verificou no seu acórdão de 20 dezembro de 2017, no Processo C-393/16, que defrontou o Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne e a sociedade Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG. Neste caso, sem prejuízo da decisão adotada pelo Tribunal nacional, o tribunal interpretou não ser automaticamente incompatível com a existência da DO de Champagne, a comercialização por um terceiro de um gelado cuja característica consistia em conter esse mesmo produto.

11 Conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, parágrafo 88.

Por último, este caso evidencia a relevância da harmonização dos direitos de propriedade industrial a nível da União como via para a manutenção de um verdadeiro espaço económico único e unido no qual se impede que os diversos regimes nacionais possam criar entraves protecionistas. Esta matéria também continua a ser muito controvertida devido aos diversos interesses económicos em causa no próprio seio da União Europeia. Em todo caso, e felizmente no nosso entender, resulta do acórdão analisado e da jurisprudência citada que o regime das denominações de origem e indicações geográficas em geral e das denominações de origem e indicações geográficas vitivinícolas em particular, por constituírem regimes jurídico-comunitários exaustivos, não se compadecem com a criação ou aplicação de qualquer outro regime de base nacional que o complemente, amplie ou condicione.

Comentário à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de vestuário religioso e discriminação no local de trabalho

Comments on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on religious clothing and discrimination in the workplace

DAVIDE ARGIOLAS¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro - 30th June Junho 2018 · pp. 165-173
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.10>
Submitted on May 24th, 2018 · Accepted on June 15th, 2018
Submetido em 24 de Maio, 2018 · Aceite a 15 de Junho, 2018

Introdução

Numa Europa cada vez mais plural e fragmentada, vacilante entre a aceitação do multiculturalismo e a sua rejeição de sabor liberal, coloca-se de forma cada vez mais intensa o problema da acomodação na sociedade das práticas dos grupos religiosos minoritários. Dentro desta temática, assume particular relevância a possibilidade de os trabalhadores manifestarem a própria identidade religiosa no local de trabalho, não tanto através de atividades proselitistas – geralmente proibidas ou fortemente limitadas – mas pela simples utilização de símbolos (*e.g.*, uma cruz) ou indumentária de conotação religiosa (*e.g.*, o *hijab*, o quipá ou o turbante) que revelem externamente a sua profissão de fé. Apesar de se tratar de um tema que afeta transversalmente todas as religiões, inclusive as de matriz cristã, acaba por ser particularmente relevante para algumas confissões minoritárias, tais como os muçulmanos, os síques ou os judeus, que habitualmente utilizam símbolos visíveis e facilmente reconhecíveis que revelam externamente a sua identidade religiosa.

Trata-se de uma questão sobre a qual já se pronunciaram numerosas jurisdições nacionais, com êxitos bastante diferentes. De facto, há ordenamentos jurídicos, como a França e a Bélgica, mais restritivos no que diz respeito à expressão da própria identidade religiosa

¹ Professor Auxiliar ISCAL, Investigador Ratio Legis.

no âmbito laboral, e outros, como a Inglaterra, mais liberais². Além disso, o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir, TEDH) emitiu importantes acórdãos sobre o assunto³. Mais recentemente, também o Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir, TJUE) e, mais precisamente, o Tribunal de Justiça (a seguir, TJ), se debruçou sobre o tema em dois acórdãos resultantes de pedidos de decisões prejudiciais vindos de França e da Bélgica. Os acórdãos, proferidos no mesmo dia, são: *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (a seguir, *Achbita*), e *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole, SA*, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 (a seguir, *Bougnaoui*). Os dois acórdãos, que recorrem amplamente à jurisprudência do TEDH sobre esta matéria, receberam muito atenção mediática, assim como algumas críticas tanto do meio académico quanto de organizações de defesa dos direitos humanos, que acusaram o TJ de perfilhar uma atitude contraditória e de ter perdido uma oportunidade fulcral para fomentar a diversidade e a integração religiosa no solo europeu. Uma vez que se trata de decisões umbilicalmente ligadas, analisá-las-emos conjuntamente.

O plano normativo

Tanto o caso *Achbita* quanto o *Bougnaoui* vertem sobre a interpretação de normas da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral para assegurar a igualdade de tratamento entre as pessoas da UE no local de trabalho, independentemente da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual. Apesar de a economia deste artigo não permitir uma análise exaustiva, é mister despender algumas palavras acerca deste ato normativo, explicando os aspetos que mais de perto influenciaram as decisões do TJ.

A Diretiva 2000/78/CE integra o amplo leque de atos normativos europeus que desenvolvem o direito das pessoas à igualdade perante a lei e à proteção contra discriminações, reconhecido em vários diplomas internacionais, assim como no próprio Direito Originário da UE. Deste leque constam, entre outros, a Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, assim como a mais recente Diretiva 2000/43/CE, relativa às discriminações em razão da origem racial e étnica.

2 VICKERS, Lucy – *Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace*. In *European Labour Law Journal*. Mortsel. ISSN 2399-5556. V. 8, N.º 3, 2017, p. 232-257.

3 Cf., em particular, *Eweida e Outros c. Reino Unido*, queixa n.º 48420/2010, 59842/2010, 51671/2010 e 36516/2010, de 15 de janeiro 2013; *Ebrahimian c. França*, queixa n.º 64846/2011, de 26 novembro 2015.

Central para a compreensão da Diretiva é a distinção entre discriminação direta e indireta. Nos termos do art.º 2.º, existe discriminação *direta* sempre que alguém seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa a vir ser dado a outra pessoa em situação comparável (art.º 2.º, n.º 2, al. a)); existe discriminação *indireta*, ao invés, quando pessoas com uma determinada religião, convicção, deficiência, orientação sexual ou idade se encontrem potencialmente desfavorecidas, em comparação com as demais, devido a uma disposição, critério ou prática aparentemente neutras (art.º 2.º, n.º 2, al. b)).

No entanto, a Diretiva admite derrogações à proibição de discriminações. Em primeiro lugar, o art.º 2.º, n.º 2, al. b) especifica que não há discriminação indireta se a disposição, critério ou prática aparentemente neutras sejam objetivamente justificadas por um *objetivo legítimo*, e desde que os meios utilizados para alcançar este mesmo objetivo sejam proporcionais, ou, para utilizar a linguagem da Diretiva, *adequados e necessários*.

Além disso, são admitidas outras derrogações, que se aplicam tanto à discriminação direta quanto à indireta. Deixando para outro ensejo as derrogações não referidas nas decisões em apreço, destacamos apenas a do art.º 4.º, n.º 1, que permite aos Estados-Membros preverem na sua legislação nacional que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com a religião ou as convicções, uma deficiência, a idade ou a orientação sexual não constitua discriminação se, em virtude da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, esta mesma característica constitua um *requisito essencial e determinante* para o exercício dessa atividade, e desde que o *objetivo seja legítimo* e o *requisito proporcional*.

Os factos dos litígios nos processos principais e as questões prejudiciais

O caso *Achbita* diz respeito à G4S Secure Solutions, uma empresa que presta serviços de segurança e vigilância. A G4S persegue uma política de neutralidade religiosa, política e filosófica, razão pela qual proíbe aos seus trabalhadores, como consta no seu regulamento, de “exibir no lugar de trabalho sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas e/ou praticar qualquer ritual decorrente de tais convicções”. A trabalhar na empresa desde 2003, S. Achbita sempre cumprira com esta obrigação, apesar de ser de confissão muçulmana e de utilizar o véu islâmico fora do serviço. No entanto, em 2006 S. Achbita informou os responsáveis da empresa que, a partir daquele momento, pretendia utilizar o véu islâmico também durante o horário de trabalho. Apesar de ter sido informada pela direção da empresa que a sua decisão seria contrária à política empresarial, Achbita

não desistiu da sua resolução, chegando por este mesmo motivo a ser despedida em junho de 2006, com direito a indemnização por despedimento.

Inconformada com a situação, S. Achbita intentou uma ação de indemnização por despedimento ilícito e violação da lei antidiscriminação no Tribunal do Trabalho de Antuérpia, tribunal esse que declarou a ação improcedente por inexistência de discriminação direta ou indireta (sentença de 27 de abril de 2010). Em sede de recurso, o Tribunal do Trabalho de Segunda Instância de Antuérpia rejeitou os pedidos da autora, argumentando que o despedimento de S. Achbita não podia ser considerado manifestamente desproporcionado ou discriminatório, uma vez que a empresa não podia ter noção da ilicitude da proibição imposta, dada a divergência de opiniões existentes sobre o assunto (sentença de 23 de dezembro de 2011). Finalmente, S. Achbita interpôs recurso de cassação junto do Tribunal de Cassação da Bélgica. No dia 9 de março de 2015, este órgão jurisdicional decidiu suspender a instância e submeter ao TJ uma questão para decisão a título prejudicial concernente a interpretação do art.º 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva 2000/78/CE, relativa ao conceito de discriminação direta. Mais especificamente, o tribunal de reenvio perguntou se, à luz desta norma, existindo na empresa uma proibição geral de exibir sinais que revelassem as convicções filosóficas, religiosas ou ideológicas, a proibição de uma trabalhadora muçulmana utilizar um lenço de cabeça no local de trabalho pudesse ser considerada uma discriminação direta. Como realçado pela Advogada-Geral Juliane Kokott nas *Conclusões Fundamentadas*, o Tribunal de Cassação belga pareceu partir do princípio de que, num caso como este, uma discriminação indireta seria aceitável, não se podendo afirmar o mesmo acerca de uma eventual discriminação direta⁴.

A matéria de facto do caso *Bougnaoui* apresenta similitudes com o caso *Achbita*, bem como diferenças importantes. A. Bougnaoui, também de confissão muçulmana, fora contratada em 2008 como engenheira de projetos pela Micropole SA, uma empresa francesa de aconselhamento, engenharia e formação especializada. Aquando da entrevista que levava à sua contratação, fora-lhe explicado que, por razões de discrição quanto à expressão das opções pessoais dos trabalhadores, nem sempre A. Bougnaoui poderia utilizar o véu quando estivesse a lidar diretamente com os clientes da empresa, apesar de não existir uma proibição geral neste sentido formalizada na empresa. A seguir a uma deslocação ao estabelecimento da Groupama, cliente da Micropole SA, responsáveis daquela empresa informaram a Micropole SA que a utilização do véu por parte da engenheira A. Bougnaoui tinha

4 Para uma reconstrução mais aprofundada da matéria de facto, cf. UNIÃO EUROPEIA – CURIA – Tribunal de Justiça da União Europeia. *Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott*, Processo C-157/15. [Consultado em: 14/06/2018]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=179082&doclang=P.T>. (último acesso: 14 junho 2018).

desagrado a vários colaboradores. Acrescentaram expressamente o seu desejo de que “não houvesse véu da próxima vez”. Diante da recusa da trabalhadora em deixar de utilizar o véu, a empresa despediu-a por carta em junho de 2009. A. Bougnaoui impugnou a decisão de despedimento no Tribunal do Trabalho de Paris em setembro do mesmo ano, alegando tratar-se de um despedimento discriminatório. No entanto, o referido tribunal decidiu que a restrição imposta pela Micropole SA à liberdade religiosa era justificada e proporcional. Em sede de recurso, o Tribunal de Recurso de Paris confirmou a decisão da primeira instância. Chamada a pronunciar-se sobre o assunto, a Secção do Trabalho do Tribunal de Cassação francês decidiu suspender a instância e colocar ao TJ uma questão prejudicial relativa ao art.º 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE. Mais especificamente, o tribunal supremo francês queria saber se o desejo de um cliente de uma empresa de que os serviços prestados deixem de ser assegurados por uma trabalhadora que utilize o véu islâmico pode ser considerado um requisito profissional essencial e determinante, em razão da natureza da atividade profissional em causa ou das condições da sua execução – podendo assim constituir uma derrogação à proibição de discriminação em razão da religião ou das convicções⁵.

A fundamentação dos acórdãos

Preliminarmente, é de realçar que, como salientado por Lucy Vickers, o TJ divergiu metodologicamente do TEDH na resolução destas questões. De facto, optou por adotar uma perspetiva teórica focada no conceito de igualdade, rejeitando o *human rights approach* perfilhado pelo TEDH – opção essa que parte da doutrina considera fomentadora de incongruências entre a jurisprudências dos dois tribunais⁶. Mas vejamos com mais detalhe o teor dos dois acórdãos.

Como se pode ver, as duas questões prejudiciais eram bastante diferentes, incidindo a primeira sobre a distinção entre os conceitos de discriminação direta e indireta, e a segunda sobre a interpretação de uma derrogação válida para ambos os tipos de discriminações. Todavia, sobretudo no caso *Achbita* o TJ não se cingiu ao teor da questão prejudicial e, com o intuito de fornecer “todos os elementos de interpretação (...) úteis para a decisão do pro-

5 Para a reconstrução mais detalhada da matéria de facto, cf. UNIÃO EUROPEIA – CURIA – Tribunal de Justiça da União Europeia. *Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston*, Processo C-188/15. [Consultado em: 16/06/2018]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CCo188&from=PT>. (último acesso: 16 junho 2018), 22 e ss.; Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contra Micropole SA, C-188/15.

6 Cf. VICKERS, Lucy, *Achbita and...*, cit., p. 233.

cesso que lhe foi submetido”⁷, expandiu o seu raciocínio. Disso resultaram dois acórdãos com conteúdo e fundamentações muito semelhantes⁸.

Antes de tudo, ambos os acórdãos exploram o conceito de “religião”. Embora reconheça que a Diretiva não define este conceito, o TJ fá-lo coincidir com a noção de religião contida no art.º 9.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir, CEDH). Para chegar a esta conclusão, o tribunal refere, como afirmado pelo art.º 6.º do Tratado da União Europeia (a seguir, TUE) e relembrado pelo considerando 1 da Diretiva 2000/78/CE, que a UE reconhece os direitos fundamentais tais como os garante a CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, e que o art.º 10.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir, CDFUE) corresponde ao art.º 9.º da CEDH, em virtude da norma interpretativa contida no art.º 52.º, n.º 3 da própria CDFUE. Ora, com base no art.º 9.º da CEDH, o TJ acolhe um conceito amplo de religião, que abarca tanto o foro interno (crer, mudar de religião, etc.), quanto o foro externo, isto é, a manifestação das próprias convicções religiosas, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do ensino, do culto, de práticas e dos rituais⁹. Este elemento não deixa de ser relevante, uma vez que, à partida, confere proteção jurídica à utilização de vestuário religioso, enquanto manifestação individual em público ou em privado da identidade religiosa.

Centrando-nos agora no caso *Achbita*, reparamos que, a seguir, o TJ se concentra na questão de saber se a regra interna da G4S efetua uma diferença de tratamento entre os trabalhadores da empresa em razão da sua religião, e se essa diferença constitui uma discriminação direta. De forma bastante concisa, o tribunal conclui não estarmos perante um caso de discriminação direta, uma vez que a proibição em causa se aplica de forma idêntica a todos os funcionários, abrangendo quaisquer manifestações de convicções religiosas, filosóficas ou ideológicas, com o intuito de prosseguir uma política de neutralidade empresarial. Em suma, o TJ esclarece que regras empresariais deste tipo não podem ser consideradas discriminações diretas.

7 *Achbita*, n.º 33.

8 Esta semelhança entre as fundamentações dos acórdãos é realçada por MESTRE, Bruno – *A Jurisprudência recente do TJUE e do TEDH sobre a exibição de símbolos religiosos no local de trabalho: uma leitura à luz do pensamento de Jürgen Habermas*. *Julgar Online*. [Consultado em: 16/06/2018]. Disponível em: <http://julgar.pt/a-jurisprudencia-recente-do-tjue-e-do-tedh-sobre-a-exibicao-de-simbolos-religiosos-no-local-de-trabalho-uma-leitura-a-luz-do-pensamento-de-jurgen-habermas/>. No entanto, parte da doutrina tem acusado o TJUE de assumir posições contraditórias. Neste sentido, cf, por exemplo, VICKERS, Lucy – *Headscarves and the Court of Justice of the EU: Discrimination and Genuine Occupational Requirements*. In *International Labor Rights Case Law*. Leiden. ISSN 2405-6901. V. 3, N.º 2, 2017, p. 413-418.

9 Cf. MESTRE, Bruno, *A Jurisprudência Recente*, cit., p. 6.

Todavia, a seguir o tribunal decide alargar a sua análise para além do teor da questão prejudicial, com o intuito de auxiliar o juiz nacional a tomar a sua decisão. Partindo do pressuposto de que o juiz nacional poderia concluir pela existência de uma discriminação indireta (isto é, uma norma aparentemente neutra, mas capaz de desfavorecer os seguidores de uma determinada religião), o TJ foca-se na derrogação do art.º 2.º, n.º 2, al. b), i), já referida acima. Nesta análise, conclui que:

- a vontade do empregador de manter uma política de neutralidade política, religiosa e filosófica nas relações com os clientes públicos e privados deve ser considerada um *objetivo legítimo*, alicerçado na liberdade de empresa (art.º 16.º da CDFUE) e capaz inclusive de restringir, dentro de certos limites, a liberdade religiosa dos trabalhadores, como consta da jurisprudência do TEDH;
- uma proibição como a que está em apreço é *adequada*, isto é, apta a garantir o objetivo de criação de uma política de neutralidade empresarial, desde que claramente a sua aplicação seja coerente e sistemática;
- quanto ao *caráter necessário*, o TJ assume uma atitude compromissória, ao realçar que o tribunal de reenvio deve averiguar se a proibição se aplica apenas aos trabalhadores que contatem com clientes da empresa. Acrescenta que o tribunal de reenvio deverá igualmente verificar se era possível para a G4S oferecer a S. Achbita um posto de trabalho sem contato com os clientes, atendendo aos condicionalismos da empresa e desde que isso não causasse custos adicionais.

Concluindo e sintetizando a sua posição, o TJ afirma que proibições como a implementada pela G4S não constituem discriminações diretas. Podem, porém, ser consideradas discriminações indiretas se, apesar da sua aparente neutralidade, implicarem, de facto, uma desvantagem para os seguidores de uma determinada religião. No entanto, o seu caráter discriminatório fica afastado se forem objetivamente justificadas por um objetivo legítimo (como a implementação de uma política de neutralidade empresarial), e se os meios utilizados para o alcançar forem adequados e necessários.

Passando ao caso *Bouagnaoui*, depois de analisado o conceito de religião, o TJ informa que a decisão de reenvio não permite saber se existe uma regra empresarial interna de caráter aparentemente neutro, mas capaz de desfavorecer os seguidores de uma determinada religião. Admitindo a hipótese de esta regra existir, o tribunal conclui da mesma forma que no caso *Achbita*.

A seguir, encara a hipótese de o despedimento de A. Bouagnaoui não ser a consequência da aplicação de uma regra de neutralidade empresarial, mas antes da vontade do empregador de satisfazer um desejo de um cliente (ser atendido por trabalhadores sem véu islâmico). Em particular, o TJ coloca a questão de saber se a decisão do empregador de satisfazer

este desejo do cliente deve ser considerada uma discriminação ou se, pelo contrário, pode ser aceite por se encaixar na derrogação prevista no art.º 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78. Ora, a este respeito o TJ assume uma postura restritiva, evidenciando que o conceito de “requisito essencial e determinante” para o exercício de uma atividade profissional deve ser interpretado de forma objetiva, tendo em conta a atividade a desempenhar e as exigências que dela emergem. Logo, não pode confundir-se com considerações subjetivas, como a vontade de ir ao encontro aos meros desejos dos clientes.

Apreciação crítica

Parte da doutrina tem julgado negativamente os dois acórdãos, acusando-os inclusive de serem contraditórios. Não concordamos com esta crítica, uma vez que, em nosso entender, as duas pronúncias seguem a mesma linha de raciocínio, complementando-se mutuamente.

Parece-nos, em particular, que o TJ agiu corretamente ao interpretar de forma restritiva o conceito de “requisito profissional essencial e determinante” na aceção do art.º 4.º, n.º 1. Uma interpretação mais ampla teria certamente resultado numa restrição potencialmente arbitrária da liberdade religiosa dos trabalhadores. No entanto, no que diz respeito ao conceito de discriminação indireta, parece-nos controversa a decisão de considerar a prossecução da neutralidade religiosa, filosófica e ideológica um objetivo legítimo nos termos do art.º 2.º, n.º 2, al. b), i). Senão, vejamos.

A prossecução da neutralidade religiosa no contexto empresarial acaba necessariamente por afetar negativamente determinadas minorias religiosas e, no contexto muçulmano, mais as mulheres do que os homens. Embora as conclusões fundamentadas ao caso *Achbita* da Advogada-Geral Juliane Kokott pareçam sugerir uma visão simplista da religião, em cujos termos o vestuário religioso assumiria uma importância reduzida para os fiéis¹⁰, na realidade para muitas pessoas que professam sinceramente uma religião esta questão assume uma importância enorme. Trata-se, até, de uma obrigação não negociável. Daí a pergunta: será legítimo sujeitar estes trabalhadores a um problema de consciência ou a uma custosa escolha entre o emprego e a sua fé?

Claramente, em algumas atividades profissionais a prossecução de uma política de neutralidade pode ser um interesse prevacente. Assim poderá ser, por exemplo, no caso de órgãos de comunicação social que queiram passar uma imagem de equidistância de todas as opções religiosas e políticas. O mesmo poderá acontecer, eventualmente, no caso de entidades a atuarem em contextos sociais caracterizados por conflitos religiosos, uma vez que

.....
10 Cf. *Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott...*, cit., pontos 116 a 124.

estas empresas poderão querer manter-se *super partes*, evitando qualquer tipo de facciosismo. No entanto, na maior parte dos contextos empresariais a imposição de uma política de neutralidade empresarial não nos parece legítima, tendo em conta os custos colaterais que poderá provocar a nível humano e social. Não esqueçamos que uma tal política de neutralidade representa, ao fim e ao cabo, uma “amputação da identidade”, ou, pelo menos, da sua manifestação – algo medularmente ligado ao conceito de dignidade humana.

Ou seja, acreditamos que, ao invés de concluir quase automaticamente pela legitimidade do objetivo de preservar a neutralidade empresarial em nome da liberdade de empresa, este objetivo deveria ser sujeito a um juízo ponderativo com a liberdade religiosa e o próprio princípio da igualdade. E, em nosso entender, os argumentos a favor da liberdade e da igualdade se mostram bem mais convincentes¹¹.

No entanto, percebemos – e neste ponto concordamos com a Advogada-Geral Juliane Kokott¹² – que o princípio de laicidade é declinado de formas diferentes no continente europeu, havendo Estados-Membros, como a França, que o interpretam como uma redução do fenómeno religioso no espaço público e até nalguns contextos privados. Neste sentido, acreditamos que o TJ se tenha sentido obrigado a conferir proteção a uma laicidade assim entendida, uma vez que o TUE obriga a UE a respeitar a identidade nacional dos Estados-Membros assim como vem refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (art.º 4.º, n.º 2).

Conclusão

Embora o nosso juízo em relação à postura jurisprudencial do TJ nesta matéria não seja tão crítico como o de outros autores, acreditamos que os dois acórdãos se mostraram demasiado prudentes e ancorados a um conceito de laicidade desajustado à realidade europeia atual. Numa época de saudosismos nacionalistas e vontade mal disfarçada de copiar modelos iliberais extraeuropeus, a política de neutralidade empresarial poderia ser desvirtuada para um afastamento de determinadas minorias dos contextos empresariais. Numa Europa que está timidamente a aprender a ser plural, seria desejável permitir a livre expressão das identidades religiosas nos vários contextos, reforçando o caráter apenas excecional das proibições. Tanto a liberdade religiosa quanto o princípio de igualdade de tratamento sairiam certamente beneficiados.

11 A importância de um juízo ponderativo deste tipo é sublinhado, numa bela peroração da liberdade de utilizar vestuário religioso, in *HHW – Je Suis Achbita!*. In *International Journal of Constitutional Law*. Oxford. ISSN 1474-2659. V.15, N.º 4, 2017, p. 879-906., disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moy001> (último acesso: 21 de junho 2018), p. 882.

12 Cf. *Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott...*, cit., ponto 125.

RECENSÕES
REVIEWS



“A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ENTIDADES RELIGIOSAS”, DE DAVIDE ARGIOLAS

“THE CIVIL LIABILITY OF RELIGIOUS ENTITIES”, BY DAVIDE ARGIOLAS

EDITORA PETRONY, 2017

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 175-176
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.11>

Na presente obra o autor trata de tema polêmico e atual, envolvendo as controvérsias decorrentes do exercício da fé e das práticas do proselitismo religioso, assim como dos seus eventuais abusos e distorções, que vão até a prática de ilícitos. Logo, procura o autor em seu texto original separar as primeiras ações, tratadas como lícitas, das últimas, estas sim indesejáveis entre nós e ensejadoras das intervenções estatais no âmbito da liberdade religiosa.

A importância da presente investigação se evidencia diante das atuais circunstâncias, que apontam para uma realidade de convivência social que prestigia o ideal de secularização e a consequente supressão de princípios e práticas religiosas.

Destarte, por tais razões, temos a relevância do estudo acerca do tema proposto pelo autor, quanto à “possibilidade de ser identificada e aplicada uma responsabilidade civil extracontratual em razão de atos praticados por religiosos e/ou entidades religiosas que representam”.

Buscando o essencial do seu pensamento livre, empregado aqui com o fito de responder a indagações como a acima revelada, vem o autor, com fulcro no ordenamento jurídico português e foco nesta e noutras questões cor-

relatas, especular: “se existe algum privilégio legal capaz de limitar e até mesmo isentar a responsabilidade extracontratual a favor das entidades religiosas”, ou, “até que ponto irão os operadores do direito, cultores do secularismo, agir de forma imparcial na resolução dos conflitos envolvendo assuntos teológicos”.

Portanto, o texto desenvolvido por ocasião da construção da presente obra literária, da seara do direito, procura elucidar, e elucidada, por meio de uma escrita objetiva, os antes elencados questionamentos, além de outras indagações relacionadas ao tema central da investigação em comento, que finda por desafiar a compreensão do “direito fundamental à liberdade religiosa” e da “necessidade do respeito ao seu efetivo exercício”.

Em resposta às inquietações elencadas pelo autor, esse mesmo descortina em seu texto o entendimento de que as pessoas individualmente consideradas, e assim também, as instituições religiosas, ao se comportarem conforme o ordenamento jurídico posto, disciplinador do exercício da liberdade religiosa em Portugal, não mais se colocam sujeitos ao arbítrio alheio, e, por via de consequência, alcançam a liberdade plena para a prática religiosa, e nela não devendo ser contrariados ou constrangidos.

Outrossim, encerrada a leitura da obra, resta clara a compreensão de que qualquer comportamento de uma pessoa religiosa, no exercício da fé, que injustamente prejudique a esfera jurídica alheia, configurando prática de ato ilícito, perfaz conduta culpável (consideradas as várias espécies de culpa) aquiliana ou extracontratual, passível de disciplinamento por meio da subsunção ao fato da norma de regência.

Finalmente, é imperioso ressaltar que a proposta investigativa do autor não é focada na ideia de isenção de sanção para tais situações fáticas ilícitas, mas o que busca é evitar que onde não há transgressão normativa jurídico-constitucional e/ou jurídico-civil, na fruição da autonomia confessional, haja proibição ou limitação ao exercício da liberdade religiosa.

DANIEL E SILVA MEIRA
Prof. MSc. UFPE.

“OS DESAFIOS DO DIREITO (PENAL) DO SÉCULO XXI”

“THE CHALLENGES OF (CRIMINAL) LAW IN THE 21ST CENTURY”

OBRA REALIZADA COM A COORDENAÇÃO
DE MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XIX · 1st January Janeiro - 30th June Junho 2018 · pp. 176-178
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.12>

A presente obra, realizada sob a coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa na especialidade de Direito Penal, oficial superior da Polícia de Segurança Pública e, professor universitário em várias instituições como, a exemplo, Universidade Autónoma de Lisboa e Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, corresponde a um trabalho de investigação jurídica do mais elevado e assinalável mérito, no âmbito daquela que é a investigação do “Ratio Legis” – Centro de

I&D da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões.

Neste sentido, o objecto da obra são as ciências jurídico-criminais, procurando-se como o seu coordenador indica, seguir uma linha de orientação doutrinal capaz de ilustrar “o equilíbrio entre a necessária e efetiva tutela de bens jurídicos e a garantia de defesa do agente do crime face ao poder dos Estados”.

Em 10 artigos, patrocinados por 13 conceituados autores, podemos então percorrer um caminho em que nos deparamos com temas

da maior actualidade jurídica e social como: “O Direito Penal Económico – uma política criminal na era da globalização”; “Direito Penal Tributário”; “Os limites da Justiça Penal negociada”; “A Corrupção: um fenómeno dos tempos ou do nosso tempo?”; “A criminalização do terrorismo no Brasil: A excepção do crime político a partir da lei n.º 13.260/2016”; “Direito Penal do Inimigo: Para além da constitucionalidade do Direito Penal”; “A validade dentro da tetralogia do Direito: Um passeio pela teoria comunicacional”; “As teorias correntes sobre a prova do fato: probabilismo e explanacionismo apenas?”; “Direito à defesa penal efectiva”; e, “Jurisdição criminal e as Cortes internacionais de Direitos Humanos: diálogos necessários”.

Respectivamente, no artigo “O Direito Penal Económico – uma política criminal na era da globalização”, (Anabela Miranda Rodrigues), apresenta-nos a autora um estudo sobre quais os grandes desafios que hoje se colocam à política criminal no que ao domínio económico diz respeito, enquadrando esta temática no âmbito da globalização e, do risco associado às grandes empresas multinacionais e sua influência na economia. No artigo “Direito Penal Tributário”, (Germano Marques da Silva), apresenta-nos o autor, um estudo direccionado ao Direito Penal na modernidade, procurando-se fazer a ponte entre este ramo do Direito e o Direito Penal Tributário, destacando-se a respectiva legitimidade das incriminações tributárias.

Seguidamente, em terceiro lugar, podemos navegar pela limpidez do artigo “Os limi-

tes da justiça penal negociada”. Nele, explora o autor, (Mário Ferreira Monte), os desafios cada vez maiores e adstritos à realidade da criminalidade organizada, bem como a sua também mais extensa capacidade danosa face aos interesses do Estado. Nesse sentido, defende o autor a necessidade de uma sofisticação dos meios de investigação, trazendo à colacção temáticas como a colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova, explanando depois algumas das mais importâncias envolvências desta realidade.

Seguindo-se o artigo intitulado “A Corrupção: um fenómeno dos tempos ou do nosso tempo?”, (Manuel Monteiro Guedes Valente), encontramos uma clara busca por parte do seu autor, em contribuir para o esclarecimento de que a corrupção não é um fenómeno nascido apenas no presente, apresentando-nos uma brilhante exposição sobre os muitos tipos criminais que coabitam nesta realidade e, enquadrando essa observação, no espectro do bem jurídico tutelado.

No artigo “A criminalização do terrorismo no Brasil: A excepção do crime político a partir da lei n.º 13.260/2016”, (Alexandre Wunderlich), é trazida à colacção, a conceptualização do crime de terrorismo no Brasil, num esforço de observação e crítica às reformas penais nesse âmbito verificadas, mais concretamente, dando-se especial destaque à lei 13.260/2016.

Em sexto lugar, segue-se o artigo “Direito Penal do Inimigo: Para além da constitucionalidade do Direito penal”. Nele, pugnam os autores, (Calebe Brito Ramos, Rodrigo Lobato

Oliveira de Souza e Thiago Aires Estrela), pelo entendimento de que o Direito Penal tem sentido uma alteração paradigmática da sua base face à mudança do próprio mundo moderno, surgindo o sujeito “delinquente” como “inimigo” do Estado. Temática da mais fina importância, é nos apresentado o Direito Penal do Inimigo como o resultado da ânsia da segurança pública e nacional, face a tantos perigos jurídicos e sociais hoje verificados.

Segue-se o artigo “A validade dentro da tetralogia do Direito: Um passeio pela teoria comunicacional”, (Inajara Piedade da Silva), artigo que nos coloca perante o domínio da legitimidade, validade, vigência e efectividade do Direito, desafiando-se o leitor a, despiando-se de juízos pré-concebidos, permitir-se trilhar o caminho do jusnaturalismo, positivismo e normativismo, a fim de se conseguir colocar esta tríade conceptual, numa óptica assente na teoria comunicacional. (Sobretudo face à rubrica “validade”)

Em oitavo lugar, o artigo “As teorias correntes sobre a prova do fato: Probabilismo e explanacionismo apenas?”, (Geraldo Prado), dirige-se ao debate existente quanto à epistemologia jurídica e prova no âmbito do processo penal brasileiro, procurando colocar-se este artigo como um auxílio de reflexão a juristas sobre esta temática.

Posteriormente, é apresentado o artigo “Direito à defesa penal efectiva”, (Luciano Fel-

dens), que aplica a sua incidência no domínio dos direitos fundamentais, bem como analisa o direito à defesa penal efectiva tendo em especial atenção a postura dos agentes do Estado, destacando-se, para o efeito, destes, o juiz. Por último, apresenta-nos ainda esta obra, o artigo “Jurisdição criminal e as Cortes internacionais de Direitos Humanos: diálogos necessários”, (Nereu José Giacomolli e Denise Luz), que assim fecha com chave de ouro este notável trabalho, apresentando ao leitor um sério estudo sobre o diálogo entre as Cortes e o respectivo estabelecimento dos padrões protectores das garantias processuais criminais, no âmbito de um processo penal justo. Um tema do maior interesse e actualidade.

Com efeito, pelo apresentado, é a obra “Os desafios do Direito (Penal) do século XXI, um marco importante na afirmação e defesa da corrente jurídica humanista, bem como do escrupuloso respeito pelas garantias constitucionais. Certamente a leitura da mesma enriquecerá todos quantos a façam, não só numa dinâmica jurídica como de igual modo, social e humana.

RODRIGO ALVES TAXA

Doutorando Universidade Autónoma de Lisboa

“TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA. DIMENSÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS”

“EFFECTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION IN EUROPEAN UNION LAW. THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS”

CARLOS CARRANHO PROENÇA

EDITORIAL PETRONY, DEZEMBRO DE 2017

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XIX · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2018 · pp. 179-180

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.1.13>

O autor da presente obra, o colega e amigo Prof. Doutor Carlos Proença, tem uma intensa atividade profissional, quer na sua vertente docente, lecionando em diversas instituições de ensino superior, quer na sua vertente prática, exercendo advocacia, quer na vertente de investigação, sendo um elemento destacado do centro de investigação Ratio Legis.

Fruto de toda a sua experiência acumulada e de uma investigação metódica, criteriosa, elaborada e refletida, que mereceu o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia, surge a presente obra que agora tenho o prazer de descrever. Como o próprio título indica, estamos perante uma obra de carácter eminentemente adjetivo e prático, mas sem descurar na certa medida a dimensão objetiva e teórica da matéria abordada. A temática não podia ser mais atual e pertinente no quadro da constante e abundante legiferação emanada das instâncias da União, debruçando-se sobre a tutela jurisdicional efetiva nesse espetro normativo.

A obra estrutura-se em IV partes por sua vez subdivididas em capítulos. A primeira parte intitulada “A tutela jurisdicional efetiva na União Europeia: conceito e pressupostos”

é dedicada à análise e exposição dos fundamentos definidores da tutela jurisdicional na ordem jurídica europeia, passando para a apresentação dos seus pressupostos orgânicos e formais e fechando este título com uma interessante abordagem genérica sobre os princípios substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia, fazendo um específico tratamento dos sistemas de proteção de direitos fundamentais.

A segunda parte, “A tutela jurisdicional efetiva no âmbito das medidas provisórias de natureza cautelar previstas no direito da União Europeia” debruça-se sobre os pressupostos, procedimento, intervenientes e vantagens decorrentes da tutela cautelar, cuja relevância prática resulta evidente para poder acautelar devidamente os interesses dos diversos agentes abrangidos pelas jurisdição e normas da União.

Na terceira parte, e uma vez lançadas as bases conceituais o autor senta os corolários da tutela jurisdicional efetiva nos instrumentos processuais da União Europeia *stricto sensu* a cargo da respetiva instituição jurisdicional da União. Nesta parte é tratado com muita

profundidade o mecanismo contencioso de declaração e repressão de comportamentos dos Estados membros contrários às obrigações decorrentes dos tratados, os recursos de anulação e todo o seu *iter* processual, as questões prejudiciais e a tão importante temática da responsabilidade extracontratual da União Europeia.

Na quarta e última parte, o autor debruça-se sobre a tutela jurisdicional efetiva no contencioso da União Europeia *lato sensu* a cargo das jurisdições nacionais onde encontra tratamento a problemática da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia e o apuramento da

responsabilidade extracontratual dos agentes nacionais por violações do direito da União Europeia na sua dimensão estatal e particular.

Em suma, estamos perante uma obra jurídica de elevada qualidade sobre uma temática extremamente interessante e muito bem tratada pelo autor, que certamente constitui um elemento imprescindível para o acervo bibliográfico de estudantes, investigadores, docentes e advogados, com a qual poderão resolver as diversas questões que possam surgir no domínio da tutela jurisdicional no seio da União Europeia.

DOUTOR RUBEN BAHAMONDE

Prof. Auxiliar da UAL

