

Galileu

Revista de Economia e Direito

Vol. XVI, n.º 2, 2011

DIRECTOR	DIOGO LEITE DE CAMPOS
DIRECÇÃO EXECUTIVA	ÁLVARO LOPES DIAS MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE
CONSELHO EDITORIAL	ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL ALFONSO SERRANO MÁILLO ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS AUGUSTO MATEUS CONSTANÇA URBANO DE SOUSA DAVID TERRACINA FÉLIX RAMÓN DOLDAN TIÉ JORGE CARLOS FONSECA JOSÉ GARCÍA SAN PEDRO MANUEL JOSÉ SELVA DOMÍNGUEZ NIEVES SANZ MULAS PEDRO EUGENIO LÓPEZ SALAZAR

Galileu - Revista de Economia e Direito

Universidade Autónoma de Lisboa
Departamento de Ciências Económicas e Empresariais
Departamento de Direito

EDITORA

EDIUAL – Universidade Autónoma Editora
Rua de Santa Marta, n.º 56
1169-023 Lisboa
Tel.: 213 177 640
Email: biblio@universidade-autonoma.pt

PROPRIEDADE

CEU – Cooperativa de Ensino Universitário, C. R. L.
Rua de Santa Marta, n.º 47
1169-023 Lisboa
Tel.: +351 213 177 600/46 Fax: +351 213 533 702
N.I.F.: 501 641 238

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Laura Santos

COMPOSIÇÃO GRÁFICA

Samuel Ascensão

IMPRESSÃO

–

ISSN

0873-495X

DEPÓSITO LEGAL

101650/96

E.R.C. (N.º de Registo)

120130

TIRAGEM

300 Exemplares

Revisão da responsabilidade dos autores.

Galileu : revista de economia e direito / prop. Universidade Autónoma de Lisboa - Departamento de Ciências Económicas e Empresariais, Departamento de Direito; dir. Eduardo de Sousa Ferreira. –Vol. 1, n.º 1 (1996) - . - Lisboa: UAL, 1996- . - 23 cm. - A figura de director da publicação deixa de existir a partir do v. 6, n.I (2001). v. XI, n02 (2006) volta a ter director - Diogo Leite de Campos. Alteração do n.º de D.L. a partir do v. 7, n.I (2002).

Semestral

ISSN 0873-495X

1. Direito - Periódicos. 2. Economia - Periódicos I. Universidade Autónoma de Lisboa. Departamento de Ciências Económicas e Empresariais. Departamento de Direito

CDU 33/34

Galileu

Revista de Economia e Direito

Vol. XVI, n.º 2, 2011

7	João José Rodrigues Afonso	Proibições de consciência: normas axiologicamente negativas
39	Irina de Fátima Henriques Lopes	As Normas de Vida Interna da Academia Militar na Perspectiva da Constituição
71	Maria Cândida Almeida	Criminalidade Global – Direito Penal global
75	Tito Eurico Miranda Fernandes	Vigilâncias Transfronteiriças Uma nova perspectiva do art. 40º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen
127	Ruy Manuel Correia de Seabra	Sobre a Greve e Sobre o Direito de Greve

EDITORIAL

Este volume da *Galileu – Revista de Economia e Direito*, na linha dos volumes anteriores, apresenta temas actuais de interesse nacional e global. Procura-se, sempre, trazer à estampa questões que se prendem com o dia a dia da ciência jurídica e com questões que afectam a economia global como a criminalidade transfronteiriça e com os meios da respectiva protecção efectiva.

A direcção da revista estruturou este volume dedicado a relevar trabalhos de investigação levados a cabo pelos autores JOÃO AFONSO e IRINA LOPES no ano curricular do curso de doutoramento em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa: *Proibições de Consciência: Normas Axiologicamente Negativas e As Normas Internas da Academia Militar na Perspectiva da Constituição*. Acresce uma reflexão de CÂNDIDA DE ALMEIDA sobre *Criminalidade Global – Direito Penal Global* que corresponde à intervenção de abertura no seminário internacional *Para Desafios e Ameaças Globais só um «Direito Penal Global»*, realizado pelo Centro de Investigação e Desenvolvimento em Direito da UAL, em 3 e 4 de Junho de 2009, e um artigo de TITO FERNANDES sobre a necessidade da implementação da *Vigilância Transfronteiriça* como forma de cooperação policial a nível do espaço europeu. O volume termina com um estudo datado historicamente *Sobre a Greve e Sobre o Direito de Greve* de Ruy Seabra, que se considera de elevada importância tendo em conta o contexto sócio-económico de Portugal e da Europa.

As necessidades de aprofundamento das temáticas do Direito e da Economia e Gestão que regem a epistemologia e a axiologia da pós-modernidade, próprias dos cursos de doutoramento e de mestrado, exigem à direcção da revista uma atenção para a pro-

dução científica dos seus doutorandos e mestrados, que devem ser inseridos como investigadores nos Centros de Investigação e Desenvolvimento da nossa universidade. Esta reflexão já tem a sua materialização neste volume e, a par da internacionalização, pretende ganhar maior dimensão nos próximos volumes.

Lisboa, 11 de Dezembro de 2011

Director Executivo

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

PROIBIÇÕES DE CONSCIÊNCIA: NORMAS AXIOLOGICAMENTE NEGATIVAS¹

JOÃO JOSÉ RODRIGUES AFONSO

Doutorando em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistemática da experiência jurídica; 2.1. As dimensões da experiência jurídica; 2.2. Distinção entre Direito e moral e a sua relevância na questão da imperatividade jurídica; 2.3. A norma jurídica; 2.3.1. Níveis dos comandos jurídicos; 2.3.2. Autonomia e heteronomia das normas de conduta; 2.3.3. A imperatividade no preceito legal; 3. Normas axiologicamente neutras e negativas; 4. Considerações finais.

Palavras-Chave: axiologicamente neutras e negativas; direito e moral; imperatividade; normas neutras.

Summary: *Introduction; 2. Legal Experience Systematized; 2.1. The scope of legal experience; 2.2. Law vs Morality and its relevance in legal binding; 2.3. Legal rules; 2.3.1. Levels of legal rules; 2.3.2. Autonomy and heteronomy of social rules; 2.3.2. The binding of legal provision; axiologically neutral and negative rules; 4. Final considerations.*

Key-Words: *axiologically neutral and negative rules, law and morality; binding; neutral rules*

¹ Este artigo corresponde ao relatório do curso de doutoramento em Direito para a unidade curricular **Problemas Cerne da Ciência do Direito**, regida pelo PROFESSOR DOUTOR DIOGO LEITE DE CAMPOS.

1. Introdução

É comum dizer-se que a vida em comunidade implica necessariamente a existência de normas de conduta, arrematando-se com a ideia de que o Direito é corolário da sociedade. Esta concepção, de raiz positivista, parte de uma conhecida construção de que o homem é um animal social, esquecendo-se que, além de ser social, a pessoa humana é também, simultaneamente, um ser moral. A existência social e a existência individual são, pois, duas realidades inseparáveis que estão na base do Direito.

Se é certo que da vida em sociedade resulta a necessidade de regras jurídicas, não menos verdadeira se apresenta a afirmação de que «é da existência moral que resulta a noção de justiça, de dever, de bem e de mal, de obrigação e de responsabilidade, noções que existem na consciência, independentemente de o direito as declarar ou não, e que o direito declara porque eles já existem na consciência»².

É sabido que Direito e moral formam um emaranhado. A ordem jurídica evidencia claramente a posição que a face ética ocupa no seu seio, apresentando normas que se limitam a acolher em maior ou menor medida a inflexão das imposições morais.

A questão a que nos propomos é a de saber se, aquando da passagem ou transposição de uma norma moral para uma regra jurídica, a obrigatoriedade comportamental imanente na consciência se converte na noção de *imperatividade jurídica*, perdendo-se inteiramente a realidade espiritual. Ou se, pelo contrário, existem preceitos jurídicos que, pela valoração em que se fundam, preservam uma eminente dimensão moral, revestindo-se, por isso, de um carácter imperativo originária e essencialmente de natureza consciencial. Da resposta a esta proposição poderemos, então,

² JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. 1.^a ed. Lisboa: Gradiva, 2009, p. 17.

verificar se a característica da *imperatividade*, tradicionalmente atribuída às normas jurídicas, é ou não verdadeiramente válida para toda e qualquer norma.

No tratamento do nosso mote, que ora se coloca no plano da filosofia do Direito, ora se transpõe para o plano da ciência e da dogmática jurídicas, procuraremos seguir um rumo de reflexão que nos permita compreender, com maior facilidade, a temática proposta.

Para o efeito, começaremos por delinear os diferentes campos da experiência jurídica, de modo a nos situarmos convenientemente aquando da argumentação apresentada. Tomaremos, ainda, a incontornável distinção entre Direito e moral, porquanto o tema surge na confluência destas duas realidades. Por fim, analisaremos, com um rigor delimitado, o conceito de norma jurídica, sem deixarmos, no entanto, de nos referirmos à natureza de outras normas de conduta. Neste aspecto, há que circunscrever, desde já, o nosso objecto de estudo.

Dentro do género *normas de conduta* interessa-nos abordar apenas as espécies *normas jurídicas* e *normas morais*. Não nos reportaremos às normas sociais (de cortesia e de civismo) por não servirem à argumentação da questão a que nos propomos. E dentre as normas jurídicas, interessam-nos especialmente os comandos imperativos negativos (proibições) e os imperativos positivos (normas permissivas ou obrigacionais). As normas dispositivas (que não impõem, nem proíbem) e as regras supletivas não entrarão na nossa discussão.

Um alerta deve ser feito; o prisma por via do qual abordamos o tema depende em muito do conceito de Direito de que partimos, pelo que, em rigor, devemos olhar para uma interrogação essencial na qual entroncam todas as discussões da axiologia do Direito e que, ao longo da humanidade sociabilizada, tem ocupado os grandes pensadores: afinal, qual a origem e o fundamento do Direito? Porque existe o Direito? Deriva da existência de Deus

que, depositando o poder para governar no príncipe³, lhe confere necessariamente o poder de criar o Direito? Existe porque, simplesmente, é corolário da sociedade e, portanto, a organização de uma comunidade pressupõe irremediavelmente a existência de regras de comportamento? É o resultado de uma experiência colectiva da sociedade, tornado necessário para a própria sobrevivência da organização social? É uma realidade imanente do espírito humano, que tem origem na natureza moral e racional do homem?

A abordagem proposta – seja partindo da ideia de Direito como sistema de regularidades factuais, seja como sistema de comandos, ou ainda como ordem normativa concretizada – deixa adivinhar uma tarefa que, quiçá, se nos apresentará de rude argumentação, por nos movermos num campo que muito tem para ser explorado. Como sugere RADBRUCH, «a naturalização do dever jurídico no âmbito da moral apresenta-se como um caso de um fenómeno geral ainda pouco pesquisado»⁴.

Importa, ainda, deixar claro que o pensamento aqui depositado vale sobretudo para o plano da ordem jurídico-penal, pois é aqui que os elementos ético-morais atingem a sua preeminência.

2. Sistemática da experiência jurídica

O ensaio a que nos propomos não pode ser feito sem antes nos situarmos na complexa sistematização que é dada ao estudo do Direito. Com efeito, para alcançarmos o entendimento pretendido da matéria tratada no nosso mote, somos forçados a uma análise prévia dos domínios que compõem o universo jurídico. Pela teoria

³ Entenda-se, o mandatário de Deus, quem detém o poder.

⁴ GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia do Direito*. Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 66.

tridimensional do Direito⁵ é-nos possível abordar o estudo com o rigor pretendido.

Da totalidade da experiência humana, há uma faixa que se destaca pela sua importância na organização de qualquer sociedade. Esse sector de que falamos (designado, por alguns autores, de experiência jurídica) é composto por regras de conduta de carácter específico, que são as regras jurídicas e que, pela obra de uma organização e sistematização normativa, compõem sistemas ou ordenamentos jurídicos mais ou menos complexos.

Essa dimensão normativa deve a sua existência à realidade social, ao mundo de experiências sociais que emergem das relações entre os homens (e as organizações) numa determinada comunidade, e a ela se reporta com a finalidade de disciplinar as relações intersubjectivas. A norma jurídica nasce assim do facto⁶ para, seguidamente, se lhe impor de acordo com um sistema de valores normalmente aceite, ou melhor dizendo, que se aproxime tanto quanto possível do justo, da justiça.

Temos então reunidas as três dimensões da experiência jurídica, de que nos ocuparemos seguidamente, cujo entrelaçamento é inevitável: o facto, a norma, o valor⁷.

⁵ A teoria tridimensional do Direito foi postulada de forma concisa, por Miguel Real. Porém, outros autores, como Gustav Radbruch, já haviam abordado a tridimensionalidade jurídica. Vide MIGUEL REALE – *Teoria Tridimensional do Direito*. 5.^a ed., São Paulo, 1994.

⁶ Como é evidente, nem toda a situação de facto tem correspondência numa situação de Direito. A este importa regular tão-somente as realidades que, em determinado momento numa sociedade, se manifestem como de interesse jurídico, face a circunstâncias de valoração moral ou de ressonância ética, ou em virtude de mera necessidade de disciplina jurídica numa dada matéria.

⁷ O facto enquanto realidade social (dimensão sociológica); a(s) norma(s) enquanto ordenamento jurídico (dimensão normativa); e o sistema de valores vigente numa sociedade (dimensão axiológica).

2.1. As dimensões da experiência jurídica: facto, norma, valor

Os domínios aqui tratados constituem realidades que, ontologicamente, são inseparáveis. Não obstante, a distinção é sempre possível fazer-se segundo uma perspectiva gnoseológica. Vejamos então.

No plano do conhecimento científico, todo o fenómeno jurídico é submetido ao estudo de várias ciências jurídicas. Com efeito, a complexa realidade jurídica constitui um objecto de estudo susceptível de ser apreendido por várias ciências, pese embora o facto de utilizarem um método não jurídico. A história do direito, o direito comparado, a etnologia jurídica são alguns exemplos destas ciências auxiliares, capazes de fornecer importantes contribuições ao legislador ou ao jurisconsulto. A respeito dos três aspectos da experiência jurídica de que aqui tratamos – facto, norma, valor – ser-nos-á útil ter presente que constituem objecto de estudo científico por parte, respectivamente, da sociologia jurídica, da ciência do Direito e da teoria da justiça.

Já no plano do conhecimento filosófico, aquelas dimensões são objecto de análise por parte da filosofia da história, da epistemologia do direito e da axiologia jurídica, respectivamente⁸.

No tocante ao nosso ensaio, interessa-nos especialmente compreender as especulações ou considerações relativas ao fundamento, à natureza e à finalidade do Direito, pelo que nos situaremos principalmente no campo da axiologia jurídica. De facto, quanto às normas de conduta de que nos ocuparemos, procuraremos, por referência à sua valoração ético-moral, identificar se a imperatividade de que se revestem é resultante duma (mera) imposição do Estado de Direito democrático (e, portanto, da sociedade, *per populum*) ou se irradia antes duma realidade imanente na consci-

⁸ Cfr. GIUSEPPE LUMIA – *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 4.

ência humana. Pelo exposto, fácil é concluir que deveremos fazer uma incursão na encruzilhada do Direito com a moral, de modo a salientar as questões filosóficas e doutrinárias fundamentais que respeitam à sua distinção.

Quanto à análise da estrutura da norma jurídica, isto é, dos seus aspectos meramente técnicos e formais, dela nos ocuparemos no plano do conhecimento científico, mais propriamente na arena da ciência e da teoria geral do Direito.

2.2. Distinção entre Direito e moral e a sua relevância na questão da imperatividade jurídica e da obrigação moral

Ao tratarmos duma determinada realidade que tenha merecido a atenção por parte do Direito, podemos, em princípio, identificar uma dimensão jurídica e, simultaneamente, um conteúdo moral. Direito e moral são, pois, dois planos reconduzíveis a uma mesma realidade, mas que não se sobrepõem. Se, por exemplo, nos reportarmos à norma que criminaliza o homicídio no nosso ordenamento jurídico, facilmente adivinharemos que tal preceito comporta uma eminente ressonância ético-moral na nossa sociedade e que, na consciência humana, podemos encontrar um impulso que nos leva, em princípio e naturalmente, à reprovabilidade (moral) de tal conduta e, conseqüentemente, a não matar outrem.

Assim, podemos identificar um dever jurídico – correspondente ao preceito legal – e um dever moral – que radica na consciência das pessoas, originariamente de ordem moral. Em ambos os casos, tratamos de normas de conduta.

A questão que pode então ser colocada, sem preocupação analítica imediata, é a de saber se os deveres de conduta existem porque representam a vontade do legislador ou se antes existem porque nascem na consciência da pessoa humana.

O problema atinge apenas o plano teórico, não relevando no contexto da realidade pragmática ou do direito substantivo, já que aqui interessa atender, tão-somente, à imperatividade da norma jurídica, pouco importando a fonte ou a raiz em que se funda a proibição ou obrigação imposta. Não obstante, a discussão revela-se de inegável importância para outras questões tão relevantes como a figura do *erro sobre as proibições* ou do *erro sobre a ilicitude*, dos art. 16.º e 17.º do Código Penal.

Não pretendemos distinguir Direito e moral numa perspectiva kantiana – ainda muito viva e à qual muitos juristas permanecem fortemente apegados – de diferenciação incisiva de conduta interna (que estaria sujeita à moral) e de conduta externa (sujeita ao domínio jurídico), tal como THOMASIIUS o havia feito, na base dum tópico de oposição: exterioridade do Direito, interioridade da moral⁹.

Antes pretendemos tomar a distinção entre Direito e moral para, a seu tempo, percebermos que há normas jurídicas cujo carácter de imperatividade lhe é dado pelo legislador – e, portanto, pode dizer-se de incorporado no preceito *ab initio* no momento da sua criação –, e outras cuja substância existe mesmo antes da sua existência formal, normas em que a imposição ou proibição de determinado comportamento humano existe e vigora *ante legem*.

⁹ É evidente que a nossa análise depende em larga medida das concepções de Direito que admitimos e abraçamos pessoalmente. Disso dependerá, logo, a metodologia empregue na abordagem do tema. Por exemplo, na óptica de KANT, o Direito não encontra o seu fundamento numa suposta ordem natural, mas na própria razão prática do homem e na sua liberdade exterior. Concebe o Direito não como uma manifestação externa das leis da natureza, que a razão simplesmente descobre, mas como uma lei interna da vontade humana, estabelecida interiormente pela razão. A teoria do conhecimento de KANT e o seu estudo epistemológico do Direito marcaram um golpe abismal contra o Direito Natural. *Cfr*: EMANUEL KANT – *Crítica da Razão Prática*. Trad. de Afonso Bertagnoli. [digitalização da edição em papel] Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959, eBooksBrasil.com, 2004.

Com isto podemos então dizer que há proibições cuja existência não depende da penada do legislador, pelo menos enquanto se mantiverem intocáveis os valores absolutos duma determinada colectividade organizada, criadores de verdadeiras normas (morais) de conduta¹⁰.

Numa sociedade como a que conhecemos no nosso país, o respeito pela vida do *outro* – valor moral inscrito na (realidade espiritual da) consciência humana – pode ser convertido num imperativo negativo cuja validade é indiscutível, não carecendo de formalização normativa para que se reconheça a proibição de matar (ou para que se reprove ou censure tal comportamento). O mesmo se pode dizer em relação à fraude, à burla, ao roubo ou à violação sexual, em que a reprovação ou censurabilidade de tais condutas não deixaria de existir ainda que uma lei positiva as permitisse¹¹.

Mas a formalização normativa é imprescindível, com certeza, pois daqui há-de retirar-se a juridicidade essencial para que o aparelho próprio do Estado – a Justiça – possa agir nos casos de violação do preceito legal, impondo a sanção necessária pela via da coercibilidade. É que «as normas morais não dispõem de um sistema de imposição exterior, nem organizado nem por organizar: nascem na consciência, e a sanção para o seu incumprimento está igualmente na consciência»¹².

¹⁰ Em rigor, não existem valores absolutos. Lembremo-nos, p.e., de questões controversas, em certos ordenamentos jurídicos, na área do biodireito e da bioética, como a interrupção legal da gravidez, a eutanásia ou, mesmo, a ortotanásia, em que a eminente dignidade pessoal do visado conflitua com o princípio estadual de protecção da vida humana, fundado em valores éticos, religiosos, políticos ou sociais, como é exemplo o carácter sagrado da vida ou o juramento de Hipócrates. Mas não atenderemos a estas situações por nos lançar numa problemática distinta da que procuramos aqui analisar.

¹¹ Assim REINHOLD ZIPPELIUS – *Filosofia do Direito*. Trad. de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 66.

¹² JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, 1.^a ed., p. 187.

Face ao exposto, somos prontamente tentados a afirmar que Direito e moral são duas realidades bem distintas, e que nenhuma confusão ou altercação se pode colocar neste problema. Mas não cremos que assim seja.

Direito e moral não são realidades essencialmente diferentes. É certo que a distinção pode fazer-se num plano ontológico, mas desta diferenciação não se conseguirá obter uma separação entre as duas figuras.

No tocante a esta problemática, CABRAL DE MONCADA sustenta uma unidade essencial: «Eu não creio que exista uma separação absoluta entre a Moral e o Direito, num ponto de vista substancial e profundo. A Moral e o Direito distinguem-se, mas não se separam. O mundo normativo ético-jurídico é afinal um só na sua essência, embora seja constituído por várias províncias diferentes. Tudo aquilo que podemos dizer acerca da delimitação dessas províncias (ética, religiosa, ética social, juridicidade pura) é sempre necessariamente resultado de as olharmos através de pontos de vista muito incompletos e superficiais»¹³.

Destes ensinamentos de CABRAL DE MONCADA, podemos retirar preciosas lições para verificarmos que *facto, norma e valor* formam, com efeito, uma unidade inseparável. Basta pensarmos, a título de exemplo, que existem realidades internas (de consciência) que relevam decisivamente para a qualificação jurídica de uma conduta externa dum indivíduo: os tipos de culpa¹⁴, o erro sobre

¹³ LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA – *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

¹⁴ No tocante ao domínio penal em particular, será importante aqui notar que, considerando o sistema teleológico-funcional da Teoria do Crime, o dolo e a negligência relevam tanto ao nível da culpabilidade como ao nível da tipicidade. Ao nível da culpabilidade, estas figuras relevam como graus ou formas de culpa, servindo ao julgador para graduar a pena. E é com referência ao dolo da culpa que relevam os elementos especiais do tipo de culpa doloso (v.g. avidez, meio insidioso, frieza de ânimo, etc., que encontramos enunciados no art. 132º/2 do Código Penal).

as proibições ou a boa-fé. Desta feita, seria redutor, até mesmo do ponto de vista da ciência do Direito, desconsiderarmos por completo o plano interno das condutas.

Como é expectável, daqui retiramos a ideia segundo a qual a moral apresentar-se-á perante o instituto jurídico somente nos casos em que o facto tenha ultrapassado a sua simples representação na consciência, para dar lugar à efectiva realização da conduta antijurídica. Por outras palavras, para que nenhuma confusão se instale, dir-se-á que as meras representações volitivas constituem aspectos íntimos, puramente pessoais e não exteriorizados e, por conseguinte, são domínio exclusivo da ordem moral ou da ordem religiosa.

Já «a vida passiva dos impulsos é, por si mesma, moralmente irrelevante; moralmente relevante é apenas a vontade activa que com eles disputa»¹⁵.

Os dois planos da conduta (interno e externo) estão, deste modo, estreitamente relacionados, não existindo domínio algum destas realidades que não possa submeter-se tanto à valoração moral quanto à jurídica.

Verificada esta relação indissolúvel entre Direito e moral, há no entanto que alertar que não é função do Direito tutelar a moral, não havendo aqui qualquer espaço para uma confusão de tal natureza. É certo que o Direito procura sempre tutelar os bens jurídicos fundamentais da ordem social, a que correspondem valorações com maior ou menor ressonância ético-moral, mas a estas se reporta só mediatamente, por via de uma análise ou perspectiva moral da conduta humana.

A relação existente entre os domínios tratados demonstra, deste modo, que o Direito tem (ou, melhor, deve ter) a moral

¹⁵ GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, pp. 58-9.

como seu fim, já que apenas esta se apresenta justamente como fundamento da validade obrigatória das normas jurídicas¹⁶.

Perante isto, em rigor, não pode o legislador afastar-se, em demasia, das valorações que compõem a consciência social. Os critérios de justiça nos quais se devem inspirar as normas jurídicas (e, bem assim, os ordenamentos jurídicos) devem considerar o «sistema de ideias, de opiniões, de crenças e de preferências, concernente aos fins julgados essenciais para a vida em sociedade»¹⁷. Evidentemente, tal asserção depende, em larga medida, da concepção geral dos fins do Estado. «Assim, nos sistemas modelados sob a influência da filosofia racionalista e jusnaturalista, aquela projecção será necessariamente maior que nos sistemas impregnados da ideia de que o direito é apenas de natureza social»¹⁸.

No Direito português, a finalidade moral aparece como aspiração pretendida por todo o labor jurídico e como limite imposto ao Estado, na sua função de legiferação, isto é, na sua actividade geradora da lei¹⁹. Mas este ideal a atingir nem sempre se verifica.

Como é sabido, o Direito desempenha uma dupla posição: de justiça e de segurança. Para garantia desta última, não poucas vezes se produzem normas jurídicas neutras quanto à finalidade moral e, por isso, desvinculadas de qualquer valoração ético-social.

¹⁶ Cfr: GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. 66. Restringimos aqui, obviamente, o conceito de *validade*, entendido como obrigação moral de “non facere”, o que nos situa no campo das normas axiologicamente negativas. No sistema do “Direito garantido”, a *validade* é já entendida como a faculdade de o Estado impor o cumprimento das normas jurídicas pela via de um procedimento coactivo organizado, o que acontece com as regras jurídicas axiologicamente neutras, despidas de um mínimo ético. São simples *regras de imposição coactiva*, que não satisfazem, por vezes, as exigências de um mínimo de justiça. Quanto a este assunto, REINHOLD ZIPPELIUS – *Filosofia...*, pp. 23 e 66.

¹⁷ GIUSEPPE LUMIA – *Elementos...*, pp. 12-3.

¹⁸ JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, 1.ª ed., p. 102.

¹⁹ JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, 1.ª ed., p. 103.

A este propósito, importa referirmo-nos, desde já, a dois conceitos antagónicos no que respeita a ontologia (e axiologia) das proibições legais encontradas no Direito penal: os delitos naturais e os delitos artificiais, numa terminologia essencialmente usada em criminologia.

Quanto aos primeiros, reportam-se a imposições axiologicamente negativas que radicam na consciência humana de uma determinada sociedade organizada, tal como “não matarás”, “não roubarás”, pressupondo-se que são do conhecimento de todas as pessoas²⁰; e perante estas proibições de consciência, não resta ao Direito senão limitar-se a reconhecê-las e a positivá-las, pois a carga ético-moral de que se revestem é incomensurável. Não queremos, com isto, voltar à velha ideia dos direitos naturais inatos do jusnaturalismo, mas não deixamos, contudo, de reconhecer o carácter universal, de auto-obrigação e de incondicionalidade de certas regras de conduta, por força da sua inexcedível valoração moral ou, até mesmo, religiosa.

Quanto aos segundos, eles derivam da (mera) vontade do legislador, comportando uma valoração moral por vezes ínfima ou, mesmo, inexistente; as normas jurídicas correspondentes são tidas como axiologicamente neutras, pelo que a sua imperativa há-de fundar-se exclusivamente na juridicidade.

²⁰ Evidentemente, a consciência social varia no tempo e no espaço, mesmo em relação aos valores que hoje são tidos por fundamentais e intocáveis. A história parece tê-lo já demonstrado por diversas vezes: por exemplo, com o fenómeno da escravatura ou dos servos da gleba, antes da transição para o homem livre. «Nas épocas históricas em que a pessoa humana era vista como uma coisa – ou tratada como tal – admitia-se e praticava-se a escravatura em que um estava totalmente consagrado aos interesses de outrem que dele podia dispor livremente. A ponto de o escravo não ser considerado pessoa por lhe faltar não só a liberdade, como a faculdade de prosseguir a sua vida, o objectivo da sua felicidade pessoal». *DIOGO LEITE DE CAMPOS – As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 59.

2.3. A norma jurídica

Quando se fala em norma jurídica, é frequente representar esse conceito como sendo o elemento mais simples em que se pode decompor o direito objectivo. Esta visão é típica do positivismo jurídico (em especial, da Escola da Exegese e do normativismo), que sempre procurou dissecar e reduzir o ordenamento jurídico ao seu elemento mais basilar, como forma de constituir uma teoria geral do Direito fundada naquilo que seria o *átomo* do Direito mas que, na realidade, mais não instituía do que uma verdadeira teoria da norma jurídica.

Esta concepção aparentemente simplista de ver o Direito é, em boa verdade, uma forma de servir convenientemente o Estado, um instrumento de poder capaz de favorecer os mais fortes da sociedade, desprezando os seres humanos mais desprotegidos. Com este sistema mecanicista afasta-se qualquer conteúdo ético; a norma encerra um valor em si mesma, justificando a sua validade através do próprio poder que institui, e, portanto, apresenta-se como independente à moral e a qualquer ideia de justiça²¹.

²¹ Estas concepções positivistas, que começaram a surgir essencialmente a partir do século XIX, procuraram afastar qualquer especulação filosófica e jusnaturalista que se pudesse introduzir no Direito. Com isto, ficou claramente marcada a independência do Direito em relação à moral e, mais ainda, a afirmação duma pessoa (titular dum direito) em relação ao *outro* (sujeitado ou subordinado à norma que atribui o poder àquela pessoa). As bases do contrato social – a liberdade, a igualdade e a fraternidade –, que tanto se afirmaram no final do século XVIII, pareciam ceder perante tais sistematizações normativas. «Na base deste *Direito* está a concepção iluminista/individualista da pessoa vista como uma mera partícula igual a todas as outras e portanto indiferente aos outros. E a recusa da ética substituída por leis físicas que só conhecem objectos e que só revelam a face da força. Acabando por negar a pessoa humana comum em benefício de poucos seres humanos superiores». DIOGO LEITE DE CAMPOS – *As Relações de Associação...*, p. 49.

Evidentemente, é hoje plenamente aceite que a ordem jurídica não se resume às leis, mas deve sim ser entendida como o conjunto das regras jurídicas complementadas pela elaboração científica e pela experiência judiciária, articuladas com os princípios gerais de Direito, completadas pelos elementos sistemáticos, pelas noções de finalidade da norma, pela força de tradições e de valores éticos, entre outros factores²².

Como não pretendemos – nem se nos afigura necessário no quadro da nossa análise – tomar o conceito no seu sentido mais amplo, limitar-nos-emos a considerar a noção de norma jurídica em sentido técnico, no seu sentido estrito de comando jurídico.

2.3.1. Os comandos jurídicos

Aos elementos normativos de um dado ordenamento jurídico que exprimem os *dever-ser* das condutas individuais essenciais para a organização da comunidade é comumente dado o nome de comando jurídico. Esse comando, que assenta numa proposição prescritiva, destina-se a influir no comportamento de uma pessoa para modificá-lo²³, sem aí se considerar a vontade humana.

A norma jurídica (como proposição prescritiva) obriga, assim, os destinatários a que se dirige, pelo que é também chamada de imperativo.

No quadro de todas estas noções, a nomenclatura aqui empreendida poderia ser equívoca se não tomássemos a explicação que se segue.

Os comandos jurídicos – que, como dissemos já, exprimem *deveres* – podem ser classificados em três planos: comandos-

²² Cfr. JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, pp. 29 e 180.

²³ Cfr. GIUSEPPE LUMIA – *Elementos...*, p. 40.

valores, comandos-conceitos e comandos-regras, e todos eles se revestem de um carácter de imperatividade.

Os comandos-valores são os imperativos mais gerais que se encontram num dado ordenamento jurídico, encarnando os valores (ético-morais) fundamentais duma sociedade. Constituem os alicerces essenciais do ordenamento. Na arena da experiência jurídica, os comandos-valores constituem o objecto de estudo científico da teoria da justiça e, no plano filosófico, o objecto de cogitação da axiologia do Direito.

Os comandos-conceitos traduzem-se nos princípios gerais de Direito que formam as traves mestras que sustentam o ordenamento jurídico, bem como nas construções dogmáticas, nos institutos ou figuras jurídicas e, de um modo geral, reflectem-se em todos os conceitos jurídicos. Estes comandos-conceitos estão subordinados aos comandos-valores, pelo que a substância essencial destes há-de necessariamente transferir-se para os comandos-conceitos.

Quanto aos comandos-regras, eles são os imperativos que assumem maior importância sob o ponto de vista da efectivação prática do Direito. Constituem o conjunto de regras de conduta cuja observância é imposta a um universo de pessoas ou organizações. «É o conjunto dos comandos-regras que forma o direito positivo, e é a esse que os sujeitos de direito se encontram subordinados, é esse que os tribunais têm de aplicar»²⁴.

No quadro da experiência jurídica, os comandos-conceitos e os comandos-regras são objectos de análise científica por parte da ciência do Direito.

Verifica-se, deste modo, que o conceito de comando jurídico é mais amplo que aquele a que nos pretendemos reportar com mais rigor. Mas, em toda a nossa análise, deveremos ter sempre presente todas as noções que aquele conceito encerra, porquanto as normas jurídicas prescritivas (comandos-regras) devem vassalagem aos

²⁴ JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, p. 185.

comandos-valores e aos comandos-conceitos; a essência valorativa e conceptual destes encontra-se necessariamente naqueles, conduzindo à imprescindibilidade de considerar a unicidade das três dimensões normativas.

2.3.2. Autonomia e heteronomia das normas de conduta

Face ao que foi exposto, é fácil, por um lado, perceber que a conduta de uma determinada pessoa está, em princípio, sujeita a diferentes planos de imperatividade. Por outro lado, verifica-se que a construção de uma norma de Direito na forma de proposição prescritiva se erige a partir de valorações e concepções que se encontram em planos primevos, em realidades que lhe são anteriores.

Posto isto, importa esclarecer, agora, como se relacionam os planos da moral e do Direito nas condutas do ser humano, enquanto ser autónomo e ser social, para, desta forma, agilizarmos o nosso pensamento e situarmos as realidades de imperativos supra-identificados, que se podem desdobrar em proibições jurídicas e proibições de consciência²⁵. Vejamos então.

Na sua existência singular, enquanto *eu* afastado dos *outros*, o homem não identifica outra lei além da que reside na sua consciência. A pessoa surge «(...) como um ser moral, autodeterminado, portador de valores únicos e supremos e, portanto, essencialmente não-social»²⁶. A individualidade aparece, assim, como autónoma, não observando qualquer imposição que advenha do exterior. Todo o *dever* das suas condutas provém duma realidade interior que nasce no espírito – a consciência humana – e caracteriza-se por uma subordinação voluntária à regra moral de conduta.

²⁵ Note-se que consideramos, aqui, apenas os imperativos negativos (as proibições) e não os positivos (as obrigações).

²⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Nós – Estudos Sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14.

Já na sua integração na sociedade, a pessoa cede parte da sua liberdade e da sua natureza como *ser-em-si*. Com efeito, como elemento integrante do tecido social, a pessoa deixa de ser autónoma, pelo que as suas acções não são mais espontâneas e incondicionadas. A sua liberdade física e moral é agora limitada e parcialmente alienada pela sua condição de *ser-em-função-dos-outros*, facto que o impele a obedecer a leis emanadas por um poder exterior, a ditames impostos pela sociedade em que se insere, que se sobrepõem à sua vontade e que, numa relação consistente, levam à substituição da autonomia pela heteronomia²⁷.

Como é evidente, sendo um ser naturalmente gregário, não é concebível, na realidade, reconhecer a pessoa humana como ser isolado, fora do mundo, pelo que a referência à autonomia do homem só releva intelectualmente. Mas revela-se de inegável importância para descortinarmos se as proibições de consciência (do ser autónomo) se convertem totalmente em proibições jurídicas (do ser heterónimo), perdendo-se por completo a realidade espiritual. Numa outra formulação, perguntaríamos se os *deveres* ditados pela lei do homem enquanto ser autónomo – a lei moral, emanada da consciência –, se convertem radicalmente em *deveres-ser* jurídicos no momento da sua passagem à vivência em comunidade, momento em que a autonomia se vê diminuída em função da heteronomia. A resposta a esta pergunta não se esgotará neste ponto.

Para a reflexão proposta, é vital reconhecermos uma premissa que, quanto a nós, se apresenta com toda a validade: a presunção de que cada ser é bom por natureza – *bonus quilibet praesumitur*.

É certo que a introdução de um dogma no nosso estudo enfraquece a sua legitimidade científica, mas fazemo-lo com

²⁷ Poderíamos aqui referir que a passagem do ser autónomo para a sociedade pode fazer-se sem qualquer alienação, mantendo a liberdade absoluta e, com isso, renegando qualquer norma que advenha de fora. E, de facto, é uma realidade possível mas que conduz ao anarquismo e, conseqüentemente, à negação do Estado.

despreocupação, por repudiarmos a ideia de *conatus* introduzida especialmente por HOBBS, a sua concepção de estado natural em que vivem os homens antes do seu ingresso no estado social, dotados de egoísmo e dum impulso original do movimento animal que o estimula numa *guerra de todos contra todos*²⁸.

Acreditamos que, numa sociedade organizada, qualquer que seja a forma de governo ou o regime político, o homem pratica o bem não porque lhe é imposto, mas porque ele o concebe no espírito e o deseja. Precipitarmos a pessoa humana para uma ideia de relações do *eu* com o *outro* sem (alguma) bondade e voluntariedade ou com total desespirtualização é «acreditar que existam relações que permitam ao homem relacionar-se com alguém sem amor; tais relações não existem»²⁹. É certo que a expressão apresentada procura a força para a sua validade na ideia alegórica de que todas as pessoas encerram um potencial para se relacionarem e agirem na base da bondade, da solidariedade e da generosidade, se bem que algumas o não façam.

DIOGO LEITE DE CAMPOS oferece-nos mesmo a concepção de que «(...) o Direito está em nós que somos capazes, naturalmente capazes, de caminhar no sentido da Justiça, de uma sociedade mais justa e filantrópica em que cada um se reconheça em todos os outros. Em que se procure o bem do outro, simultânea e inseparavelmente do bem de si mesmo»³⁰.

Ora, essa prática do bem é tanto mais genuína quanto maior for a valoração ético-moral que se dê à realidade sujeita à conduta humana. E como vimos já, quanto a um delito natural, a norma jurídica que impõe a proibição (o imperativo negativo) está carregada com um conteúdo axiologicamente negativo, pelo que é autêntica a espontaneidade com que os destinatários cumprem a

²⁸ *Homo homini lupus, bellum omnium contra omnes.*

²⁹ TOLSTÓI *apud* GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. 59.

³⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *As Relações de Associação...*, p. 47.

regra. Já no caso de um delito artificial, a conduta está sujeita a uma norma que suporta uma carga moral ínfima, um preceito jurídico axiologicamente neutro que procura influir no comportamento das pessoas, independentemente das manifestações de vontade.³¹

No primeiro caso (normas axiologicamente negativas), pode dizer-se que a conduta humana é regida e dominada por uma regra que reside originariamente na consciência individual, sem embargo para a existência da norma jurídica correspondente.

No segundo, à conduta humana impõe-se uma regra que parte essencialmente da sociedade, de um poder exterior. Ainda assim, cremos que «na grande maioria dos casos, as normas jurídicas são respeitadas espontaneamente por seus destinatários, e não pelo temor de incorrer nas sanções previstas para os que não as observam»³².

Desta aparente antinomia resulta que o Direito existe como concepção do espírito e, simultaneamente, como fenómeno social, não se podendo, pois, supor que qualquer destas realidades dispensa a outra. Autonomia (e moral) e heteronomia (e Direito) são, desta maneira, realidades que disputam mutuamente o domínio dum determinado espaço, mas que não se eliminam.

Não obstante, face à dimensão axiológica em presença, é inegável que ora à acção humana se impõe predominantemente a regra jurídica, ora se lhe impõem essencialmente os valores normativos ínsitos na consciência.

As considerações aqui empreendidas conduzem-nos, agora, à oportunidade de salientar, uma vez mais, os doutos ensinamentos de CABRAL DE MONCADA, para percebermos que existe «um

³¹ Quanto a isto, KELSEN fala-nos de um “comando despsicologizado”. «A conduta prescrita pela regra de Direito é “exigida” sem que nenhum ser humano tenha de “querê-la” num sentido psicológico». KELSEN, HANS – Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 49.

³² GIUSEPPE LUMIA – *Elementos...*, p. 33.

conjunto de preceitos, concepções e regras, altamente obrigatórios para a consciência, pelos quais se rege, antes e para além do direito, algumas vezes até em conflito com ele, a conduta dos homens numa sociedade»³³. Esse conjunto constitui a moral, que domina o ser autónomo e que prevalece, não poucas vezes, sobre o Direito que se impõe ao ser heterónimo, cunhando a norma jurídica com a sua marca hegemónica de imperatividade.

2.3.3. A imperatividade no preceito legal

Relacionando a matéria exposta até ao momento, facilmente definiremos a norma jurídica como o comando heterónimo, geral (dado que se reporta à existência social do homem no duplo aspecto da relação com os *outros* e da sua integração na sociedade), cuja observação é coercivamente garantida por sanções devidamente organizadas.

Desta asserção se retiram, então, as características da norma jurídica: a imperatividade, a heteronomia, a generalidade e a coercibilidade.

Concebermos a imperatividade jurídica como uma relação de subordinação da vontade humana a uma norma de Direito é uma ideia que se nos assemelha incorrecta, pelo menos em relação a certas realidades de vida.

Se é certo que um normativo legal contém um substrato obrigacional que exige do homem uma determinada conduta – um *querer* da norma face à pessoa que actua, criando um *dever-ser* –, não menos verdade se nos apresenta a afirmação segundo a qual a norma moral insere, na vontade humana, idêntico substrato. A

³³ LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA – *Filosofia do Direito e do Estado* Coimbra: Atlântida Editora, Vol. II, 1966, p. 134.

diferença que aqui se poderá manifestar reside, tão-somente, na realidade sobre a qual incide a obrigacionalidade.

Se na regra jurídica o conteúdo obrigacional se reporta à conduta humana, procurando influenciar e ajustar o comportamento do indivíduo social na sua vida em comum com os *outros*, já na norma moral o substrato obrigacional radica originariamente na vontade humana, em consideração a valorações e sentimentos de *dever* que se lhe impõem no espírito. A norma moral tem na vontade – antecedente à conduta – um conteúdo de significação obrigacional, enquanto exigência da consciência; a regra jurídica (o comando heterónimo) impõe-se exclusivamente à acção humana, sem uma obrigação simultânea da vontade. Com efeito, ao preceito jurídico interessa, tão-somente, que a pessoa adote um comportamento conforme à sua prescrição, independentemente da sua vontade.

Deste arremate parece-nos viável resolver a questão fundamental do nosso mote: a de que, ontologicamente, a *imperatividade* não apresenta a mesma essência para toda e qualquer norma jurídica.

Vimos já, num ponto anterior, que toda a norma é comando, reconhecendo-se, neste campo jurídico, várias estratificações que compõem uma espécie de hierarquia. Verificámos, ainda, que a substância da norma jurídica contém necessariamente um certo conteúdo dogmático, fundado em princípios gerais de Direito tidos como essenciais à construção do ordenamento jurídico. E, da mesma forma que se submete aos comandos-conceitos, o preceito jurídico deve vassalagem a valores fundamentais à existência social do homem numa determinada comunidade. São, como aferimos, os comandos-valores³⁴ que conferem à norma o carácter

³⁴ Que, como dissemos *supra*, encarnam valorações ético-morais vigentes numa determinada sociedade.

de validade obrigatória, que a modela num comando imperativo de disciplina colectiva, revestida de certo conteúdo axiológico.

Não obstante, certas normas recebem a sua validade por parte de comandos-conceitos; e estas não deixam, por isso, de ser imperativas, ainda que sejam neutras a qualquer valor moral.

Do exposto se verifica, por conseguinte, que nem todo o preceito jurídico é acompanhado dum substrato obrigacional que exija aos seus destinatários, simultaneamente, um *dever-ser* (exigência jurídica) e um *dever* (exigência imanente na consciência humana). E, no entanto, cremos que, em rigor, este sincronismo é essencial, pelo menos quanto às normas que visam garantir os mais altos valores duma sociedade, mormente as normas penais. Aliás, há quem considere que «pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral»³⁵.

A experiência jurídica demonstra, assim, que a regra de Direito pode ser axiologicamente neutra ou axiologicamente negativa, ainda que possa contar, em ambos os casos, com a adesão espontânea dos seus destinatários.

3. Normas axiologicamente neutras e negativas

A distinta natureza axiológica das normas aqui retratadas conduz-nos à possibilidade de fazer ressaltar certas diferenciações (no domínio volitivo) nas condutas praticadas pelo homem.

Desde logo, podemos afirmar que uma norma axiologicamente neutra é susceptível de um acatamento forçado por parte dos destinatários, por se encontrarem esvaziadas de qualquer valoração moral. Estas condutas são, assim, potencialmente *actiones ex lege*,

³⁵ GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. 66.

reconhecendo-se, aqui, em bom rigor, um enfraquecimento da espontaneidade volitiva no seu acatamento.

A valoração e a imperatividade normativas são instituídas pela mão do legislador. A estas normas, ele pode dar o conteúdo que lhe aprouver, ainda que a validade do preceito esteja um tanto-quanto refém da efectividade da vida do povo e da aceitabilidade mínima que este lhe reconheça.

De facto, apesar de axiologicamente neutras, estas normas não podem afastar-se, em demasia, de determinados ideais de justiça, sob pena de nos conduzirem a leis arbitrárias, ou até criminosas. E mesmo que uma lei seja injusta, a violação da justiça não pode alcançar um grau de intolerabilidade, sob pena da regra tornar-se, na verdade, em ausência de Direito³⁶.

Poderíamos dizer agora, como já o fizemos há pouco, que, ainda que axiologicamente neutras, estas regras podem contar com a adesão espontânea dos seus destinatários. E podemos, de facto, mas isto não faz do comportamento humano um acto de verdadeira vontade, um imaculado *querer e agir*. Como vimos, o Direito contenta-se com a conduta exterior, estando sempre aberto à coação. Ainda que a pessoa adira espontaneamente à norma, não deixa por isso de submeter o seu comportamento à lei, por inexistir qualquer referência consciencial.

Já o comportamento moral não se obtém à força. O sentimento do *dever* e da responsabilidade são elementos essenciais para que se reconheça uma conduta incondicionada, que internamente nasce da personalidade moral. Perante normas axiologicamente negativas, age-se por respeito à lei moral, por causa da consciência e da noção de *dever*, ainda que se deva reconhecer que a sanção jurídica possa desempenhar o seu papel dissuasor quando a obediência da pessoa à ordem moral falhe.

³⁶ Cfr. GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. xi.

Quando todos os meios falham, entra então o poder de coação do preceito jurídico, umas vezes para garantia da sua imposição, outras vezes – por exemplo, quando o bem tutelado pelo Direito seja irreparável – para, simplesmente, exercer a aplicação da sanção.

Parece-nos, portanto, de grande conveniência guarnecer uma norma jurídica com um mínimo ético. Podemos, até, encarar a moral como uma realidade capaz de conferir mais força ao preceito jurídico, permitindo-se o cumprimento legal externamente e satisfazendo-se a conveniência de uma atitude de obediência interna (consciencial), de genuína vontade. É célebre a frase de KANT “*por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral*”, que acabou em epitáfio no seu túmulo, e que expressava a sua paixão e o seu esforço em demonstrar que a moral (ao contrário da metafísica) assentava em boa parte na razão. «A lei moral, da qual temos consciência imediata (tão rapidamente como formulamos máximas da vontade) é a que se nos apresenta primeiramente (...)»³⁷.

Para uma fácil identificação do conteúdo técnico e do conteúdo ético duma norma jurídica, basta-nos encetar uma comparação entre o Direito penal e o Direito de viação.

No caso do Direito penal, poucos preceitos de direito substantivo encontramos que não sejam normas morais que o poder de legiferação acolheu e positivou. A quase totalidade dos delitos criminais decifra violações da lei moral.

O crime de homicídio, por exemplo, é certamente o expoente máximo do acolhimento dum comando moral. Uma pessoa abstém-se de ofender a vida de outrem não porque reconhece a imperatividade do preceito jurídico incriminador, mas porque obedece à ordem moral. Se esta obediência falhar, não será certamente a imperatividade jurídica que demoverá a pessoa de exercer o acto de homicídio. O que poderá demovê-la será, porventura, a sanção

³⁷ EMANUEL KANT – *Crítica da Razão...*, Livro I, Cap. I, § 6.º.

(coactivamente aplicável) que ela estatui, mas o receio da pena não se confunde com a questão da imperatividade normativa. São duas realidades distintas do sistema jurídico, que exercem a sua “autoridade” em momentos diacrónicos, por sucessão temporal.³⁸ Esta discussão levar-nos-ia, porventura, aos conceitos de norma primária e norma secundária de Kelsen, em que fazia depender a validade da previsão ou hipótese pela via da existência da estatuição³⁹.

Estamos certos, portanto, que uma norma que encerra um máximo ético só pode contar com a obrigacionalidade que advém da consciência humana na questão da demanda do comportamento adequado e desejado pela sociedade. Aliás, para melhor argumentação e entendimento da nossa discussão, bastaria imaginarmos o preceito que institui o crime de homicídio sem qualquer sanção, numa formulação normativa que contasse apenas com a previsão (ou hipótese) e, portanto, com a imperatividade, a heteronomia

³⁸ Com isto não cremos negar, contudo, a ideia muitas vezes realizada de que podemos levar à consciência social a irresponsabilidade e censurabilidade de certas condutas (v.g., a condução sob o efeito do álcool), despertando e reforçando o sentimento de reprovação destes comportamentos pela via da criminalização. Assim como uma penalização pode contribuir para consolidar a ideia de reprovação de uma conduta criminalizada, ainda que se reporte a uma proibição de consciência. *Cfr.* REINHOLD ZIPPELIUS – *Filosofia...*, pp. 70-71.

³⁹ KELSEN exemplifica mesmo: «não se deve roubar; se alguém roubar, será punido. Caso se admita que a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se a segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, a única norma jurídica genuína. Contudo, a representação de Direito é grandemente facilitada se nos permitimos admitir também a existência da primeira norma. Fazê-lo é legítimo apenas caso se tenha consciência do fato de que a primeira norma, que exige a omissão do delito, depende da segunda norma, que estipula a sanção». HANS KELSEN – *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 86.

e a generalidade. Aqui se percebe melhor o esvaziamento total da força imperativa ou de comando da norma. Neste domínio, a sociedade pode contar, tão-somente, com a imposição da lei moral.

Num outro extremo, surgem os raros – mas existentes – preceitos criminais depauperados de um mínimo ético.

No quadro da criminalização e punição das actividades delituosas contra a economia nacional, surgem alguns exemplos destes preceitos. Esta área do Direito penal, que procura atender essencialmente à reprovação das condutas em si mesmas lesivas dos valores fundamentais do ordenamento socio-económico, não contém, nalguns casos, um fundamento ético sólido para a construção das suas normas. Aliás, veja-se que, porque careciam de verdadeira dignidade penal – face à ressonância ético-moral reconhecida por parte da sociedade –, despenalizaram-se certos tipos de infracções então presente no Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, que normalmente revestiam a natureza de contravenções, englobando-se os comportamentos respectivos no direito de mera ordenação social⁴⁰.

No âmbito destas imposições legais – que, como vimos já, são usualmente chamadas de crimes artificiais –, a conduta da pessoa submete-se essencialmente à imperatividade jurídica, restando pouco espaço no domínio da moral para submeter a pessoa ao comportamento almejado pela sociedade. Veja-se até que, perante o desconhecimento destas regras de Direito, dificilmente se encontra um sujeito que adeque a sua conduta à norma legal pela simples via do reconhecimento dum valor moral.

A título de exemplo, um indivíduo que desconheça o crime de abate clandestino⁴¹ dificilmente encontrará na ordem moral um comando que lhe imponha a proibição de abater um ovino fora de um matadouro e de vender a carne a pessoas que lhe são próxi-

⁴⁰ *Cfr.*: preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

⁴¹ Art. 22.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

mas. A adequação do seu comportamento à regra jurídica exige o conhecimento desta, pois daqui se há-de retirar a referência da proibição imposta, ou seja, da imperatividade jurídica.

Nos crimes artificiais, não poucas vezes se não tem consciência do crime que se comete – *conscientia sceleris* –, daqui que as construções dogmáticas jurídico-penais da matéria do erro sobre a ilicitude do facto sejam distintas para os delitos naturais e os delitos artificiais⁴².

No Direito de viação, dificilmente se consegue uma explicação, por referência à moral, para grande parte dos seus preceitos legais. Só com algum artifício se conseguirá, indirectamente, aproximar o conteúdo técnico das normas a um conteúdo moral difuso, para assim se lhe reconhecer um mínimo ético. Poder-se-á sempre sustentar que toda a regulamentação jurídica da circulação rodoviária se reconduz à ideia de respeito pela vida humana e à garantia do direito de todos poderem usufruir das mesmas vias de trânsito, mas só mediatamente se conseguirá tal aproximação⁴³.

Daqui que, o acatamento destas regras por parte da sociedade é conseguida, fundamentalmente, por via da imperatividade jurídica que elas encerram.

A sinalização de manobras, a manutenção da distância segura entre veículos em circulação, as regras de ultrapassagem ou de inversão do sentido de marcha, e tantas outras, são exemplos de normas de conduta que não apresentam uma face ética.

⁴² *Cfr.* art. 16.º/1 e 17.º do Código Penal.

⁴³ Nesta linha de ideias, JOSÉ HERMANO SARAIVA, – *O que é o Direito...*, p. 91-2.

4. Considerações finais

O Direito nem sempre se deduz de leis positivas resultantes de circunstâncias de oportunidade de política legislativa. Muitas vezes, o Direito deve ser buscado numa outra fonte, nos axiomas inscritos na razão prática do homem. É neste sentido que podemos anunciar a moral como fonte valorativa das normas jurídicas, uma fonte em constante mutação ao longo do tempo por referência a correntes ideológicas ou intelectuais dominantes e por via da consciência ético-social da época.

A lei jurídica impositiva de condutas, enquanto *dever*, só manifesta declaradamente a sua imperatividade no caso das normas axiologicamente neutras. Nas normas axiologicamente negativas, o comando traduz-se, na essência, num dever moral. Na proposição “Se A é, deve ser B” (Se matas deves ser punido), o imperativo negativo (proibição) emanado não radica no preceito legal, mas originariamente na moral. A imperatividade jurídica das normas axiologicamente negativas incorpora o comando moral. É este que confere a substância valorativa e o conteúdo obrigacional ao preceito legal, pelo que a imperatividade jurídica, nestas circunstâncias, é uma mera mas incontornável necessidade formal, um reflexo da obrigacionalidade consciencial, sem a qual se apresentaria despida de qualquer essência.

Entender que, no tocante às normas de conduta axiologicamente negativas, a essência da imperatividade reside no preceito jurídico, é crer que o homem é, por natureza, um ser imoral ou que nele reside um predominante potencial de *guerra de todos contra todos* (HOBBS – *omnes lupus*). A ser assim, teríamos que olhar para uma norma axiologicamente negativa e para a sanção nela estatuída como encerrando uma função essencialmente dissuasória ou como instrumento intimidatório de controlo social face à natural maldade dos homens.

A transfiguração dum comando moral para uma norma jurídica é mera circunstância da indispensabilidade incontornável da institucionalização da sanção e da coercibilidade para os casos de violação da norma, face à impotência física da moral nesta arena quando a imposição de consciência não alcança o seu ofício, e, bem assim, para conferir o carácter de juridicidade ao preceito. É que, se a norma de conduta visar apenas a ordem moral, ela não é jurídica.

De todo este labor pode levantar-se a percepção de que a distinção feita não tem relevância ou mesmo validade científica, mas comporta, indiscutivelmente, um significado ideológico.

5. Bibliografia

CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____, *Nós – Estudos Sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

LUMIA, GIUSEPPE – *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MONCADA, LUÍS SOLANO CABRAL DE – *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

_____, *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Atlântida Editora, Vol. II, 1966.

KANT, EMANUEL – *Crítica da Razão Prática*. Tradução e Prefácio de Afonso Bertagnoli. [digitalização da edição em papel] Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959, eBooksBrasil.com, 2004.

KELSEN, HANS – *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RADBRUCH, GUSTAV – *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, MIGUEL – *Teoria Tridimensional do Direito*. 5.^a ed., São Paulo, 1994.

SARAIVA, JOSÉ HERMANO – *O que é o Direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. 1.^a edição, Lisboa: Gradiva, 2009.

ZIPPELIUS, REINHOLD – *Filosofia do Direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010.

AS NORMAS DE VIDA INTERNA DA ACADEMIA MILITAR NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO¹

IRINA DE FÁTIMA HENRIQUES LOPES

Doutoranda em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. A relevância jurídica da família enquanto princípio fundamental do direito civil português; 3. As fontes das relações jurídicas familiares; 4. As fontes do Direito da Família; 4.1. O Direito da Família reconhecido no Código Civil; 4.2. Os princípios constitucionais do Direito da Família; 4.3. Uma análise mais aprofundada do n.º 1 do art. 36.º da Constituição; 5. A Academia Militar; 5.1. O ingresso na Academia Militar; 5.2. As Normas de Vida Interna da Academia Militar; 6. Análise da situação particular da Academia Militar; 6.1. O ingresso; 6.1.1. As Normas de Vida Interna da Academia Militar; 6.1.1. O ingresso noutros estabelecimentos de ensino superior militar e policial; 6.2. As Normas de Vida Interna; 6.2.1. Consequências do não cumprimento das Normas de Vida Interna; 6.2.2. Os Regulamentos da Academia da Força Aérea, da Escola Naval e do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna; 7. Conclusões

Palavras-Chave: família; relações jurídicas familiares; fontes de Direito; vida interna; academia militar.

¹ Relatório da Unidade Curricular *Problemas Cerne da Ciência do Direito*, regida pelo Professor Doutor DIOGO LEITE DE CAMPOS, no âmbito do doutoramento em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa.

Summary: *Introduction; 2. Legal relevance of the family as basic principle of Portuguese Civil Law; 3. The sources of family legal relations; 4. The sources of Family Law; 4.1. Family Law in the Civil Code; 4.1. Constitutional principles of Family Law; 4.3. In-depth analysis of paragraph 1 of article 36 of the Portuguese Constitution; 5. The Military Academy; 5.1. Admission to the Military Academy; 5.2. Military Academy Rules & Regulations; 6. Specificities of the Military Academy; 6.1. Admission criteria; 6.1.1. Military Academy Rules & Regulations; 6.1.1. Admission criteria in other military and police higher education institutions; 6.2. House rules and regulations; 6.2.1. Consequences of not abiding to house rules and regulations; 6.2.2. Rules and regulations of the Air Force Academy; Navy Academy and Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (the Higher Institute of Police Sciences and Home Security); 7. Conclusions*

Key-Words: *Family; family legal relations; sources of Law; house rules; military academy*

1. Introdução

O presente Relatório surge no âmbito da Unidade Curricular “Problemas Cerne da Ciência do Direito” e subordina-se ao tema “As Normas de Vida Interna da Academia Militar”. Tal escolha prende-se com o facto de algumas das normas contidas no Regulamento da Academia Militar não serem as mais adequadas por não acompanharem uma sociedade em constante mutação. Uma delas parece ser inconstitucional, ao não permitir que os alunos que ingressem como candidatos civis contraíam casamento nos quatro primeiros anos da frequência do Curso.

A par da análise das Normas de Vida Interna estudou-se a problemática das condições de admissão àquele estabelecimento

de ensino superior militar. Assim sendo, uma das condições de admissão para os candidatos civis que pretendam ingressar na Academia Militar é “ser solteiro”. Também neste caso parece existir uma inconstitucionalidade por violação do n.º 1 do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa.

Por estes motivos, julgou-se interessante e pertinente identificar estas situações, de forma a contribuir para o ajuste das mesmas.

Para analisar as situações atrás descritas dividiu-se o Relatório em sete capítulos, tendo-se começado por abordar a questão da relevância jurídica da família enquanto princípio fundamental do direito civil português. Seguidamente tratou-se, sucintamente, da temática das fontes das relações jurídicas familiares e identificaram-se as fontes do Direito da Família, uma das quais a própria Constituição. Analisou-se depois, de forma mais aprofundada, o n.º 1 do art. 36.º da Constituição. De seguida identificaram-se as questões do ingresso na Academia Militar e das Normas de Vida Interna daquele estabelecimento de ensino. Posteriormente analisaram-se estas questões e efectuou-se a comparação entre a Academia Militar e outros estabelecimentos de ensino superior militar (a Academia da Força Aérea e a Escola Naval) e policial (o Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna). Finalmente, apresentaram-se as respectivas conclusões e fizeram-se algumas propostas.

A metodologia empregue foi a análise documental.

O Relatório foi realizado no período compreendido entre Maio e Junho de 2011.

2. A relevância jurídica da família enquanto princípio fundamental do direito civil português:

Os princípios fundamentais do direito civil sustentam as normas do ordenamento jurídico português, atribuindo àquelas um determinado sentido e uma certa função. Tais princípios dão a conhecer os traços fundamentais do sistema de direito civil, sendo certo que não pretendem ser válidos eterna e universalmente. É através deles que é dada coerência, harmonia e unidade ao direito civil.

MOTA PINTO² defende a existência de oito princípios fundamentais do direito civil português, designadamente: o reconhecimento da pessoa humana e dos direitos de personalidade; a autonomia privada; a responsabilidade civil; a boa fé; a concessão da personalidade jurídica às pessoas colectivas; a propriedade privada; a relevância jurídica da família; o fenómeno sucessório.

Por outro lado, CAPELO DE SOUSA³ elenca determinados princípios que afirma serem os mais importantes, entre os quais não se vislumbra o princípio da relevância jurídica da família. Tais princípios, segundo o autor, são os seguintes: a dignidade da pessoa humana; o reconhecimento da personalidade jurídica humana; a plenitude da capacidade jurídica humana; a igualdade; a tutela geral da personalidade humana; a personificação jurídica e a capacidade jurídica funcional das pessoas colectivas privadas; a autonomia privada; a não violação da esfera jurídica alheia; a boa fé; o equilíbrio das prestações; a liberdade declarativa; a nulidade dos actos e negócios jurídicos violadores de regras imperativas.

Elencados que estão os princípios que, segundo os autores enunciados, enformam o ordenamento jurídico português, é tempo

² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO – *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 97.

³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 45 ss.

de focar a atenção no princípio da relevância jurídica da família, solução preconizada por Mota Pinto.

Em primeiro lugar, cabe referir que “a família, em sentido jurídico, é constituída pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adopção”⁴. Esta é a noção implicitamente prevista no art. 1576.º do Código Civil (CCiv).

O surgimento da família assenta em determinados comportamentos pessoais e em realidades psicológicas e morais que o direito reconhece, aceita e considera aquando da regulamentação desta instituição⁵. Tais comportamentos baseiam-se em determinados sentimentos tais como: o amor, a amizade, a lealdade, a confiança, a solidariedade, a pertença, entre outros. Apesar de estes sentimentos não serem criados nem determinados pelo Direito, os mesmos não lhe são indiferentes, sendo necessário, por esse motivo, atribuir-lhes efeitos jurídicos. A este respeito, cabe referir que existem diversos factores que justificam a disciplina legislativa da instituição familiar, nomeadamente: “a ordenação concreta e institucional da família, mesmo que aceite pelo legislador, não contém uma disciplina de todos os problemas respectivos em termos acabados e categóricos, tornando-se necessária uma formulação certa, precisa e completa do regime jurídico correspondente ou uma opção entre sentidos e concepções divergentes revelados na vida da instituição familiar; a consagração legislativa de um regime, mesmo que coincidente com a disciplina institucional da família, vinca mais vivamente o sentimento dos deveres e direitos dos membros da família, facilita o fluente curso da vida familiar e permite, em situações de crise, disciplinar com justiça e certeza a posição dos sujeitos; pode o Estado visar uma modificação da

⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 15.

⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO – *Teoria Geral...*, 4.ª ed., p. 158.

disciplina da família para um sentido diverso do correspondente ao direito vivido espontaneamente na realidade social”⁶.

3. As fontes das relações jurídicas familiares:

Tal como já foi referido, e de acordo com o disposto no art. 1576.º do CCiv, “são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.

As noções de cada uma destas fontes estão contidas nos art. 1577.º e seguintes do CCiv. Assim, segundo o art. 1577.º, o casamento é “o contrato celebrado entre duas pessoas do sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Todavia, este preceito foi recentemente alterado pela Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, sendo o casamento “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Portanto, a mesma lei revogou a alínea *e*) do art. 1628.º, deixando assim de ser juridicamente inexistente o casamento contraído entre duas pessoas do mesmo sexo. Por sua vez, o parentesco é “o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum” (art. 1578.º). Por seu turno, o art. 1584.º dispõe que a afinidade “é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro”. Finalmente, a adoção é “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos art. 1973.º e seguintes” (art. 1586.º).

⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO – *Teoria Geral...*, 4.ª ed., p. 159.

4. As fontes do direito da família:

O Direito da Família, enquanto ramo do direito civil extremamente sensível às modificações das estruturas económicas, políticas e sociais (sendo as diversidades nacionais, por conseguinte, bastante acentuadas neste ramo do direito) possui várias fontes, distinguindo-se as fontes do direito civil e as fontes do direito não civil.⁷

Assim sendo, as fontes civis do Direito da Família são, entre outras, a Constituição da República Portuguesa (CRP), as convenções internacionais (a Declaração Universal dos Direitos do Homem; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé, etc.), o Código Civil (saliente-se o facto de constituir a principal fonte de Direito da Família), o Código de Registo Civil, o Código de Processo Civil. Por sua vez, como fontes de direito não civil, refiram-se as várias normas de Direito Fiscal e da Segurança Social com significado para o Direito da Família (normas relativas ao imposto sobre o rendimento de pessoas singulares ou normas que prevêm subsídios para as famílias carenciadas, por exemplo).⁸

4.1 O direito da família reconhecido no código civil:

O CCiv de 1966 está sistematizado de acordo com a classificação germânica das relações jurídicas de direito privado, sendo, por conseguinte, dividido em cinco livros: Parte Geral; Direito das Obrigações; Direito das Coisas; Direito da Família; Direito das Sucessões.

⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Lições de Direito...*, p. 111.

⁸ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Lições de Direito...*, p. 113 ss.

Relativamente ao Direito da Família, o CCiv dedica-lhe o Livro IV, que tem início no art. 1576.º e termina no art. 2020.º. O livro em questão sofreu várias alterações resultantes da Reforma de 1977. Alguns dos aspectos abrangidos por aquelas alterações foram os seguintes: “ampliação das causas do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens; efectivação do princípio da igualdade dos cônjuges; extinção da categoria de filhos ilegítimos, maior incremento da adopção plena, etc.”⁹. Todas estas alterações visaram colocar a redacção do CCiv de 1966 de acordo com a Constituição de 1976.¹⁰

4.2 Os princípios constitucionais do direito da família:

Os art. 36.º, 67.º, 68.º e 69.º da CRP consagram certos princípios disciplinadores de aspectos respeitantes à família.

Tais princípios podem ser divididos em dois grandes grupos: “os *direitos de ser humano* (direito à celebração do casamento; direito a constituir família; competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração; admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos; igualdade dos cônjuges quanto à sua capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos; atribuição aos pais do poder/dever de educação dos filhos; inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores; não discriminação entre filhos nascidos no casamento e fora do casamento) e os *direitos do ser humano* perante outrem (protecção da família; protecção da paternidade e da maternidade; protecção da infância)”¹¹. Torna-se notório, portanto, a protecção dos direitos da pessoa humana no

⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO – *Teoria Geral...*, 4.ª ed., p. 162.

¹⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Lições de Direito...*, p. 116.

¹¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Lições de Direito...*, p. 95, 96.

sentido tradicional e a protecção do ser humano integrado numa unidade familiar.

Analisando o disposto no n.º 1 do art. 36.º da CRP, é expresso que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Portanto, neste n.º é notório o direito à celebração de casamento e o direito a constituir família. Todavia, “para a actual Constituição, a família parece não assentar necessariamente no casamento, prevendo-se a constituição de família não fundada no matrimónio”.¹² Por sua vez, o n.º 2 do mesmo art. refere que “a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração”. É assim perceptível neste n.º a admissibilidade do divórcio para qualquer tipo de casamento, civil ou católico. Já o n.º 3 expressa que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”. Ora, este princípio da igualdade dos cônjuges decorre do princípio geral da igualdade do cidadão perante a lei, constante no art. 13.º da CRP. Por seu turno, segundo o n.º 4 do art. 36.º da CRP, “os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação”. Nota-se, portanto, que acabou a distinção entre filhos legítimos (nascidos do casamento) e filhos ilegítimos (nascidos fora do casamento) e a consequente diferença de tratamento entre eles no que respeitava à matéria sucessória. Por sua vez, o n.º 5 expressa que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”. Quanto ao n.º 6 do referido art., o mesmo expõe que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”. Por último, segundo o n.º 7 “a adopção é regulada e

¹² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO – *Teoria Geral...*, 4.ª ed., p. 160.

protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação”.

Procedendo agora à análise sumária do art. 67.º da CRP, cuja epígrafe é “Família”, torna-se patente o reconhecimento da constituição da família e sua protecção no seu n.º 1, ao referir que “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”. Por sua vez, o n.º 2 do citado artigo elenca uma série de incumbências do Estado, no sentido de se poder levar a cabo a protecção da família. Por outro lado, o art. 68.º da CRP consagra a protecção da paternidade e da maternidade como valor social, ao passo que o art. 69.º do mesmo Diploma estabelece a protecção da infância.

4.3 Uma análise mais aprofundada do n.º1 do art. 36.º da constituição:

A CRP dedica uma especial atenção à família e ao casamento, o que se constata através da análise dos art. 36.º e 67.º e seguintes. Dessa análise resulta que a família e o casamento constituem, não apenas direitos fundamentais, mas também garantias institucionais e elementos estruturantes da vida em sociedade.

O n.º 1 do art. 36.º, que deve ser interpretado em harmonia com o n.º 1 do art. 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³, distingue, por um lado, o direito de constituir família e, por outro, o direito de contrair casamento, ambos em condições de plena igualdade. Tal distinção tem suscitado dúvidas na doutrina. A descoberta do alcance desta disposição pode cingir-se a duas

¹³ “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais”.

ideias: por um lado, a CRP parece inviabilizar uma interpretação que faça depender a constituição da família da celebração do casamento, revelando abertura à pluralidade e diversidade das relações familiares; por outro lado, a CRP reconhece uma relevância específica à família fundada no casamento, assim como à família constituída por pais e filhos, sendo o casamento o quadro mais favorável ao desenvolvimento da família¹⁴.

Atentando no direito de contrair casamento, importa desde logo salientar que ninguém pode ser obrigado a contrair matrimónio contra a sua vontade. Para além disso, este preceito também abrange o direito de escolha do cônjuge, sem que possam ser impostas limitações em termos de religião, raça, nacionalidade ou outras que sejam discriminatórias. Por outro lado, em caso de dissolução de casamento anterior, não pode ser vedado ao divorciado o direito de contrair novo matrimónio. Note-se, todavia, que existem os impedimentos à celebração do matrimónio, previstos nos art.ºs 1601.º, 1602.º e 1604.º do CCiv.

Contudo, as restrições legais ao direito de contrair casamento estão sujeitas aos limites dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da CRP, devendo, por essa razão, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18.º n.º 2).

Deste modo, parecem ser inconstitucionais as normas que, “em relação ao acesso ou ao exercício de determinadas funções públicas ou no âmbito de relações especiais de poder, exigem a condição de solteiro, conferem a preferência àqueles que se encontrem nessa situação ou fazem depender o casamento de uma autorização dos poderes públicos”¹⁵. Neste sentido, o Tri-

¹⁴ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (Coordenação) – *Constituição da República Portuguesa Anotada*; Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 395.

¹⁵ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (Coord.) – *Constituição da República...* – Tomo I, p. 396.

bunal Constitucional declarou¹⁶, com força obrigatória geral, “a inconstitucionalidade da norma constante da condição 3 do art. 21.º do Estatuto dos Sargentos e Praças da Armada, aprovado pelo Decreto n.º 44 884, de 18 de Fevereiro de 1963, na parte em que impõe a condição de solteiro para ser alistado segundo o sistema de admissão por recrutamento na Armada”¹⁷.

5. A academia militar:

5.1 O ingresso na academia militar:

A Academia Militar (AM) é um estabelecimento de ensino superior público militar cuja finalidade principal consiste em formar Oficiais destinados aos quadros permanentes do Exército e da Guarda Nacional Republicana (GNR).

Dado ser um estabelecimento de ensino superior com determinadas especificidades, o processamento do concurso de ingresso tem características próprias.

No que às condições de admissão concerne, cabe referir que podem concorrer à AM candidatos civis ou militares (oriundos de um dos três ramos das Forças Armadas ou da GNR), sendo as condições de ingresso diferentes, consoante se trate de candidatos civis ou militares. Ainda a respeito das condições de admissão, de acordo com o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do ponto I do Aviso n.º 9144/2011, de 11 de Abril de 2011, do Gabinete do Chefe do Estado-Maior do Exército¹⁸, o candidato civil que pretenda ingressar na AM, para além de outras condições, tem que “ser

¹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, de 3/12/1986, publicado no DR n.º 295, I série, de 24/12/1986.

¹⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA – *Curso de Direito da Família*, Volume I, Coimbra, 2001, p.137.

¹⁸ Publicado no DR n.º 76, II série, de 18/04/2011.

solteiro”. Portanto, daqui se conclui que um candidato civil que pretenda ingressar na AM e que seja casado, divorciado ou viúvo fica automaticamente eliminado do concurso, em virtude de não preencher esta condição de admissão.

5.2 As normas de vida interna da academia militar:

A vivência dos alunos da AM é regulada pelo Regulamento da AM, mais conhecido pela designação de “Normas de Vida Interna” (NVI). A definição das regras pelas quais se regem os alunos da AM é da competência do Comandante da AM. Genericamente, as NVI são constituídas pelos seguintes capítulos: I – Missão, Organização e Simbologia da AM; II – Instruções de Serviço Interno dos Alunos da AM; III – Regime Disciplinar dos Alunos da AM; IV – Regime Escolar dos Alunos da AM; V – Regime Administrativo dos Alunos da AM; VI – Diversos.

Quanto ao capítulo II (Instruções de Serviço Interno dos Alunos da AM), o mesmo é organizado pelos seguintes subcapítulos: 1 – Princípios e Normas Gerais; 2 – Conduta no Exterior da AM; 3 – Conduta no Interior da AM; 4 – Saídas e Entradas na AM; 5 – Apresentações a Superiores; 6 – Funções dos Alunos; 7 – Diversos.

Focando o subcapítulo 3 (Conduta no Interior da AM), a alínea *b*) trata da questão do relacionamento entre os alunos. Esta alínea é constituída por quatro pontos que expõem o seguinte: “(1) O comportamento dos alunos da AM e o seu relacionamento deve orientar-se pelos princípios de conduta contidos no Código de Honra que apelam à prática de sentimentos de Honra, de Dever, de Lealdade e de hábitos de ordem e de correção e apontam para a necessidade de manterem entre si as melhores relações, fomentando a harmonia, a coesão e o espírito de corpo; (2) O relacionamento entre alunos e alunas que saia deste quadro de normal convivência e são camaradagem poderá originar situações perturbadoras da

boa harmonia, da coesão e do bom ambiente que deverá existir no Corpo de Alunos, e prejudicar o próprio rendimento escolar dos alunos envolvidos; por esse facto, não é permitido aos alunos (as) a prática de atitudes ou outras manifestações que revelem um relacionamento afectivo de qualquer natureza entre si, para além da normal convivência, solidariedade e camaradagem que deve existir entre todos os alunos; (3) Os alunos não adoptarão entre si, em especial se uniformizados, comportamentos ou atitudes que sejam contrários à ética e às virtudes militares que devem caracterizar as relações entre os militares; (4) Nestas relações não têm cabimento, e por isso são interditas, quaisquer acções que sejam atentatórias da dignidade humana, da integridade física, moral e psicológica dos alunos ou que prejudiquem o seu rendimento escolar”¹⁹

Do exposto se deduz que não é permitido dois alunos da AM assumirem um relacionamento afectivo entre si.

Por sua vez, o capítulo V (Regime Administrativo dos Alunos da AM), é composto pelos seguintes subcapítulos: 1 – Generalidades; 2 – Processamento Administrativo; 3 – Uniformes; 4 – Serviço de Saúde; 5 – Serviços de Apoio; 6 – Secretarias.

Atentando no subcapítulo 2 (Processamento Administrativo), é notório que os alunos que frequentam a AM possuem determinados direitos e deveres, que se encontram elencados na alínea *d*) do mencionado subcapítulo. Assim sendo, de acordo com o previsto no ponto (2) da referida alínea, “durante a frequência dos cursos da AM, os alunos admitidos como candidatos civis comprometem-se a manter o estado civil de solteiros, enquanto Cadetes-Alunos”.

Portanto, daqui se extrai que um aluno da AM não se pode casar durante a frequência dos primeiros quatro anos do curso. Ficam, portanto, ressalvadas as situações dos alunos dos cursos que têm uma duração de sete anos lectivos (Engenharias e Medicinas),

¹⁹ Cfr. alínea *b*) do ponto 3, do capítulo II das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

nas quais os alunos se poderão casar quando frequentarem o 5.º, 6.º e 7.º ano, fase em que são graduados em Aspirante a Oficial Aluno, Alferes Aluno e Tenente Aluno, respectivamente. Podem ainda casar os alunos dos cursos de duração de cinco anos lectivos (Administração e Ciências Militares) desde que já frequentem o 5.º ano, pois já são graduados em Aspirante a Oficial Aluno.

6. Análise da situação particular da academia militar:

6.1 O ingresso:

Como já foi referido anteriormente, o processamento do concurso de ingresso na AM apresenta características particulares, dado tratar-se de um estabelecimento de ensino superior público militar.

Sendo uma das condições de admissão para candidatos civis “ser solteiro”, daqui se podem retirar, pelo menos, duas ilações. A primeira delas prende-se com o facto de todo o candidato civil que seja casado, divorciado ou viúvo estar inibido de ingressar na AM, por falta do preenchimento de uma das condições de ingresso àquele estabelecimento de ensino. A segunda baseia-se no facto de a todo o candidato militar que concorra à AM já ser permitido ser casado, divorciado ou viúvo.

6.1.1 O ingresso noutros estabelecimentos de ensino superior militar e policial:

Para proceder à análise das situações atrás descritas, averiguaram-se as condições de ingresso noutros estabelecimentos de ensino superior militar, designadamente, a Academia da Força Aérea (AFA) e a Escola Naval (EN), e ainda no estabelecimento de

ensino superior policial – o Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI).

Assim sendo, no que respeita à AFA²⁰, uma das condições de admissão àquele estabelecimento, no caso de os candidatos serem civis, é precisamente “ser solteiro”. Todavia, os candidatos militares já não carecem de preencher esta condição, podendo, por conseguinte, ser casados, divorciados ou viúvos.

Quanto às condições de admissão à EN²¹, constata-se que, nem aos candidatos civis, nem aos candidatos militares é exigível a condição de ser solteiro, podendo, portanto ser casados, divorciados ou viúvos.

Por sua vez, em relação ao ISCPSI²², é notório que todos os candidatos, independentemente de já exercerem funções na Polícia de Segurança pública (PSP) ou de nunca terem tido contacto com aquela Força de Segurança, não necessitam de ser solteiros para ingressar naquele estabelecimento de ensino.

Portanto, no caso dos estabelecimentos de ensino superior militar, deparamo-nos com tratamentos diferentes em situações análogas: por um lado, para ingressar na EN não é condição de admissão o estado civil de solteiro; por outro, para ingressar na AM e na AFA “ser solteiro” já é condição de admissão, embora apenas para os candidatos civis. Ora, estando os três estabelecimentos de ensino superior militar na dependência do mesmo Ministério (o Ministério da Defesa Nacional), não se compreendem os motivos pelos quais as condições de ingresso respeitantes ao estado civil serem diferentes. É que todos estes estabelecimentos de ensino preparam e formam Oficiais que pretendem prosseguir a carreira

²⁰ Cfr. Aviso n.º 11 939/2011 de 25 de Maio de 2011, do Presidente da Comissão de Admissão, publicado no DR n.º 106, II série, de 01 de Junho de 2011.

²¹ Cfr. Aviso da EN referente ao Concurso de Admissão de Cadetes da Armada – 2011.

²² Cfr. Aviso do ISCPSI referente ao Concurso de Admissão ao ciclo de estudos de Mestrado integrado em Ciências Policiais.

militar num dos três ramos das Forças Armadas, independentemente de ser na Força Aérea, no Exército ou na Marinha, ou numa das Forças de Segurança – a GNR.

Note-se que estes estabelecimentos de ensino superior militar se destinam a formar Oficiais dos quadros permanentes da Força Aérea, Exército, Marinha ou GNR. Todavia, à excepção da GNR, todas as outras instituições possibilitam o ingresso no Regime de Contrato. Assim sendo, no que respeita à Força Aérea^{23,24}, não é exigível a condição do estado civil de solteiro para ingresso em qualquer tipo de categoria (Oficial, Sargento ou Praça) no Regime de Contrato. O mesmo acontece em relação ao Exército²⁵ e à Marinha²⁶. Por sua vez, o ingresso na GNR²⁷ apenas poderá ser efectuado através da AM (para a categoria de Oficiais) ou através do Curso de Formação de Guardas (CFG) (para a categoria de Guardas). O recrutamento de militares para a categoria de Sargento efectua-se internamente, no qual os militares terão primeiramente que pertencer à categoria de Guardas. Ora, apesar o estado civil de solteiro ser condição de ingresso à AM (no caso de se tratar de candidatos civis), o mesmo não acontece no caso do ingresso na GNR através do CFG²⁸, em que tal condição não é exigível.

No caso das Forças de Segurança (GNR e PSP), também a abordagem da questão é diferente, pois no caso da GNR (sendo o ingresso dos Oficiais desta Força de Segurança feito através da AM) os candidatos civis carecerem de ser solteiros, ao passo que no ISCPSI tal condição já não ser exigível para nenhum candidato.

²³ Já se tendo verificado que “ser solteiro” é condição de entrada na AFA, caso se trate de candidatos civis.

²⁴ Cfr. *site* da Força Aérea – www.fa.pt.

²⁵ Cfr. *site* do Exército – www.exercito.pt.

²⁶ Cfr. *site* da Marinha – www.marinha.pt.

²⁷ Cfr. *site* da GNR – www.gnr.pt.

²⁸ Cfr. Aviso n.º 8584-B/2010 de 28 de Abril de 2010, do Comandante-Geral da GNR, publicada no DR n.º 83, II série, de 29 de Abril de 2010.

No que respeita ao ingresso nestas duas Forças de Segurança através da outra via possível que não a dos estabelecimentos de ensino superior (que formam Oficiais), a condição relativa ao estado civil é semelhante, pois tanto no CFG (GNR), como no Curso de Formação de Agentes (CFA) (PSP)²⁹ não é condição de admissão “ser solteiro”.

Note-se que a GNR é uma “força de segurança de natureza militar, constituída por militares organizados num corpo especial de tropas e dotada de autonomia administrativa”³⁰ e a PSP é uma “força de segurança, uniformizada e armada, com natureza de serviço público e dotada de autonomia administrativa”³¹. Portanto, embora sejam ambas Forças de Segurança, a condição dos militares da GNR é diferente da condição dos elementos policiais da PSP. Todavia, no que respeita ao estado civil, as condições de ingresso dos candidatos à AM são diferentes das condições dos candidatos ao ISCPSI, ao passo que as condições de ingresso nestas duas Forças de Segurança (no que toca ao estado civil) através dos CFG e CFA já são semelhantes. Parece existir, portanto, uma situação paradoxal.

Em suma, no que concerne às condições de admissão à AM (e também à AFA), no caso de os candidatos serem civis, tratando-se assim do acesso a uma função pública, parecem ser inconstitucionais as disposições que exigem a condição de solteiro para o ingresso naquele estabelecimento de ensino superior.

²⁹ Cfr. Aviso n.º 8584-C/2010 de 28 de Abril de 2010, do Director Nacional da PSP, publicada no DR n.º 83, II série, de 29 de Abril de 2010.

³⁰ Art. 1.º da Lei n.º 63/2007, de 6 de Novembro, que aprova a orgânica da Guarda Nacional Republicana.

³¹ Art. 1.º da Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto, que aprova a orgânica da Polícia de Segurança Pública.

6.2 As normas de vida interna:

No que respeita às NVI da AM, cabe analisar as duas questões atrás identificadas: por um lado, o facto de não ser permitido dois alunos da AM assumirem um relacionamento afectivo entre si, e por outro, a necessidade de, no decorrer da frequência dos cursos da AM, os alunos admitidos como candidatos civis se comprometerem a manter o estado civil de solteiros, enquanto Cadetes-Aluno, (isto é, ao longo de quatro anos de curso, como já foi referido anteriormente).

Iniciando pela análise desta última questão, o preceito das NVI em questão parece padecer de inconstitucionalidade, por violação do disposto no n.º 1 do art. 36.º da CRP.

Tal como já foi referido anteriormente, no entender de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, parecem ser inconstitucionais as normas que “em relação ao acesso ou ao exercício de determinadas funções públicas ou no âmbito de relações especiais de poder, exigem a condição de solteiro, conferem a preferência àqueles que se encontrem nessa situação ou fazem depender o casamento de uma autorização dos poderes públicos”³². Ora, no caso em concreto, parece estarmos perante uma relação especial de poder. Deparamo-nos ainda com uma situação em que é impedido o acesso a uma função pública.

Por outro lado, um aluno que seja oriundo de militar já poderá exercer livremente o direito a contrair casamento. Ora, não se compreende o motivo pelo qual um aluno admitido como candidato militar possa contrair casamento em qualquer momento do seu curso na AM, ao passo que, a um aluno admitido como candidato civil, tal direito seja vedado. É certo que um aluno admitido como candidato militar mantém o direito a auferir a remuneração

³² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (Coord.) – *Constituição da República...* – Tomo I, p. 396.

de acordo com o posto que detém³³, ao passo que um aluno admitido como candidato civil auferia mensalmente uma remuneração menor (178,51€ no 1.º ano, 223,13€ no 2.º ano, 267,76€ no 3.º ano e 357,01€ no 4.º ano)³⁴. Todavia, ambos os alunos (oriundos de militares ou civis) têm certos direitos durante a frequência do curso, nomeadamente: remuneração, alojamento e alimentação em espécie, artigos de fardamento, assistência médica, medicamentosa e hospitalar; isenção do pagamento de propinas, matrículas, inscrições, empréstimo das publicações escolares necessárias ao estudo; redução das tarifas nos transportes de caminhos-de-ferro, frequência de messes de Oficiais, entre outros.³⁵ Ainda que se possa argumentar que um aluno oriundo de civil não terá condições necessárias ao “sustento” de uma família, entende-se que tal argumento não colhe. Note-se que, decorrente das alterações sociais, o conceito de família está em constante transformação.

A título de exemplo, o papel do pai enquanto chefe de família que subsistia a alguns anos atrás não é, nos dias de hoje, o mesmo. Assim, a mulher assume, cada vez mais, um papel activo no seio da família. A este propósito, cabe referir que em 1984 foi criada a Escola Superior de Polícia (actual ISCPPI) e no ano seguinte ingressaram neste estabelecimento de ensino duas mulheres. Mais tarde, em 1988 ingressaram também duas mulheres no Curso de Piloto Aviador da AFA e em 1992 o Exército possibilita a admissão de mulheres na AM.³⁶ Segundo HELENA CARREIRAS, “importa notar que a aceleração do recrutamento feminino coincide, em Portugal,

³³ Cfr. alínea *b*) do ponto 2 do capítulo V das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

³⁴ Cfr. Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de Dezembro, conjugada com o Decreto-Lei n.º 296/2009, de 14 de Outubro.

³⁵ Cfr. Alínea *d*) do ponto 4 do capítulo V das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

³⁶ HELENA CARREIRAS – *Mulheres nas Forças Armadas Portuguesas*, Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p. 80.

com o início de um processo mais amplo visando a reestruturação e redimensionamento da instituição militar, no âmbito do qual o serviço militar e, correlativamente, a legislação que o contempla, foram também objecto de significativas alterações.”³⁷

Relativamente à questão da proibição do relacionamento afectivo entre dois alunos da AM, como já foi exposto, as NVI proíbem “a prática de atitudes ou outras manifestações que revelem um relacionamento afectivo de qualquer natureza entre si, para além da normal convivência, solidariedade e camaradagem que deve existir entre todos os alunos”.³⁸ Todavia, e apesar desta proibição, ao longo dos anos foram vários os alunos que tiveram um relacionamento afectivo entre si. Alguns chegaram mesmo a casar mais tarde. E certamente o mesmo acontecerá no futuro.

Apesar de não parecer existir qualquer inconstitucionalidade neste preceito, o desígnio do mesmo parece não ser atingido porque, vivendo e convivendo durante vários anos, em regime de internato, os alunos da AM tornam-se cada vez mais solidários, camaradas, amigos entre si.

DIOGO LEITE DE CAMPOS³⁹ propõe um modelo de convivência em sociedade, designado de *relações de associação*, que assentam na existência de pessoas sendo *com os outros e para os outros*, caminhando na direcção de um *nós*, não deixando, no entanto, de ser *seres em si*. E para tal as pessoas terão que reconhecer nos outros o seu próprio *eu* e afirmar o seu valor e dignidade. E é através do amor, da amizade, da solidariedade que se consegue reconhecer nos outros o *eu*, o igual. Ora, são estes sentimentos que, entre outros, são fomentados no decurso da formação dos alunos da AM, visto que tais sentimentos levam ao alcance de objectivos

³⁷ HELENA CARREIRAS – *Mulheres nas Forças...*, p. 85, 86.

³⁸ Cfr. Alínea *b*) do ponto 3 do capítulo II das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

³⁹ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*, Coimbra: Almedina, 2011, p.59.

comuns de forma espontânea, que é, em última análise, o desejado para qualquer instituição militar.

Portanto se, por um lado, as NVI proibem manifestações que revelem um relacionamento afectivo para além da normal convivência, solidariedade e camaradagem, não se entende, por outro, fazerem parte de uma “anormal” convivência, solidariedade e camaradagem as situações de relacionamentos afectivos (namoros, casamentos) entre alunos.

Esta questão, entre outras, foi identificada e tornada pública muito recentemente pela Comunicação Social.⁴⁰

6.2.1 Consequências do não cumprimento das normas de vida interna:

Aos alunos da AM que cometam qualquer falta aos deveres gerais do militar consignados no Regulamento de Disciplina Militar, ao Código de Honra da AM, às NVI ou a outros Regulamentos, é-lhes aplicada uma pena disciplinar escolar. As penas disciplinares escolares aplicáveis são: repreensão escolar, repreensão escolar agravada, detenção escolar, prisão escolar, expulsão.⁴¹ De referir ainda que “a frequente necessidade do recurso a sanções disciplinares, quando aplicadas ao mesmo aluno, corresponde, em regra, à sua falta de aptidão militar”.⁴²

Para além das penas disciplinares escolares atrás elencadas, os alunos poderão ser lesados através da classificação da nota de Instrução do Corpo de Alunos (ICA), atribuída pelo Comandante

⁴⁰ Cfr. artigo publicado por ROSA RAMOS, em 04 de Junho de 2011, no Jornal i.

⁴¹ Cfr. ponto 4 do capítulo III das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

⁴² Cfr. alínea e) do ponto 1 do capítulo III das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

de Companhia no final de cada semestre escolar.⁴³ É que, “a classificação de frequência inferior a 10 (dez) valores na disciplina de ICA, implica a eliminação do aluno da frequência da AM ...”.⁴⁴

Portanto, com o intuito de evitar todas estas possíveis consequências, os alunos não contraem casamento durante a frequência do 1.º, 2.º, 3.º e 4.º anos da AM, não assumem um relacionamento afectivo entre si, e omitem todas as situações que, segundo o Regulamento da AM, atentem contra a honra, lealdade, dignidade e prestígio das Forças Armadas e da GNR.

6.2.2 Os regulamentos da academia da força aérea, da escola naval e do instituto superior de ciências policiais e segurança interna:

Realizado o estudo dos Regulamentos dos outros estabelecimentos de ensino superior, militar e policial, constata-se que não existe nenhuma disposição que impeça ou limite o exercício do direito constitucionalmente protegido que é o casamento. Assim como também não existe nenhum preceito que proíba a prática de manifestações que revelem um relacionamento afectivo entre alunos.

⁴³ Os alunos da AM são avaliados em três grupos de avaliações: grupo I: classificação das disciplinas da área académica; grupo II: classificação das disciplinas de preparação física; grupo III: classificação das disciplinas de formação militar (Preparação e Treino Militar e Instrução do Corpo de Alunos).

⁴⁴ Cfr. alínea *h*) do ponto 3 do capítulo IV das Normas de Vida Interna da Academia Militar.

7 Conclusões:

Com a realização do presente Relatório procurou-se identificar e analisar determinadas situações enquadradas no âmbito do Direito da Família.

Por esse motivo, começou-se por salientar a relevância jurídica da família enquanto princípio fundamental do direito civil português. A este respeito, concluiu-se que, em sentido jurídico, a família é constituída pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, parentesco, afinidade e adopção. O surgimento desta instituição baseia-se em determinados comportamentos pessoais assentes no amor, na amizade, na solidariedade, etc., que o direito reconhece e considera no momento da regulamentação respeitante ao Direito da Família, atribuindo-lhes, assim, força jurídica.

Seguidamente, identificaram-se as diversas fontes das relações jurídicas familiares. O casamento, que constitui uma dessas fontes, é hoje definido como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”.

Posteriormente, elencaram-se as várias fontes do Direito da Família, sendo a CRP uma delas. Assim sendo, na Lei Fundamental estão contidas algumas disposições reguladoras de aspectos inerentes à família. Neste contexto, analisou-se particularmente o n.º 1 do art. 36.º, que dispõe que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. O alcance deste preceito pode cingir-se a duas ideias distintas: por um lado, parece ser inviabilizada uma interpretação que faça depender a constituição da família da celebração do casamento, existindo, assim, uma abertura às diversas relações familiares que não tenham por base aquela instituição; por outro, existe um reconhecimento da relevância da família fundada no casamento, assim como a família constituída por pais e filhos, na qual o casamento

é, naturalmente, o quadro mais favorável ao desenvolvimento da família.

Relativamente ao direito de contrair casamento, existem determinadas restrições legais ao seu exercício, embora estejam sujeitas aos limites dos n.ºs 2 e 3 da CRP, devendo assim “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Após ter sido feito um breve enquadramento teórico assente no Direito da Família, estudaram-se duas situações particulares da AM: o ingresso neste estabelecimento de ensino e o seu Regulamento (as NVI).

Assim, dado que a AM é um estabelecimento de ensino superior público militar que possui determinadas especificidades inerentes à formação dos Oficiais dos quadros permanentes das Forças Armadas e da GNR, o processamento do concurso de ingresso tem características próprias. Desta forma, um candidato que pretenda ingressar na AM terá que satisfazer algumas condições de admissão, que diferem caso se trate de candidato militar (já pertencente a um dos ramos das Forças Armadas ou à GNR) ou candidato civil.

No caso de se tratar de candidato civil, uma das condições de admissão é “ser solteiro”. *A contrario sensu* se deduz que, caso seja casado, divorciado ou viúvo, fica automaticamente eliminado do concurso, em virtude de não preencher a condição acima descrita.

Esta situação é claramente inconstitucional, por violação do supra mencionado n.º 1 do art. 36.º da CRP. Com a existência desta condição de admissão, está a ser vedado o acesso ao cargo de Oficial do Exército ou da GNR. Por outro lado, aos candidatos militares já não é exigida esta condição de admissão. Ora, o estado civil de uma pessoa não está de todo relacionado com o desempenho da sua função (como aluno e, mais tarde, como Oficial). Portanto, existe ainda uma violação do princípio da igualdade, consignado no art. 13.º da CRP. A este respeito cabe salientar que

o referido princípio, no sentido positivo, significa: o tratamento igual (semelhante) de situações iguais (semelhantes); o tratamento desigual de situações desiguais (substancial e objectivamente desiguais, refira-se); o tratamento proporcional de situações relativamente iguais ou desiguais; o tratamento de situações, não apenas como existem, mas como devem existir. E como corolários imediatos do princípio da igualdade destacam-se: a igualdade no acesso à função pública, em regra por via de concurso (art. 47.º da CRP) e no acesso aos cargos públicos (art. 50.º da CRP) e a igualdade no acesso a quaisquer cargos, trabalhos ou categorias profissionais (art. 58.º da CRP).

Comparando a aludida condição de admissão à AM com as de outros estabelecimentos de ensino superior, militar e policial, concluiu-se que também no caso da AFA os candidatos civis têm que ser solteiros. Por sua vez, a EN e o ISCPPI não fazem qualquer tipo de exigência inerente ao estado civil dos seus candidatos.

Entende-se que esta diferença existente nos estabelecimentos de ensino superior militar, no que respeita à condição “ser solteiro”, não deveria existir pois todos estes estabelecimentos têm a finalidade de formar Oficiais dos quadros permanentes das Forças Armadas (Força Aérea, Exército e Marinha) e da GNR, todos eles militares.

Acresce que a AFA, a AM e a EN têm a mesma dependência: o Ministério da Defesa Nacional. Assim, parece que este tratamento distinto dos seus candidatos não tem fundamento.

Aprofundando mais a análise, tornou-se manifesto que apenas os estabelecimentos de ensino superior (nomeadamente a AFA e a AM) impõem esta restrição referente ao estado civil, pois no ingresso num dos ramos das Forças Armadas através do Regime de Contrato, tal condição não é necessária. Também no ingresso na GNR através do CFG (categoria de Guardas) não é exigida a condição “ser solteiro”.

Ora, são estas desigualdades no tratamento de situações idênticas que importa e urge analisar e rectificar. Devido à existência da condição “ser solteiro”, a carreira profissional das pessoas está a ser injustamente afectada. Por esse motivo, é urgente reflectir e tomar decisões com vista à resolução desta problemática. Propõe-se, assim, a eliminação da referida condição de admissão à AM (e também à AFA).

Outra situação identificada no presente Relatório está relacionada com o Regulamento da AM (as NVI). Assim sendo, duas questões foram analisadas: o facto de os alunos da AM serem proibidos de terem atitudes ou outras manifestações que revelem um relacionamento afectivo de qualquer natureza entre si que vão para além da normal convivência, solidariedade e camaradagem, e ainda a necessidade de, no decorrer da frequência dos cursos da AM, os alunos admitidos como candidatos civis se comprometerem a manter o estado civil de solteiro, enquanto Cadetes-Alunos.

Ora, relativamente a esta última questão, é perceptível que a mesma é inconstitucional, por violação do disposto no n.º 1 do art. 36.º da CRP. Não é legítimo impedir que um Cadete-Aluno da AM exerça um direito constitucionalmente protegido (o direito de celebrar casamento). Se o estado civil de uma pessoa não está relacionado com o desempenho da sua função profissional, por quê impedir que os alunos da AM admitidos como candidatos civis se casem? Para além disso, por que razão os alunos da AM admitidos como candidatos militares já podem exercer este direito? Nota-se, portanto, uma violação do princípio da igualdade, consignado no art. 13.º da CRP. Refere-se isto porque o estado civil de uma pessoa (ou a sua alteração, no caso em concreto) jamais poderá ser motivo para existir uma diferença de tratamento entre os alunos da AM.

Evidenciando agora a segunda questão referente às NVI, e apesar de parecer não existir qualquer inconstitucionalidade na disposição que proíbe os alunos da AM de manifestar um relacionamento afectivo para além da normal convivência, solidariedade

e camaradagem, o desígnio do mesmo não é alcançado pois as relações afectivas existem, independentemente de estar regulada a sua proibição. Sucede que, com o intuito de evitar enfrentar as duras consequências do não cumprimento das NVI, os alunos omitem esse relacionamento afectivo. Julga-se que, ao enquadrar as relações existentes no seio da AM num modelo de “relações de associação”, preconizado por DIOGO LEITE DE CAMPOS, tal proibição não tem qualquer sentido de existência. Refere-se isto porque, amando o próximo como nos amamos a nós próprios e existindo valores tão nobres fomentados pela AM como são os da solidariedade, camaradagem, lealdade, confiança, respeito, naturalmente surgem os relacionamentos afectivos entre os alunos.

E tais relacionamentos afectivos não têm que estar directamente relacionados com o rendimento escolar dos alunos, no sentido de o prejudicar, como é sugerido na redacção das NVI. Assim como também não são necessariamente os relacionamentos afectivos que geram “situações perturbadoras da boa harmonia, da coesão e do bom ambiente que deverá existir no Corpo de Alunos”. No sentido de indagar se os relacionamentos afectivos entre alunos e alunas têm relação directa com o prejuízo do seu rendimento escolar, sugere-se que se faça um estudo comparativo que permita analisar os resultados escolares dos alunos que têm um relacionamento afectivo entre si e dos que não têm.

Uma outra questão que não foi abordada no presente Relatório foi a de saber até que ponto a maternidade/paternidade constitui um limite à frequência dos alunos da AM. É certo que as NVI são omissas no que respeita a esta problemática. Por essa razão, seria pertinente abarcar esta questão numa eventual revisão das NVI em vigor na AM.

Em suma, com a feitura deste Relatório detectaram-se situações que importa analisar com bastante rigor. Torna-se, pois, necessário ter em consideração que a sociedade está em constante desenvolvimento e transformação e, por essa razão, as instituições

deverão acompanhar tal desenvolvimento, sob pena de serem consideradas retrógradas.

8. Referências bibliográficas:

Livros:

CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____, *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*. Coimbra: Almedina, 2011.

CARREIRAS, HELENA – *Mulheres nas Forças Armadas Portuguesas*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA & OLIVEIRA, GUILHERME DE – *Curso de Direito da Família, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora; 2001.

MIRANDA, JORGE & MEDEIROS, RUI (Coordenação) – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora; 2005.

PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE – *Textos de Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA – *Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª edição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *Teoria Geral do Direito Civil, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Artigos publicados em periódicos:

RAMOS, ROSA – “Amores Proibidos. *Nem a Disciplina da Academia Militar os Impediu de Namorar*”, in *Jornal i*, 2011.

Endereços electrónicos:

Diário da República Electrónico

www.dre.pt

Possibilita a investigação de diversos diplomas legais.
(Acedido em 15 de Junho de 2011).

Força Aérea Portuguesa

www.emfa.pt

Contém informações referentes à Força Aérea Portuguesa.
(Acedido em 17 de Junho de 2011).

Exército Português

www.exercito.pt

Apresenta informações relativas ao Exército português.
(Acedido em 17 de Junho de 2011).

Marinha Portuguesa:

www.marinha.pt

Dispõe de informações relativas à Marinha portuguesa.
(Acedido em 17 de Junho de 2011).

Guarda Nacional Republicana:

www.gnr.pt

Contém informações referentes à Guarda Nacional Republicana.
(Acedido em 19 de Junho de 2011).

Polícia de Segurança Pública:

www.psp.pt

Apresenta informações relativas à Polícia de Segurança Pública.

(Acedido em 19 de Junho de 2011).

CRIMINALIDADE GLOBAL – DIREITO PENAL GLOBAL¹

MARIA CÂNDIDA ALMEIDA

Directora do DCIAP e Procuradora-geral Adjunta

Resumo: O texto fala-nos da transnacionalidade de acção e de resultado de fenómenos criminais e dos institutos e instituições operativos para a prevenção e repressão de um crime que não tem um espaço identificado e determinado.

Palavras-Chave: sistema penal; sistema processual penal, coordenação, igualdade.

Abstract: *The text focuses on transnationality in terms of action and crime as well as on the institutes and institutions design to prevent and repress a crime which occurred in an undefined space*

KeyWords: *criminal system; criminal procedure; coordination; equality*

...são os maiores exemplos de crimes que geram modelos de códigos penais parecidos em vários países do mundo, mesmo

¹ Este texto corresponde à conferência de abertura do seminário internacional **Para Desafios e Ameaças Globais só um «Direito Penal Global»**, realizado pelo CIDED, actual Ratio Legis, em 3 e 4 de Junho de 2009. Pela sua qualidade e actualidade decidiu-se pela sua publicação.

sem haver a criação de uma instituição mundial como foi o caso do Tribunal Penal Internacional.

Mas, recorde, agora já existe essa instituição mundial para a investigação e julgamento dos crimes mais graves cometidos por pessoas, normalmente ligados à hierarquia máxima dos Países. E curioso é acentuar que a organização e estatuto do Ministério Público nesse Tribunal é muito semelhante ao Português que, estou segura, lhe serviu de modelo.

Anote-se, porém e apesar de tudo, este Tribunal tem uma competência limitada para os crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade.

Não é aceite por todos os Países, nomeadamente pelos Estados Unidos da América, China, Iraque, entre outros e destes exemplos poderá antever-se as dificuldades e até barreiras intransponíveis à criação de um código penal global, quando é certo que os próprios Estados dos Estados Unidos da América mantêm e reclamam o seu próprio sistema penal, com previsão de penas completamente diversas, contemplando alguns deles, como se sabe, a pena mais bárbara, humanamente censurável e medieval, que é a pena de morte.

Mantendo a sua especificidade, conforme o povo a que se aplica o sistema penal e processual penal de cada País europeu, e não só, a aldeia global em que nos vamos transformando tem vindo a harmonizar-se e a permitir uma sadia e sábia colaboração e cooperação que, satisfatoriamente vem cobrindo a necessidade de harmonização de um direito penal “especial” contra o crime organizado, violento e complexo. Temos, entre muitos exemplos, o Conselho da Europa, sempre atento aos valores da vida, na luta pela eliminação da pena de morte, sem descurar a protecção eficaz da vítima.

O GAFI e as suas 40 recomendações têm permitido um controlo mundial do branqueamento de capitais, o grupo GRECO

tem lutado e fiscalizado as actuações e previsões jurídico administrativas e penais contra a corrupção. A União Europeia com as suas decisões-quadro e Acções Comuns tem permitido uma afinação dos sistemas e a criminalização e punição de interesses jurídicos supra individuais e supra nacionais. O OLAF defende e fiscaliza os interesses financeiros da União Europeia. A EUROPOL e a INTERPOL aproximam os Países no conhecimento e combate da criminalidade. A EUROJUST coopera e coordena a repressão da criminalidade mais grave cujas actuações criminosas se verifiquem em, pelo menos, dois países da União Europeia. A Rede Judiciária Europeia aproxima de modo informal os magistrados europeus por forma a agilizar e acelerar o cumprimento das cartas rogatórias. A Iberred pretende e vem-se afirmando na América latina e nos Países Ibéricos, (Portugal e Espanha) como um misto de Eurojust e Rede Judiciária Europeia para as áreas do cibercrime.

A ONU, permanentemente preocupada com a igualdade de todo o cidadão perante a lei, o malefício que o tráfico de estupefacientes constitui para a juventude e democracia dos Países bem como com o terror, o medo e o pavor inculcado no cidadão do mundo pelo terrorismo sem rosto, sem fronteiras, sem ética e limites, procura promover a conciliação das Nações, através de variadas Convenções que prevêm a criminalização e punição desses crimes, a coordenação das polícias e das magistraturas, a unificação dos Povos pela Esperança e pela afirmação do NÃO ao medo, ao pavor ao crime.

Temos, ainda, o mandado de detenção europeu, mandado de extradição, a troca de processos, o cumprimento das penas nos países de origem, as equipas mistas e conjuntas.

Estes instrumentos são quanto a mim suficientes e os mais válidos e legítimos para falarmos de um direito penal global. Concorde com a procura de um maior e melhor número de decisões e opções comuns no âmbito do direito internacional.

Porém, se a pretensão é um direito penal único a nível global para combater o crime organizado, fazer face aos desafios e ameaças, digo não, convictamente. Faz-me lembrar o começo de um imenso *Big Brother*.

Muito haveria ainda que dizer, citando em minha defesa os Mestres que melhor e mais profundamente dissecaram o tema.

Mas, o tempo urge e não o permite, considerando que o meu pouco engenho e arte de sinopse é muito pequeno. Vou, por isso, ficar-me por aqui, mas aberta e atenta às opiniões e reflexões dos outros, vou seguir com muita atenção, o que se vai passar neste Seminário, bebendo e aprendendo, com muito gosto e orgulho o que cada um dos intervenientes vai defender.

VIGILÂNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS Uma nova perspectiva do art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen¹

TITO EURICO MIRANDA FERNANDES
*Mestrando em Direito e Segurança na Faculdade
de Direito da Universidade Nova de Lisboa*

Sumário: Introdução; I – O Acordo de Schengen e a Convenção de Aplicação: 1. Resenha Histórica; 2. Medidas Compensatórias; II – Cooperação Policial Internacional no âmbito de Schengen; 3. As Modalidades de Cooperação Policial; 4. Art. 40.º da CAAS; 4.1. As “Unidades Centrais” competentes em matéria de “Vigilâncias Transfronteiriças”; III – Uma Nova Perspectiva do art. 40.º da CAAS; 5. Da Lei de Organização de Investigação Criminal; 6. Da “Criminalidade Itinerante”; 7. Dos Centros de Cooperação Policial e Aduaneira; 8. Das Perseguições Transfronteiriças; Conclusão.

Palavras-chave: cooperação; investigação criminal; Schengen; criminalidade.

Summary: *Introduction; I – The Schengen Acquis; 1. Historical Perspective; 2. Compensatory measures; II – International*

¹ Trabalho apresentado pelo autor à unidade curricular *Segurança, Estado e Globalização*, do Mestrado em Direito e Segurança da faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, no ano lectivo 2010/2011, o qual foi avaliado pelo Professor DOUTOR JORGE BACELAR GOUVEIA e constitui a base da Dissertação de Mestrado.

Police Cooperation within Schengen; 3. Types of Police Cooperation; 4. Article 40 of CAAS; 4.1. the “Central Units” with competence in “Transnational surveillance”; III – A new perspective on Article 40 of CAAS; 5. On the law on criminal organization and investigation; 6. On “itinerary criminality”; 7. On the Centres for Police and Cross-Border Cooperation; 8. On transborder pursuits; conclusion

Key-words: *Cooperation; criminal investigation; Schengen; criminality*

*Os animais conhecem os seus limites;
Um urso não tentará voar;
Um cavalo doente debater-se-á antes de saltar a grade de cinco barras.
Um cão, por instinto, passa de longe se vê um poço fundo e largo demais,
Mas o homem, cremos nós, é aquela criatura
Que, levada pela loucura, combate a natureza;
Que, ao grito clamoroso – Pára!
Obstinadamente, prossegue;
E que, absurdamente, se empenha em realizar
Aquilo para que o seu génio menos se inclina
(J. Swift cit in PETER, 1972:15)*

Introdução

A sociedade está em constante mutação nas suas estruturas, quer no plano do rendimento, da educação, das garantias sociais, quer no plano dos conceitos morais e das próprias características culturais. Alteração que é fortemente influenciada pela globalização, que se manifesta no crime transnacional, em especial o de cariz itinerante.

A supressão das fronteiras internas e a livre circulação de pessoas “abrem portas”² à diversidade de realidades criminais. A rápida expansão de metodologias delituosas³ que lhe são características, agregada à facilidade de deslocação de grupos criminosos que as compõem, favorece a prática reiterada de ilícitos criminais e ameaça a tranquilidade e segurança das populações.

Face a uma Europa que não pára de crescer e ao desejo de promover a todos os cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça, requer-se a estreita cooperação internacional. Ora, a consciência da transnacionalidade e a itinerância dos crimes, alicerçada numa forte componente de especialização dos *modus operandi* utilizados, implica uma aplicação correcta e moderna de mecanismos compensatórios de segurança, visando minimizar as consequências negativas decorrentes de uma desejável e livre circulação de pessoas no espaço europeu.

Portugal, como país periférico da Europa e fronteira externa do espaço Schengen, tem responsabilidades acrescidas, o que implicará um maior empenho das Forças e Serviços de Segurança no respeito pelos preceitos legais patenteados na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

Nesta senda, pretendemos, num primeiro momento, analisar as disposições contidas no art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen⁴ para, numa segunda fase, sensibilizar o leitor para a necessidade de uma eventual revisão do mecanismo de cooperação policial denominado por *vigilância transfronteiriça*⁵.

² As aspas são nossas.

³ A internet, por exemplo, funciona como um dos grandes motores de transmissão de informação. A existência de redes de contactos a nível mundial, envolvendo milhões de indivíduos e que possibilitam a transmissão de conteúdos da mais diversa natureza, favorece a prática de ilícitos criminais.

⁴ Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen é habitualmente designada pela abreviatura CAAS.

⁵ O itálico é nosso.

No primeiro ponto (I) procuramos realizar uma breve resenha histórica e tecer algumas considerações alusivas ao Acordo de Schengen e à respectiva Convenção de Aplicação. Este capítulo será fundamentado na análise documental, nomeadamente em obras literárias de autores nacionais e estrangeiros com reconhecido mérito, e no estudo da legislação em vigor.

O segundo ponto (II) versa sobre a cooperação policial internacional no âmbito de Schengen. Neste caso, é nossa intenção apresentar as modalidades de cooperação policial, dando maior enfoque às questões associadas às vigilâncias transfronteiriças. À semelhança do Capítulo I, desenvolveremos um raciocínio baseado no estudo da literatura produzida por autores de referência, bem como de manuais e de documentos redigidos no âmbito de cursos ministrados no seio das Instituições Policiais portuguesas.

No que concerne ao terceiro ponto (III), pela especificidade do tema, não existe, até à data, bibliografia suficiente que aborde concretamente a questão. Assim, a argumentação produzida decorrerá da pouquíssima literatura disponível, na legislação portuguesa vigente e, acima de tudo, na experiência profissional adquirida, fruto das funções exercidas na área de Investigação Criminal da Polícia de Segurança Pública. No entanto, urge salientar que quaisquer aspectos enunciados reflectem apenas uma abordagem pessoal, não devendo ser confundidos com a interpretação assumida pela Polícia de Segurança Pública.

No intuito de permitir uma melhor clarificação do discurso, ilustraremos, sempre que possível, os pontos de vista com acontecimentos criminais recentes e que se encontram disponíveis na imprensa nacional escrita.

I

O Acordo de Schengen e a Convenção de Aplicação**1. Resenha Histórica**

A partir dos anos 70, com uma maior internacionalização da criminalidade, os Estados europeus tomaram consciência da necessidade de estabelecerem relações privilegiadas de cooperação em matéria de alfândegas, de polícia e autoridades judiciais, surgindo alguns Acordos⁶ nestas matérias.

A República Federal da Alemanha e a França, conscientes da pertinência de relações de cooperação, tornaram-se pioneiros e, em 13 de Julho de 1984, celebraram o Acordo de Sarrebruck, que previa uma supressão gradual do controle de pessoas na fronteira Franco-Alemã. Na mesma altura, a Holanda negociou com a República Federal da Alemanha medidas que visavam limitar ao máximo os entraves nas fronteiras para as mercadorias. A Bélgica e o Luxemburgo associaram-se rapidamente a esta iniciativa e surgiu então o Grupo Schengen.

Menos de um ano depois de assinado o Acordo de Sarrebruck, em 14 de Junho de 1985, na localidade fronteiriça de Schengen,

⁶ “Um desses acordos foi consequência imediata da paralisação dos condutores de veículos pesados de transporte de mercadorias na primavera de 1984 em certas fronteiras europeias, devido à qual diversos Estados europeus tomaram consciência de tomarem medidas concretas e realistas em matéria de controlo nas fronteiras”. Cfr. EUGÉNIO PEREIRA LUCAS «O Acordo e a Convenção de Schengen foram um “laboratório de ensaio” da União Européia em matéria de livre circulação das pessoas. Todos os estados signatários da Convenção de Schengen são membros da U.E.» [em linha] *Jus Navigandi*, Janeiro de 2006 [consulta em 23 de Junho de 2011]. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7809/o-acordo-e-a-convencao-de-schengen/print>

no Grão Ducado do Luxemburgo, é assinado⁷ o Acordo de Schengen entre cinco países: o Reino da Bélgica, a República Federal Alemã, a República Francesa, o Grão Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos⁸.

Este acordo nasceu da necessidade de abrir as fronteiras dos Estados-membros da actual União Europeia e veio traduzir a

⁷ “Dois acontecimentos vieram colocar em perigo as negociações desta convenção. Primeiro, foi em Setembro de 1986 a realização de alguns atentados terroristas em França, em resultado dos quais a França voltou a exigir obrigação de visto para todos os estados (excepto os estados comunitários e a Suíça); em segundo lugar foram os acontecimentos que tiveram lugar em Dezembro de 1989, com as alterações de regime político da República Democrática Alemã e o conseqüente alargamento do território alemão e em consequência disso do espaço Schengen”. EUGÉNIO PEREIRA LUCAS «O Acordo e a Convenção de Schengen foram um “laboratório de ensaio” da União Europeia em matéria de livre circulação das pessoas. Todos os estados signatários da Convenção de Schengen são membros da U.E..» [em linha] In *Revista Jus Navigandi*, Janeiro de 2006 [consulta em 23 de Junho de 2011]. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7809/o-acordo-e-a-convencao-de-schengen/print>].

⁸ “Após ter aderido à Comunidade Económica Europeia em 1986, Portugal assumiu-se como Estado-membro fundador do espaço de livre circulação europeu. Esse espaço foi concretizado com a assinatura, em 25 de Junho de 1991, do Acordo de Adesão à CAAS e tem vindo a ser aprofundado mediante a aplicação das disposições do chamado “Acervo Schengen” (constituído pelo Acordo Schengen, pela Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, pelos Protocolos de Adesão e pelas Decisões adoptadas pelo Conselho da UE). Portugal tem hoje um papel fulcral no que respeita à evolução e ao alargamento a outros Estados do Espaço Schengen. Coube-nos, no segundo semestre de 2007, o privilégio de conduzir o alargamento desse espaço a nove novos Estados-membros da União Europeia: Letónia, Lituânia, Estónia, República Checa, Polónia, Eslováquia, Hungria, Eslovénia e Malta”. Cfr. RUI PEREIRA in Ministério da Administração Interna, 2010, p. 5.

aplicação de um dos princípios basilares do Tratado de Roma⁹: a livre circulação de pessoas¹⁰ e bens¹¹.

Da supressão dos controlos sistemáticos nas fronteiras internas¹² dos Estados aderentes ao Acordo de Schengen, resultou uma

⁹ A assinatura (25 de Março de 1957) do Tratado Roma (entrou em vigor a partir de 14 de Janeiro de 1958) é o culminar de um processo que surge após a Segunda Guerra Mundial, que deixou a Europa económica e politicamente destruída, e fragilizada às duas superpotências: Estados Unidos e União Soviética.

Reflecte a instituição da *Comunidade Económica Europeia* (CEE) e a *Comunidade Europeia da Energia Atómica* (CEEA, também designada por EURATOM) (Cfr. JOÃO MOTA CAMPOS – *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 55) e assume-se como um marco decisivo no esforço da unificação da Europa Ocidental.

O Tratado de Roma tem sido modificado ao longo dos anos, sendo a alteração mais recente instituída pelo Tratado de Lisboa (conhecido inicialmente como o Tratado Reformador), em 1 de Dezembro de 2009.

¹⁰ Os art. 45.º e 46.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia consagram o direito de livre circulação dos trabalhadores. “*Mas da liberdade de circulação não beneficiam apenas os trabalhadores e os empresários das Comunidades: essa liberdade é em princípio extensível a qualquer pessoa, pois a todas é reconhecido o direito à livre deslocação, através das fronteiras internas da Comunidade, a título de beneficiários da prestação de qualquer serviço (médico, jurídico, de consultadoria técnica, etc.) e, designadamente, na qualidade de turistas*” (JOÃO M. CAMPOS – *Manual de Direito...*, p. 538). A liberdade de circulação é, com efeito, inerente à qualidade de cidadão europeu, conforme decorre preceituado no n.º 1, art. 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “*Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação*”.

¹¹ A noção de livre circulação das mercadorias resulta dos art. 28.º, 34.º e 35.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que determinam a supressão dos obstáculos à livre circulação de bens originários ou não dos países membros.

¹² Cfr. art. 1.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93, consideram-se Fron-

fronteira única que delimita o conjunto dos Estados Schengen e que é formada pelas fronteiras externas¹³ não comuns.

Uma das condições de aplicação do Acordo de Schengen era a de que a supressão das fronteiras internas não compromettesse os níveis de segurança e ordem públicas dos Estados, pelo que era necessário assegurar a protecção do conjunto dos territórios dos países signatários, dado que a livre circulação de pessoas e de mercadorias e a abolição dos controlos, facilitaria a criminalidade transnacional.

Houve, assim, necessidade de criar mecanismos de compensação que assegurassem a protecção do conjunto de territórios, para que cada Estado pudesse dispor do mesmo tipo de informações que disporia se existissem controlos fronteiriços e actuasse isoladamente.

O resultado dos vários estudos, para o incremento de medidas concretas¹⁴ para evitar um défice de segurança, traduziu-se na elaboração da *Convenção de Aplicação do Acordo de Schen-*

teiras Internas “*as fronteiras comuns terrestres das Partes Contratantes, bem como os seus aeroportos, no que diz respeito aos voos internos, e os seus portos marítimos, no que diz respeito às ligações regulares de navios que efectuam operações de transbordo, exclusivamente provenientes ou destinados a outros portos nos territórios das Partes Contratantes, sem escala em portos fora destes territórios*”.

¹³ Cfr. art. 1.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93, consideram-se Fronteiras Externas “*as fronteiras terrestres e marítimas, bem como os aeroportos e portos marítimos das Partes Contratantes, desde que não sejam fronteiras internas*”.

¹⁴ A abolição das fronteiras internas dos Estados signatários e a criação de uma fronteira externa comum, obrigou à “*adopção de regras comuns – ou pelo menos compatíveis – em matéria de vistos, direito de asilo, e controlo de fronteiras externas, a fim de permitir a livre circulação das pessoas segundo procedimentos idênticos*” (RUI PEREIRA, Ministério da Administração Interna, 2010, p. 5).

gen¹⁵. Foi perante esta demanda que, em 19 de Junho de 1990, se procedeu à assinatura da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

2. Medidas Compensatórias

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen constituiu-se como um instrumento nevrálgico para a realização das medidas a longo prazo previstas no Acordo de Schengen. Como afirmou Lenaerts, Secretário-Geral Adjunto do Secretariado da União Económica do Benelux, *“as fronteiras não podem desaparecer sem que todas as garantias de uma melhor cooperação e coordenação existam entre os serviços nacionais competentes em matéria de polícia e de segurança, de política de vistos, de justiça, de política de estrangeiros e de asilo e, não nos esqueçamos, dos serviços fiscais e alfandegários e outras instâncias relacionadas com a circulação de mercadorias”* (LENAERTS, 1990:6).

É assim criado um documento que pretende a “eliminação”¹⁶ das fronteiras físicas, mas apenas das fronteiras internas e não das fronteiras externas. As fronteiras internas deixam de constituir verdadeiras barreiras e a sua transposição pode ser efectuada em qualquer local sem que o controlo das pessoas seja efectuado¹⁷.

¹⁵ O itálico é nosso.

¹⁶ As aspas são nossas.

¹⁷ Cfr. art. 2.º, n.º 2 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93, *“por razões de ordem pública ou de segurança nacional, uma Parte Contratante pode, após consulta das outras Partes Contratantes, decidir que, durante um período limitado, serão efectuados nas fronteiras internas controlos fronteiriços nacionais adaptados à situação. Se razões de ordem pública ou de segurança nacional exigirem uma acção imediata, a Parte Contratante em causa tomará as medidas necessárias e informará desse facto, o mais rapidamente possível, as outras Partes Contratantes”*.

Não obstante, as fronteiras externas só podem em princípio ser ultrapassadas nos locais de passagem fronteiriços e durante as horas de abertura fixadas¹⁸.

A abolição juridicamente vinculativa dos controlos de pessoas nas fronteiras comuns dos Estados-membros cria um espaço de livre circulação de pessoas, mas não exclui de todo as questões securitárias. A CAAS inclui as chamadas “medidas compensatórias”¹⁹, para salvaguarda contra quaisquer eventuais lacunas de segurança resultantes da supressão dos controlos de fronteira.

Por isso, o Acordo de Schengen determina que as Partes Contratantes:

- *“Transfiram para as fronteiras externas os controlos abolidos nas fronteiras internas;*
- *Se esforcem por harmonizar, sendo necessário, as disposições legislativas e regulamentares relativas às proibições e às restrições que fundamentam os controlos;*
- *Adoptem medidas complementares para a salvaguarda da segurança e para impedir a imigração ilegal de cidadãos de Estados não membros das Comunidades Europeias”.*
(MAI, 2001:6)

¹⁸ Cfr. art. 3.º, n.º 1, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93, *“As fronteiras externas só podem em princípio ser transpostas nos pontos de passagem fronteiriços e durante as horas de abertura fixadas. Serão adoptadas pelo Comité Executivo disposições mais pormenorizadas, bem como as excepções e as modalidades do pequeno tráfego fronteiriço, e ainda as regras aplicáveis a categorias específicas de tráfego marítimo, tais como a navegação de recreio ou a pesca costeira”.*

¹⁹ As aspas são nossas. A adopção das medidas compensatória é obrigatória e não admite reservas.

Seguindo o raciocínio de JOÃO DAVIN, as principais medidas adoptadas pelos Estados que pertencem ao espaço Schengen são:

- *“A abolição dos controlos nas fronteiras comuns e a transferência desses controlos para as fronteiras externas;*
- *A definição comum das condições de passagem das fronteiras externas;*
- *A separação nos aeroportos e nos portos entre os viajantes no interior do espaço Schengen e os provenientes de territórios fora desse espaço;*
- *A harmonização das condições de entrada e dos vistos para as estadas de curta duração;*
- *A instituição de uma coordenação entre administrações para fiscalizar as fronteiras (funcionários de ligação, harmonização das instruções e da formação do pessoal);*
- *A definição do papel dos transportadores na luta contra a imigração clandestina;*
- *A obrigação de declaração por parte dos cidadãos de países terceiros que circulam de um país para outro;*
- *A definição de regras relativas à responsabilidade de análise dos pedidos de asilo (Convenção de Dublin);*
- *A instauração de um direito de vigilância e de perseguição de um país para outro;*
- *O reforço da cooperação judicial através de um sistema de extradição mais rápido e uma melhor transmissão da execução das sentenças penais;*

- *A criação do Sistema de Informação Schengen*”^{20 21}. (DAVIN, 2004:77-78)

Nesta senda, e numa perspectiva de conciliação entre liberdade e segurança, procurou-se melhorar a coordenação e a cooperação entre os serviços de polícia e as autoridades judiciais para

²⁰ Cfr. art. 92.º a 118.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93. O Sistema de Informação Schengen assenta “*no reconhecimento de que a livre circulação no interior do espaço Schengen exige como contrapartida não apenas o reforço das fronteiras externas comuns, mas também o intercâmbio rápido e eficiente de informações policiais e judiciais*” (RUI PEREIRA, Ministério da Administração Interna, 2010, p. 5).

²¹ Trata-se de uma base de dados policiais comum a todos os Estados Schengen, tida como a mais eficaz ferramenta de cooperação entre todas as Polícias da Europa. Permite às autoridades nacionais responsáveis pelos controlos fronteiriços (está também à disposição de todos os agentes no terreno, seja nas esquadras e nos postos, nos controlos fixos e móveis de estrada, nos controlos alfandegários, na emissão de vistos pelos consulados, entre outros) e às autoridades judiciais obter informações sobre pessoas ou objectos, aquando dos controlos nas fronteiras e das verificações e outros controlos de polícia e aduaneiros efectuados no interior do país.

O SIS tem por objectivo, de acordo com o disposto na CAAS, preservar a ordem e a segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, bem como a aplicação das disposições da Convenção sobre a circulação das pessoas nos territórios dos Estados-membros com base nas informações transmitidas por este sistema.

Os Estados-Membros alimentam o SIS “*graças a redes nacionais (N-SIS) ligadas a um sistema central (C-SIS). Este sistema informático é completado por uma rede designada SIRENE, suplemento de informação solicitado à entrada nacional, que constitui a interface humana do SIS*”. Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_pt.htm [em linha] [consulta em 23 de Junho de 2011].

preservar a segurança interna dos Estados-membros e, em especial, lutar contra a “criminalidade organizada”²² e o “terrorismo”²³.

II

Cooperação Policial Internacional no âmbito de Schengen

O espaço Schengen baseia-se, na prática, na confiança mútua que existe na capacidade de cada Estado-membro cumprir as suas obrigações decorrentes do Acordo e da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen, com vista à manutenção da segurança do espaço europeu. Num espaço de livre circulação de pessoas, sem controlo de fronteiras internas, a segurança do todo depende obviamente de cada uma das partes. Aliás, “*o isolamento é o caminho da morte lenta ou da sobrevivência desesperada*” (VALENTE, 2009: 497) e nada favorece os objectivos comuns.

A Convenção de Aplicação do Acordo Schengen constitui-se como um dos principais instrumentos jurídicos que regula a cooperação policial. Esta, por sua vez, é como que uma pedra angular de entre as “medidas compensatórias”²⁴ que almejam o respeito

²² As aspas são nossas. Por Criminalidade Organizada entendemos aquela que “*tem na sua base a organização, a qual tem por objectivo fundamental o fornecimento de bens e serviços, lícitos e ilícitos, para os quais existe mercado*” (LUÍS FERNANDES, *POLITEIA – I*, 2004:25) ou, numa outra perspectiva, os “*ilícitos praticados por um grupo de dimensão considerável, dedicado a uma actividade criminal contínua, durante longo período de tempo*” (INÁCIO, 2007:8).

²³ As aspas são nossas. De forma muito sumária, podemos definir terrorismo como “*a utilização, real ou potencial, da violência sobre determinadas entidades com o objectivo de explorar os efeitos psicológicos da mesma, enquanto geradora de influência e poder na promoção da mudança política, ou de políticas, num contexto nacional ou transnacional*” (LUÍS FERNANDES, *POLITEIA – I*, 2004:25).

²⁴ As aspas são nossas.

pela livre circulação de pessoas e a livre prestação de serviços que, pela sua natureza e incidência, devido à inexistência de controlo de fronteiras, são permeáveis à criação e ramificação de organizações criminosas (na grande maioria dos casos, dotadas de tecnologia avançada e com recursos humanos conhecedores das legislações vigentes e das formas de actuação das Polícias²⁵), impossibilitando ou diminuindo as possibilidades de acesso a informações às entidades oficiais de cada Estado sobre a sua actividade.

O Capítulo I do Título III (art. 39.º a 47.º) sob a epígrafe *Cooperação Policial*²⁶ consagra, como o próprio nome indica, as normas relativas à cooperação policial, sendo certo que o art. 39.^{º27} constitui a sua base na Convenção de Schengen:

²⁵ De entre uma plêiade de casos que poderemos citar, lembramos por exemplo dois artigos da imprensa escrita online que retratam a projecção e organização de estruturas criminosas a actuar em território português, mas com impacto transnacional: AUGUSTO FREITAS SOUSA. EUROPOL. Portugal é um dos centros da criminalidade organizada na Europa. *ionline*, 5 de Maio de 2011. Disponível em: <http://www.ionline.pt/conteudo/121145--europol-portugal-e-um-dos-centros-da-criminalidade-organizada-na-europa> [em linha] [consulta em 01 de Junho de 2011]; SILVA, Nuno. Assaltantes detidos em Espanha com ligações a Portugal. *Jornal de Notícias*, 6 de Julho de 2009. Disponível em: http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=1296914 [em linha] [consulta em 30 de Maio de 2011].

²⁶ O itálico é nosso.

²⁷ “*As disposições dos n.ºs 1, 2 e 3, na medida em que estejam relacionadas com o intercâmbio de dados e informações para efeitos da realização de investigações criminais ou de operações de informações criminais, tal como definido na Decisão Quadro n.º 2006/960/JAI, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-membros da União Europeia, serão substituídas pelas disposições desta Decisão Quadro, em vigor desde 30 de Dezembro de 2006, a qual foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 74/2009, de 19 de Agosto (Aprova o regime aplicável ao intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre as autoridades dos Estados membros da União Europeia)*”. Disponível em: <http://sites.google.com/site/leximigratoria/legisp%C3%A9dia-sef/decreto->

1. *As partes contratantes comprometem-se a que os seus serviços de polícia, em cumprimento da legislação nacional e nos limites da sua competência, se prestem assistência para efeitos da prevenção e da investigação de factos puníveis, salvo se a legislação nacional reservar o pedido às autoridades judiciárias e se esse pedido ou a sua execução determinarem a aplicação de medidas coercivas pela parte contratante requerida. Quando as autoridades de polícia a quem o pedido foi apresentado não forem competentes para a sua execução, dirigi-lo-ão às autoridades competentes.*
2. *As informações escritas que forem prestadas pela parte contratante requerida, por força do disposto no n.º 1, só podem ser utilizadas pela parte contratante requerente para efeitos de obtenção de prova dos factos incriminados com o consentimento das autoridades judiciárias competentes da parte contratante requerida.*
3. *Os pedidos de assistência a que se refere o n.º 1, bem como as respostas a esses pedidos podem ser trocados entre os órgãos centrais encarregados, por cada parte contratante, da cooperação policial internacional. Sempre que o pedido não puder ser apresentado em tempo útil pela via acima referida, pode ser dirigido pelas autoridades de polícia da parte contratante requerente directamente às autoridades competentes da parte requerida, podendo estas dar-lhe resposta directa. Nestes casos, a autoridade de polícia requerente avisará, o mais rapidamente possível, do seu pedido directo o órgão*

[-reg-84-2007/portaria-n-o-1563-2007/portaria-n-o-760-2009/portaria-n-o-727-2007/c-a-acordo-schengen](#) [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011].

central encarregado pela parte contratante requerida da cooperação policial internacional.

4. *Nas regiões fronteiriças, a cooperação pode ser regulada por convénios entre os ministros competentes das partes contratantes.*
5. *O disposto no presente artigo não prejudica os acordos bilaterais mais amplos presentes e futuros entre as partes contratantes que tenham uma fronteira comum. As partes contratantes informar-se-ão mutuamente destes acordos²⁸.*

A par do art. 39.º da CAAS concorrem ainda os Acordos Bilaterais. No caso português, os “Centros de Cooperação Policial e Aduaneira”²⁹, vulgarmente designados por CCPA³⁰, são a resposta para tornar mais efectiva a liberdade de circulação prevista no Acordo e na respectiva Convenção de Aplicação do Acordo Schengen e “*têm por finalidade favorecer o adequado desenvolvimento da cooperação transfronteiriça em matéria policial e aduaneira,*

²⁸ Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns – Resolução da Assembleia da República n.º 35/93. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/schb-9.html> [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011].

²⁹ As aspas são nossas.

³⁰ Cfr. art. 1.º, n.º 2, do Decreto 13/2007, de 13 de Julho, a República Portuguesa e o Reino de Espanha acordaram instalar Centros de Cooperação Policial e Aduaneira, com o intuito de reforçar e ampliar os mecanismos de cooperação das entidades incumbidas de missões policiais e aduaneiras.

bem como prevenir e reprimir os crimes enumerados na alínea a), do n.º 4, do Artigo 41º da CAAS”³¹.

Nos termos do Acordo e Convenção de Aplicação do Acordo Schengen, e conforme decorre do Preâmbulo da Portaria n.º 1354/2008, de 27 de Novembro, “*as entidades que integram os CCPA devem, sempre que lhes for solicitado ou o julguem relevante, transmitir, no âmbito das funções por si exercidas, as informações e os dados necessários à prossecução dos fins pactuados. Por sua vez, compete às entidades nacionais assegurar que qualquer informação relevante em matéria de cooperação transfronteiriça seja directa e imediatamente encaminhada aos elementos afectos junto dos CCPA, devendo ser difundida pelas entidades congéneres da outra parte sempre que tal se repute conveniente*”.

3. As Modalidades de Cooperação Policial

A cooperação policial, enquanto uma das mais importantes “medidas compensatórias”³², manifesta-se através de diferentes modalidades. A saber:

- A assistência mútua para fins de prevenção e detecção de infracções penais³³;
- O reforço da cooperação policial nas regiões fronteiriças, mediante acordos e convénios bilaterais³⁴;

³¹ Cfr. art. 3.º, n.º 2, do Decreto 13/2007, de 13 de Julho; e art. 1.º da Portaria n.º 1354/2008, de 27 de Novembro.

³² As aspas são nossas.

³³ Cfr. art. 39.º, n.ºs 1 e 3, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

³⁴ Cfr. art. 39.º, n.º 4, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

- A comunicação de informações em casos específicos para fins de prevenção de futuros crimes e infracções, ou ameaças, contra a ordem e segurança públicas³⁵;
- O intercâmbio de informações para fins de controlo e vigilância efectivos nas fronteiras externas;
- O destacamento de agentes de ligação³⁶;
- A perseguição além fronteiras, comunmente denominado por “perseguição transfronteiriça”³⁷;
- A criação e manutenção de um sistema comum de informação, o Sistema de Informação Schengen³⁸;
- A “vigilância transfronteiriça”³⁹.

Apesar de não relevar especialmente para o objecto em estudo, não deixa de ser pertinente afirmar que existem ainda outros instrumentos jurídicos (Acordos Bilaterais e Multilaterais) que estimulam a cooperação alargada entre as autoridades policiais de certos Estados-membros. Podemos citar como exemplo a “Decisão de Prüm”⁴⁰, no intuito de aprofundar, entre outros, a cooperação transfronteiriça no domínio da luta contra o terrorismo

³⁵ Cfr. art. 46.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

³⁶ Cfr. art. 47.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

³⁷ As aspas são nossas. Cfr. art. 41.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

³⁸ Cfr. art. 92.º e seguintes, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

³⁹ As aspas são nossas. Cfr. art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

⁴⁰ As aspas são nossas. Cfr. Decisão 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexU->

e a criminalidade transfronteiriça. Além das disposições sobre o intercâmbio de informações, essa Decisão estipula:

- Patrulhas conjuntas e outras operações conjuntas para a manutenção da ordem e seguranças públicas e a prevenção de infracções penais;
- A assistência em caso de manifestões de massa, calamidades e acidentes graves, a qual pode incluir o destacamento de agentes, especialistas e assessores e o fornecimento de equipamento, a pedido.

A cooperação policial deve, por razões práticas e de coordenação, efectuar-se através de um órgão central nacional, que cada um dos Estados-membros designe para o efeito. Em Portugal, o Gabinete Nacional Sirene⁴¹ é competente apenas para três das modalidades supracitadas:

- As dos art. 39.º e 46.º da CAAS, por força do disposto no Decreto-Lei 292/94, de 16 de Novembro.
- A do art. 41.º da CAAS, por força da delegação de competências do Ministro da Administração Interna, através do seu despacho n.º 70/2001, de 9 de Dezembro.
- As dos art. 92.º a 101.º da CAAS, respeitando os pressupostos do art. 3.º do Decreto-Lei 292/94, de 16 de Novembro.

riServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0073:0075:PT:PDF [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011].

⁴¹ Criado pelo Decreto-Lei 292/94, de 16 de Novembro, é o organismo “único responsável pela ligação com os restantes Estados membros do Acordo de Schengen e da Convenção de Aplicação respectiva “no âmbito do estabelecimento de relações conexas ao Sistema de Informação Schengen.

Excluídas das responsabilidades do Gabinete Nacional Sirene estão as “vigilâncias transfronteiriças”⁴². Estas fazem parte da alçada da Polícia Judiciária, como adiante teremos oportunidade de constatar.

4. Art. 40.º da CAAS

As “vigilâncias transfronteiriças” são “operações em que a vigilância efectuada num Estado (A – “Estado requerente”) é continuada no território de outro Estado (B – “Estado requerido”)”⁴³.

Desde logo, o disposto no art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93, constitui uma das bases jurídicas das operações de “vigilância transfronteiriça”, permitindo aos agentes dos Estados-membros continuar uma vigilância iniciada no seu território para além das suas fronteiras, carecendo no entanto de autorização do país, ou países, envolvidos⁴⁴.

1. Os agentes de um dos Estados-Membros que, no âmbito de uma investigação criminal relativa a uma infracção penal passível de extradição, mantenham sob vigilância no seu país uma pessoa por se suspeitar do seu envolvimento numa infracção penal passível de extradição ou, como elemento indispensável numa investigação criminal, por haver fortes razões para se presumir que ela pode levar à identificação ou localização de uma outra

⁴² As aspas são nossas.

⁴³ Definição instituída no MANUAL de operações transfronteiriças. *Documento 10505/4/09 (REV 4)*. Bruxelas: Conselho da União Europeia, 14 Dezembro 2009, p. 13.

⁴⁴ Uma vigilância transfronteiriça pode atravessar o território de vários Estados.

pessoa suspeita de envolvimento numa infracção penal, passível de extradição, são autorizados a prosseguir essa vigilância no território de outro Estado-Membro, quando este tenha autorizado a vigilância transfronteiriça com base num pedido prévio de entreaajuda acompanhado dos motivos que o justificam. Esta autorização pode ser sujeita a condições.

Mediante pedido, a vigilância será confiada aos agentes da parte contratante no território da qual esta é efectuada.

O pedido de entreaajuda judiciária a que se refere o n.º 1 deve ser dirigido à autoridade designada por cada uma das partes contratantes competente para conceder ou transmitir a autorização solicitada.

2. *Quando, por razões especialmente urgentes, a autorização prévia da outra parte contratante não puder ser solicitada, os agentes de vigilância serão autorizados a prosseguir para além da fronteira a vigilância de uma pessoa que se presume ter praticado os factos puníveis enumerados no n.º 7, nas seguintes condições:*

- a) *A passagem da fronteira será imediatamente comunicada durante a vigilância à autoridade da parte contratante referida no n.º 5 em cujo território a vigilância prossegue;*

- b) *Será imediatamente transmitido um pedido de entreaajuda judiciária, apresentado nos termos do n.º 1, expondo os motivos que justificam a passagem da fronteira sem autorização prévia.*

Será posto fim à vigilância a partir do momento em que a parte contratante, em cujo território se realiza, o solicitar, na sequência da comunicação referida na alínea

a) ou do pedido referido na alínea b) ou, caso a autorização não seja obtida, cinco horas após a passagem da fronteira.

Da apreciação do plasmado nos n.ºs 1⁴⁵ e 2, resulta, desde logo, a distinção entre dois tipos de vigilância: a *vigilância comum*⁴⁶ e a *vigilância urgente*⁴⁷.

Por *vigilâncias comuns* entendemos aquelas que são realizadas depois de obtidas as autorizações⁴⁸ do país ou países envolvidos. A sua anuência depende:

- Da existência de um Inquérito judiciário;

⁴⁵ Alterado pela Decisão 2003/725/JAI, do Conselho, de 2 de Outubro de 2003. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0725:PT:HTML> [em linha] [consulta em 26 de Junho de 2011].

⁴⁶ O itálico é nosso. Também pode ser designada por *vigilância normal* ou *habitual*. Vide documento denominado UE Inventário Schengen – Cooperação Policial: recomendações e melhores práticas, Volume 4. *Consilium.europa*. Conselho da União Europeia: Secretariado-Geral, Junho 2003, p. 17. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/item_2710_153151.pdf [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011]. Ou ainda chamada por *vigilância planeada*, como se encontra expresso no MANUAL de operações transfronteiriças. *Documento 10505/4/09 (REV 4)*. Bruxelas: Conselho da União Europeia, 14 Dezembro 2009, p. 13.

⁴⁷ O itálico é nosso. São ainda conhecidas por *vigilâncias de emergência*: UE Inventário Schengen – Cooperação Policial: recomendações e melhores práticas, Volume 4. *Consilium.europa*. Conselho da União Europeia: Secretariado-Geral, Junho 2003, p. 18. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/item_2710_153151.pdf [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011].

⁴⁸ Os pedidos são transmitidos 24 horas por dia, 7 dias por semana. De igual forma, a análise dos pedidos é efectuada 24 horas por dia, 7 dias por semana.

- Da presunção de que a pessoa a vigiar participou num crime que admita a extradição⁴⁹;
- Se os funcionários executantes da vigilância são competentes⁵⁰ para tal missão;
- Se o Estado requerido autorizou a vigilância, impondo ou não determinadas condições⁵¹.

*A contrario sensu*⁵², as vigilâncias urgentes são aquelas que, por razões operacionais, ou outras, tornam impossível a obtenção de autorização prévia. Não obstante, a passagem de fronteiras é de imediato comunicada⁵³ à autoridade central do país receptor e o pedido formal é remetido tão rapidamente quanto possível, mas sempre de modo poder informar-se as autoridades centrais do país requerido antes de terem decorrido cinco horas após a passagem da fronteira pela equipa ou equipas de vigilância.

⁴⁹ Nos termos do art. 2.º, n.º 2 da Convenção Europeia de Extradição, de 13 de Dezembro de 1957, “*serão determinantes da extradição os factos punidos pelas leis da Parte requerente e da Parte requerida com uma pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos, um ano, ou com uma pena mais severa*”.

⁵⁰ A competência implica ainda, se bem que de forma abstracta, que os funcionários tenham formação adequada que lhes permita estar equipados para serem auto-suficientes e conscientes das responsabilidades que lhes cabem ao abrigo do art. 40.º.

⁵¹ As condições que podem ser impostas dizem respeito por exemplo a limitações: geográficas, de veículos, de porte de arma, de uso de equipamento fotográfico e áudio, entre outros.

⁵² Expressão latina que significa de forma inversa ou contrariamente.

⁵³ O pedido pode ser feito por telefone, devendo comportar informações tão completas quanto possível, indicando o local onde se encontra a equipa de vigilância; a viatura ou as viaturas de vigilância utilizadas na deslocação; o número de funcionários envolvidos; o crime em que se baseia a vigilância e os elementos conhecidos da pessoa ou pessoas vigiadas.

Como decorre do n.º 7⁵⁴ do art. 40.º da CAAS, as vigilâncias urgentes pressupõem a pré-existência de Inquérito judiciário por um dos seguintes factos ilícitos:

- *Homicídio, doloso simples;*
- *Homicídio, doloso qualificado;*
- *Crimes graves de natureza sexual;*
- *Incêndio;*
- *Contrafacção e falsificação de meios de pagamento;*
- *Furto, roubo e receptação;*
- *Extorsão;*
- *Rapto e sequestro;*
- *Tráfico de pessoas;*
- *Tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;*
- *Infracções às disposições legais em matéria de armas e de explosivos;*
- *Destruição com emprego de explosivos;*
- *Transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais;*
- *Abuso grave de confiança;*
- *Contrabando de imigrantes;*

⁵⁴ Alterado pela Decisão 2003/725/JAI, do Conselho, de 2 de Outubro de 2003. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0725:PT:HTML> [em linha] [consulta em 26 de Junho de 2011]..

- *Branqueamento de capitais;*
- *Tráfico ilícito de substâncias nucleares e radioactivas;*
- *Participação numa organização criminosa, nos termos previstos na Acção Comum 98/733/JAI do Conselho, de 21 de Dezembro de 1998, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia;*
- *Actos de terrorismo, nos termos previstos na Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo.*

A concretização das vigilâncias obriga ainda ao cumprimento dos preceitos legais averbados no n.º 3, do art. 40.º da CAAS:

3. *A vigilância a que se referem os n.ºs 1 e 2 só pode ser efectuada nas seguintes condições:*
 - a) *Os agentes de vigilância devem cumprir as disposições do presente artigo e o direito da parte contratante em cujo território actuam; devem obedecer às ordens das autoridades localmente competentes;*
 - a) *Ressalvadas as situações previstas no n.º 2, os agentes devem ser portadores, durante a vigilância, de um documento que certifique que a autorização foi concedida;*
 - b) *Os agentes de vigilância devem poder justificar a qualquer momento o carácter oficial da sua missão;*
 - c) *Os agentes de vigilância podem estar munidos da sua arma de serviço durante a vigilância, salvo decisão*

expressa em contrário da parte requerida; é proibida a sua utilização salvo em caso de legítima defesa;

- d) É proibida a entrada nos domicílios e nos locais não acessíveis ao público;*
- e) Os agentes de vigilância não podem interpelar, nem prender a pessoa vigiada;*

O *terminus* de uma operação de vigilância subentende a imediata comunicação à autoridade do país receptor, que pode requerer a participação dos funcionários na assistência de futuras diligências de investigação e nos processos judiciais:

- f) Qualquer operação será objecto de relatório às autoridades da parte contratante em cujo território se realizou; pode ser exigida a comparência pessoal dos agentes de vigilância;*
- g) As autoridades da parte contratante de que os agentes de vigilância são originários colaborarão a pedido das autoridades da parte contratante em cujo território se realizou a vigilância, no inquérito consecutivo à operação em que participaram, inclusivamente em processos judiciais.*

Orientados sob égide da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, os Estados-membros podem celebrar Acordos Bilaterais ou Multilaterais⁵⁵ com os Estados vizinhos em matéria de vigilâncias transfronteiriças.

⁵⁵ Cfr. art. 40.º, n.º 6, do CAAS: “*As partes contratantes podem, a nível bilateral, alargar o âmbito de aplicação do presente artigo e adoptar disposições suplementares para a sua execução*”. Esses acordos especificam normalmente as condições exactas em que decorrem as vigilâncias

O Estado português não se constituiu como uma excepção e procurou que ficasse salvaguardado no Acordo com o Reino de Espanha, sobre Cooperação Transfronteiriça em matéria Policial e Aduaneira⁵⁶, a modalidade de vigilâncias transfronteiriças:

1. *“Os CCPA prosseguem as seguintes actividades:*

d) O apoio a vigilâncias e perseguições a que se referem os Artigos 40º e 41º da CAAS, realizadas em conformidade com as disposições da referida Convenção e dos seus instrumentos de aplicação”⁵⁷.

2. *“Os CCPA informarão de forma sistemática a autoridade central competente em matéria de aplicação dos Artigos 39º, 40º, 41º e 46º da CAAS”⁵⁸.*

As actividades dos Centros de Cooperação Policial e Aduaneira são de enorme importância para a cooperação transfronteiriça. Estes visam aprofundar os mecanismos de cooperação bilateral com Espanha, em especial no contexto da investigação criminal, assumindo pois um papel de relevo em matéria de vigilâncias transfronteiriças.

transfronteiriças entre os Estados e, em muitos casos, prevêm um âmbito mais lato de vigilância transfronteiriça.

⁵⁶ Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho. Aprova o Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha sobre Cooperação Transfronteiriça em matéria Policial e Aduaneira, assinado em Évora a 19 de Novembro de 1995.

⁵⁷ Cfr. art. 5.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho; e art. 5.º, n.º 1, alínea *d*), da Portaria n.º 1354/2008, de 27 de Novembro.

⁵⁸ Cfr. art. 8.º, n.º 2, do Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho.

4.1 As “Unidades Centrais” competentes em matéria de “Vigilâncias Transfronteiriças”

Ao abrigo dos n.ºs 4 e 5, do art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, as “Unidades Centrais”⁵⁹ nacionais são compostas por membros da Polícia Judiciária e por Agentes Aduaneiros. Concretizando:

4. *“Os agentes a que se referem os n.ºs 1 e 2 são no que diz respeito à República Portuguesa: os membros da Polícia Judiciária, bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no artigo 40.º, n.º 6, da Convenção de 1990, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os agentes aduaneiros na sua qualidade de agentes auxiliares do Ministério Público”.*
5. *“A autoridade a que se referem os n.ºs 1 e 2 é no que diz respeito à República Portuguesa: a Direcção-Geral da Polícia Judiciária”.*

O disposto nos n.ºs anteriores é reforçado pelo elencado no art. 2.º do Acordo de Adesão da República Portuguesa à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns:

1. *Os agentes referidos no artigo 40.º, n.º 4, da Convenção de 1990 são, no que diz respeito à República Portuguesa:*

⁵⁹ As aspas são nossas.

os membros da Polícia Judiciária, bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no artigo 40.º, n.º 6, da Convenção de 1990, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os agentes aduaneiras na sua qualidade de agentes auxiliares do Ministério Público.

2. *A autoridade referida no artigo 40.º, n.º 5, da Convenção de 1990 é, no que diz respeito à República Portuguesa: a Direcção-Geral da Polícia Judiciária.*

Depreende-se, portanto, que o actual quadro jurídico nacional define apenas como entidades policiais competentes os elementos adstritos à Polícia Judiciária e à Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo⁶⁰.

Não obstante a existência no nosso ordenamento legal outros órgãos de polícia criminal⁶¹ com competências de investigação criminal enquadráveis nos ilícitos criminais elencados no n.º 7, do art. 40.º da CAAS, a verdade é que são juridicamente incompetentes para realizar quaisquer operações de vigilâncias transfronteiriças.

O ónus das vigilâncias transfronteiriças está assim blindado a quaisquer membros de entidades policiais exteriores à Polícia Judiciária e da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos

⁶⁰ Cfr. MANUAL de operações transfronteiriças – Fichas por país. *Documento 10505/4/09 (REV 4 ADD 1 REV 1)*. Bruxelas: Conselho da União Europeia, 17 de Fevereiro de 2011, p. 321.

⁶¹ Podemos citar a título de exemplo a Polícia de Segurança Pública, a Guarda Nacional Republicana e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Especiais sobre o Consumo, o que nos parece de todo desajustado do actual “Sistema de Investigação Criminal”⁶².

Procuraremos no capítulo seguinte, demonstrar as razões que nos levam a pensar sobre a necessidade de ser revisto o mecanismo de cooperação policial denominado por “vigilâncias transfronteiriças”, previsto no art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

III

Uma Nova Perspectiva do art. 40.º da CAAS

As “vigilâncias transfronteiriças”⁶³ são uma das mais importantes modalidades de cooperação policial consagradas no articulado da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen que, como é evidente, são efectuadas sob condições estritamente definidas.

De entre os aspectos que caracterizam o funcionamento de operações de “vigilância transfronteiriça” destacam-se os pressupostos inerentes aos n.ºs 4 e 5, do art. 40.º do CAAS, sublinhado pelo art. 2.º do Acordo de Adesão da República Portuguesa à CAAS. Estes normalitivos delimitam, como tivemos oportunidade de constatar no capítulo anterior, o exercício de “vigilâncias transfronteiriças” apenas aos membros da Polícia Judiciária e aos agentes da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo.

Enquanto que os diversos mecanismos de cooperação policial contemplados na CAAS harmonizaram-se com o desenvol-

⁶² O itálico é nosso. De forma muito simplista, pretendemos agregar a esta expressão as entidades policiais que concorrem em matéria Investigação Criminal, bem como o conjunto de normativos legais que têm contribuído para a definição de competências e procedimentos.

⁶³ As aspas são nossas.

vimento do “Sistema de Investigação Criminal”, a modalidade de “vigilância transfronteiriça” petreficou no tempo, mantendo inalteráveis os princípios vigentes do art. 40.º, n.ºs 4 e 5, da CAAS. Este cenário pode gerar sérios constrangimentos, práticos e operacionais, entre as estruturas de investigação dos órgãos de polícia criminal de competência genérica⁶⁴ ou específica⁶⁵, que assumem um papel cada vez mais fulcral no quadro actual da cooperação policial.

Urge repensar os n.ºs 4 e 5, do art. 40.º do CAAS, esmiuçando os prós e contras no que diz respeito à manutenção, ou não, da Polícia Judiciária e da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, como *domini*⁶⁶ na realização de operações de “vigilância transfronteiriça”.

A resposta às interrogações colocadas carece de fundamentação. Para facilitar a cabal percepção do problema podemos precisar quatro temáticas que consideramos deveras relevantes:

- A Lei de Organização de Investigação Criminal
- A “Criminalidade Itinerante”⁶⁷.
- Os Centros de Cooperação Policial e Aduaneira
- As Perseguições Transfronteiriças

⁶⁴ Cfr. art. 3.º, n.º 1, alíneas *b)* e *c)*, da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal, são órgãos de investigação criminal de competência genérica a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública, respectivamente.

⁶⁵ O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras é um SS com competência específica no controlo de fronteiras, entrada e permanência de cidadãos estrangeiros em território nacional. Cfr. Lei Orgânica regulada pelo Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 290-A/2001, de 17 de Novembro.

⁶⁶ Expressão latina que significa senhores ou patrões. O singular é *dominus*.

⁶⁷ As aspas são nossas.

5. Da Lei de Organização de Investigação Criminal

Aquando da adesão de Portugal ao Acordo e à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, os órgãos de polícia criminal de competência genérica não dispunham de quaisquer competências de investigação criminal.

As primeiras competências legais resultam da luta contra o tráfico de droga⁶⁸, com a criação de brigadas anticrime e de unidades mistas de coordenação integrando a Polícia Judiciária, a Guarda Nacional Republicana, a Polícia de Segurança Pública, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e a Direcção-Geral das Alfândegas. Assim, a partir de 1995, a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana ficam aptos a poder investigar ilícitos criminais vocacionados para a venda directa ao consumidor.

As competências de investigação geradas pela chamada “Lei da Droga”⁶⁹ são reforçadas em 2001 (e posteriormente em 2008), com a criação da Lei de Organização de Investigação Criminal⁷⁰. Os órgãos de polícia criminal de competência genérica passam a investigar um vasto leque de diferentes delitos⁷¹.

A reserva de competências “parcial”⁷² atribuída à Polícia Judiciária vem formalizar o alargamento do âmbito de competências dos órgãos de polícia criminal de competência genérica, em especial ao nível do tráfico de estupefacientes. Por outro lado, a

⁶⁸ Cfr. Decreto-Lei n.º 81/95, de 22 de Abril – Definição do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

⁶⁹ As aspas são nossas.

⁷⁰ A Lei 21/2000, de 10 de Agosto, primeira Lei da Organização de Investigação Criminal, foi posteriormente revogada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.

⁷¹ Cfr. art. 6.º e 7.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal.

⁷² As aspas são nossas.

previsão de Oficiais de Ligação junto da Unidade Nacional Euro-pol e do Gabinete Nacional Interpol⁷³ reconhecem que também as investigações conduzidas por órgãos de polícia criminal de competência genérica não são dissociáveis dos fenómenos criminais de cariz internacional.

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, sendo anterior aos normativos legais supracitados, não acompanhou a evolução jurídica e mantém ainda plasmados os pressupostos do art. 2.º do Acordo de Adesão de Portugal à CAAS. Embora os órgãos de polícia criminal de competência genérica sejam competentes para investigar alguns crimes constantes no catálogo⁷⁴, a verdade é que são ao mesmo tempo “incompetentes”⁷⁵ para proceder a “vigilâncias transfronteiriças”. O mesmo sucede com o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no caso dos crimes de tráfico de seres humanos, por exemplo.

Não está em causa a concentração da informação numa entidade policial, nem tão pouco a existência de uma “Unidade Central” competente em matéria de “vigilâncias transfronteiriças”, mas tão só a impossibilidade jurídico-legal de outros órgãos de polícia criminal poderem realizar acções de vigilância transfronteiriça em sede de inquérito, delegados por autoridade judiciária, em particular se considerarmos situações inopinadas. Vejamos o seguinte exemplo fictício, que pode relevar para uma correcta percepção da fundamentação exposta:

⁷³ Cfr. art. 12.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal.

⁷⁴ Cfr. art. 7.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93. De entre os crimes elencados, destacamos: furto, roubo, receptação, extorsão, tráfico de estupefacientes e infracções às disposições legais em matéria de armas e explosivos.

⁷⁵ As aspas são nossas.

“A Divisão de Investigação Criminal do Comando Metropolitano do Porto (Policia de Segurança Pública) tem a cargo uma investigação de furtos de estabelecimentos comerciais (ourive-sarias e relojarias), pelo método de arrombamento. No decurso do inquérito são autorizadas intercepções telefónicas pelo Juiz de Instrução Criminal, que permitem perceber a dinâmica dos suspeitos e servem de ponte para a angariação de prova material. Numa das conversações monitorada pelos investigadores, percebe-se que o alvo principal do processo combina um encontro na cidade de Huelva (Espanha), com um indivíduo não conhecido, no intuito de proceder ao armazenamento do material furtado numa “casa de recuo”.

A demonstração apresentada reflecte uma verdadeira possibilidade real de investigação, na qual pode perder-se informação e prova preciosa na abordagem aos ilícitos investigados e a outro tipo de criminalidade associada aos furtos de estabelecimentos, como é o caso da receptação de objectos furtados. A “requisição”⁷⁶ de elementos da Polícia Judiciária não é de todo uma solução, nem mesmo de recurso, para suprir a incapacidade jurídica dos agentes da Polícia de Segurança Pública.

As barreiras jurídicas, que assolam a desejável competência dos órgãos de polícia criminal de competência genérica (Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana) ou específica (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, por exemplo), talvez careçam de ser repensadas à luz do actual panorama da organização da investigação criminal nacional.

⁷⁶ As aspas são nossas.

6. Da “Criminalidade Itinerante”

À medida que se intensificam os efeitos da globalização sobre a vida quotidiana das sociedades, mais evidentes se tornam os efeitos de um tipo de criminalidade à partida menos violenta, mas ainda assim tão visível e reiterada nas suas práticas, que não se limita geograficamente a um dado país ou região. Este tipo de criminalidade é nada mais nada menos que a “Criminalidade Itinerante”.

Factor potenciador de graves problemas na economia de um Estado e que pode reflectir dilemas de segurança incontornáveis no conhecimento, monitorização e combate às “novas ameaças”⁷⁷, a “Criminalidade Itinerante” é uma realidade que afecta quase todos os Estados-membros e que, por conseguinte, reveste-se do maior interesse tanto a nível nacional como a nível internacional.

Os Estados-membros da União Europeia reconhecem a sua importância e a necessidade de serem tomadas medidas contra os ilícitos resultantes de grupos itinerantes. Ainda no final do ano transacto foram congregadas algumas conclusões em Bruxelas, no Conselho Justiça e Assuntos Internos (JAI)^{78 79}.

Neste contexto, podemos caracterizar a “Criminalidade Itinerante” como um tipo de criminalidade que:

⁷⁷ As aspas são nossas.

⁷⁸ Cfr. CONCLUSÕES do Conselho JAI. Council conclusions on the fight against crimes committed by mobile (itinerant) criminal groups. *3051st JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting*. Council of the European Union: Brussels, 2-3 December 2010. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/118169.pdf [em linha] [consulta em 29 de Maio de 2011].

⁷⁹ Disponível em: <http://www.dgai.mai.gov.pt/?area=203&mid=000&sid=1&sid=000&cid=CNT4cf992f9f2f36> [em linha] [consulta em 29 de Maio de 2011].

- Se representa por uma actividade grupal com estrutura/hierarquia relativamente bem definida;
- Se constitui pela prática reiterada e sistemática de crimes, em especial contra o Património;
- Se reflecte numa área de actuação de grande dimensão (flexibilidade);
- Tem impacto a nível internacional;
- Em muitos casos, apresenta uma ligação a tráfico de seres humanos.

De uma forma mais técnica, definimos “Criminalidade Itinerante” pelo tipo de criminalidade que é a realizada por *grupos criminosos móveis (itinerantes)*⁸⁰, que são entendidos por “*uma associação de criminosos que enriquecem mediante a prática sistemática do roubo de bens ou da fraude (por exemplo, furto, roubo/furto em residências e, fora destas, furto organizado cometido em estabelecimentos comerciais, furto cometido por carteiristas de forma organizada, furto de cargas, furto de metais, furto de máquinas pesadas e em estaleiros e fraude nas caixas multibanco (“skimming”)), operam numa vasta área geográfica e estão activos a nível internacional. É ponto assente que tanto os adultos como os menores podem ser explorados para a prática desses crimes*”⁸¹.

Pela forma como se caracteriza e pelo tipo de ilícitos criminais que lhes estão associados, a “Criminalidade Itinerante” constitui uma preocupação diária e representa uma “fatia” consi-

⁸⁰ O itálico é nosso.

⁸¹ Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2010/nov/eu-council-itinerant-criminal-groups-15875-10.pdf> [em linha] [consulta em 29 de Maio de 2011].

derável no universo de investigações desencadeadas pelos órgãos de polícia criminal de competência genérica⁸².

As Polícias, em especial a Polícia de Segurança Pública, conhecem as dificuldades agregadas a investigações que versem sobre “Criminalidade Itinerante”. De entre uma panóplia de exemplos, podemos enunciar a “Operação Anzol”⁸³, que incidiu sobre a investigação de um grupo itinerante (alguns dos quais menores de idade), com origem maioritariamente na Europa de Leste (Croácia, Sérvia, Roménia e Macedónia). Os elementos deste grupo deslocavam-se habitualmente sem documentos de identificação ou com documentação falsa e, de forma organizada e hierarquizada, desencadeavam um conjunto de furtos em residências em todo o território nacional (com maior incidência no norte do País) e na vizinha Espanha, recorrendo à abertura das portas através de plásticos semi-rígidos, com vista à apropriação de objectos em ouro, dinheiro e bijutarias diversas.

São cenários criminais semelhantes ao da “Operação Anzol” que “contradizem”⁸⁴ o estipulado nos n.ºs 4 e 5, do art. 40.º da CAAS. Os ilícitos investigados (furtos de residência) estão perfeitamente contemplados no catálogo de crimes do n.º 7, do art. 40.º da CAAS e não ferem as competências reservadas da Polícia Judiciária⁸⁵.

Neste sentido, e tendo apenas como base o fundamento “Criminalidade Itinerante”, ao consultarmos o catálogo de crimes nos

⁸² Cfr. art. 3.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal.

⁸³ Disponível em: http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=1296914 [em linha] [consulta em 30 de Maio de 2011].

⁸⁴ As aspas são nossas.

⁸⁵ Cfr. art. 6.º e 7.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal.

quais a “vigilância transfronteiriça” é admissível⁸⁶, constatamos que, em abstracto, a competência para a investigação pode recair na Polícia de Segurança Pública ou na Guarda Nacional Republica, nomeadamente quando relacionada com crimes de Furto, Roubo e Receptação.

As restrições legais atinentes aos n.ºs 4 e 5, do art. 40.º da CAAS, não favorecem de modo algum a capacidade investigatória dos órgãos de polícia criminal de competência genérica, podendo até causar eventuais dificuldades na produção de prova.

7. Dos Centros de Cooperação Policial e Aduaneira

A abordagem à questão dos Centros de Cooperação Policial e Aduaneira tem subjacente o estipulado no Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha, sobre cooperação transfronteiriça em matéria policial e aduaneira, assinado em Évora a 19 de Novembro de 2005, publicado pelo Decreto n.º 13/2007 de 13 de Julho, pela Portaria n.º 1354/08 de 27 de Novembro e pelas directrizes europeias para este tipo de estruturas definidas nos documentos 13815/08 do Conselho e 10454/09, conhecido como anexo 4.º daquele documento.

Sendo o objectivo primordial a ampliação dos mecanismos de cooperação entre as entidades⁸⁷ que estão incumbidas de missões policiais e aduaneiras, tal desiderato concretiza-se através da

⁸⁶ Cfr. art. 7.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, regulada pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

⁸⁷ De acordo com o estipulado no art. 2.º, n.º 1, do Decreto n.º 13/2007, as autoridades competentes para integrar os CCPA, além da Polícia Judiciária e da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, são: Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, e qualquer outra autoridade que venha a ser designada pelo Ministro da Administração Interna.

recolha e intercâmbio de informações, da assistência a operações em curso na zona fronteiriça, da análise específica da criminalidade transfronteiriça, da execução das competências de índole mais operacional expressas nos instrumentos legais nacionais e luso-espanhóis e, ainda, pelo exercício das “tarefas”⁸⁸ indicadas na CAAS, nos seus art. 39.º a 46.º.

Como tivemos oportunidade de referir no Capítulo II, as actividades dos CCPA revestem-se de capital interesse para a cooperação bilateral, procurando maximizar, entre outros, as modalidades de cooperação policial no contexto da investigação criminal, como sejam as “vigilâncias transfronteiriças”.

1. *“Os CCPA prosseguem as seguintes actividades:*

d) O apoio a vigilâncias e perseguições a que se referem os Artigos 40º e 41º da CAAS, realizadas em conformidade com as disposições da referida Convenção e dos seus instrumentos de aplicação”⁸⁹.

2. *“Os CCPA informarão de forma sistemática a autoridade central competente em matéria de aplicação dos Artigos 39º, 40º, 41º e 46º da CAAS”⁹⁰.*

A preponderância assumida pelos CCPA no contexto do Acordo e CAAS, congregada com a representação formal de diversos órgãos de polícia criminal, que não apenas a Polícia Judiciária e Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, fazem valer a necessidade de articular os preceitos instituídos em matéria de “vigilâncias transfronteiriças” a todas as

⁸⁸ As aspas são nossas.

⁸⁹ Cfr. art. 5.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho; e art. 5.º, n.º 1, alínea *d*), da Portaria n.º 1354/2008, de 27 de Novembro.

⁹⁰ Cfr. art. 8.º, n.º 2 do Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho.

autoridades competentes⁹¹, nomeadamente: Polícia de Segurança Pública, Guarda Nacional Republicana e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

8. Das Perseguições Transfronteiriças

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen estabeleceu mecanismos de cooperação que as Partes Contratantes se comprometeram a observar, tendo em conta a entreajuda entre as entidades policiais, nomeadamente ao nível das “perseguições fronteiriças”⁹². Apesar das regras celebradas, foi deixada em aberto a possibilidade das Partes Contratantes, a nível bilateral, alargarem o âmbito de aplicação das disposições enunciadas no n.º 1, do art. 41.º da CAAS. Ora, foi nesta perspectiva que Portugal e Espanha assinaram o “Acordo Luso/Espanhol”⁹³ em matéria de “perseguições transfronteiriças”.

Se, num primeiro momento, as “perseguições transfronteiriças” podiam apenas ser realizadas por membros da Polícia Judiciária e agentes da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo:

7. Os agentes a que se referem os números anteriores são:

⁹¹ Cfr. art. 2.º, n.º 1 do Decreto n.º 13/2007.

⁹² As aspas são nossas. Não obstante dos Acordos Bilaterais e Multilaterais existentes, as “perseguições transfronteiriças” estão reguladas pelo art. 41.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns – Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

⁹³ Cfr. Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho – Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha sobre Cooperação Transfronteiriça em matéria Policial e Aduaneira.

(...) No que diz respeito à República Portuguesa: os membros da Polícia Judiciária, bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no artigo 41.º, n.º 10, da Convenção de 1990, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os agentes aduaneiros na sua qualidade de agentes auxiliares do Ministério Público.⁹⁴

Num segundo momento, e com a publicação do Decreto n.º 48/99, de 9 de Novembro, a competência para a prossecução de “perseguições transfronteiriças” foi repartida por outros órgãos de polícia criminal, em particular: Polícia de Segurança Pública, Guarda Nacional Republicana e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras:

Para os efeitos do presente Acordo, as Partes consideram autoridades e agentes competentes os seguintes:

a) Da Parte portuguesa:

a.i) Para efectuar as operações de perseguição transfronteiriça e, em colaboração com os agentes policiais, perseguidores da outra Parte, para determinar a identidade das pessoas perseguidas ou proceder à sua detenção, os membros da Polícia Judiciária, da Guarda Nacional Republicana, da Polícia de Segurança Pública e do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, bem como, no que respeita às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito

⁹⁴ Cfr. art. 41.º, n.º 7 do Decreto n.º 13/2007, de 13 de Julho – Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha sobre Cooperação Transfronteiriça em matéria Policial e Aduaneira.

*de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os funcionários da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (...)*⁹⁵

O alargamento de competências da modalidade “perseguições transfronteiriças” à Polícia de Segurança Pública, Guarda Nacional Republicana e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, constitui uma parte visível de evolução nacional em matéria da cooperação internacional.

As alterações introduzidas pelo Decreto n.º 48/99, de 9 de Novembro, são de tal forma pertinentes, que podem também servir de “motor de arranque”⁹⁶ e verdadeiro argumento à defesa da necessidade de revisão do articulado no Acordo de Adesão da República Portuguesa à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns.

Conclusão

A União Europeia continua hoje a desenvolver-se no sentido do estabelecimento e da consolidação de um *Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça*⁹⁷, alicerçado na liberdade de circulação, na

⁹⁵ Cfr. art. 4.º, alínea *ai*) do Decreto n.º 48/1999, de 9 de Novembro – Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha em matéria de Perseguição Transfronteiriça.

⁹⁶ As aspas são nossas.

⁹⁷ O itálico é nosso. Disponível em: <http://www.eu2007.pt/ue/vpt/politicas/jai/espaco.htm> [em linha] [consulta em 27 de Junho de 2011].

garantia de segurança dos cidadãos e na prevenção e no combate à criminalidade transnacional⁹⁸ e ao terrorismo.

O Estado português, enquanto membro integrante da União Europeia, não se pode alhear das questões internacionais, devendo pautar-se pelo respeito dos Acordos celebrados. Como país periférico da Europa e fronteira externa do espaço Schengen, tem responsabilidades acrescidas, que devem ser traduzidas e exteriorizadas, de forma criteriosa, pelas suas Forças e Serviços de Segurança nacionais.

O trabalho desenvolvido pelas Forças e Serviços de Segurança é tanto mais eficaz e abonatório do bom nome de Portugal, quanto mais precisas e coerentes forem as competências que lhes estão atribuídas, quer no âmbito nacional quer ao nível da cooperação internacional. É através da actividade diária e do empenhamento das Forças e dos Serviços de Segurança nacionais que se consolida a ideia de Liberdade, Segurança e Justiça num espaço sem fronteiras entre Estados livres, prósperos, democráticos e solidários.

O art. 40.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, subordinado à modalidade de cooperação policial denominada “vigilância transfronteiriça”, não reflecte, na nossa humilde opinião, as atribuições legais conferidas às Forças de Segurança (Policia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana) e ao Serviço de Segurança com competência específica no controlo de fronteiras, entrada e permanência de cidadãos estrangeiros em território nacional (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras).

A evolução nacional do sistema de investigação criminal, decorrente da criação da Lei de Organização da Investigação Criminal numa perspectiva de prevenção e de reacção a fenómenos criminais (alguns itinerantes), cimentada pelo alargamento de

⁹⁸ Seja organizada, de massa ou itinerante.

outros mecanismos de cooperação policial⁹⁹ a diferentes órgãos de polícia criminal, de competência genérica e específica, leva-nos a pensar que os pressupostos do n.º 4 e 5, do art. 40.º da CAAS, encontram-se desajustados.

Nesta senda, e em jeito de conclusão, somos da opinião que a continuidade do estabelecido no Acordo de Adesão da República Portuguesa à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos do Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns, carece de revisão e adaptação à realidade portuguesa, em especial no contexto da investigação criminal para as questões de “vigilâncias transfronteiriças”.

Bibliografia

- ALBARELLO, LUC; DIGNEFFE, FRANÇOISE; MAROY, CHRISTIAN; RUQUOY, DANIELLE; SAINT-GEORGES, PIERRE. *Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais*. Lisboa: Gradiva Publicações Lda, 1997.
- CABRAL, JOSÉ SANTOS. *Uma incursão pela Polícia*. Coimbra, Almedina, 2007.
- CAMPOS, JOÃO MOTA. *Manual de Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- DAVIN, JOÃO. *A Criminalidade Organizada Transnacional: A Cooperação Judiciária e Policial na EU*. Coimbra: Almedina, 2004.

⁹⁹ Pretendemos relembrar a modalidade de “perseguições transfronteiriças”.

- FERNANDES, LUÍS MIGUEL FIÀES, “Terrorismo: dependência e simbiose com a criminalidade organizada transnacional”, in *POLITEIA* – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Coimbra: Almedina, 2004, Ano I, n.º 1.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR; PEREIRA, RUI. *Estudos de Direito e Segurança: As informações em Portugal (Resenha Histórica)*. Coimbra: Almedina, 2007.
- INÁCIO, ANDRÉ. *Estudos de Direito e Segurança: O Crime Organizado e o seu papel no incremento do Terrorismo Salafista*. Coimbra, Almedina, 2007.
- LENAERTS, LIEVEN. *La genèse de Schengen*. Benelux, Março 1990.
- LOURENÇO, NELSON; PIÇARRA, NUNO; TEIXEIRA, Nuno Severiano. *Estudo para a reforma do modelo de organização do Sistema de Segurança Interna (Sumário Executivo) – Relatório Preliminar*. Lisboa: Instituto Português de Relações Internacionais, Universidade Nova de Lisboa, 2006.
- PETER, LAURENCE. *O Receituário de Peter – Como Produzir, Confiar e Ser Competente*. Lisboa: Editora Caravela Lda, 1987.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES. *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa – Interferências e Ingerências Mútuas: A investigação do crime organizado*. Coimbra: Almedina, 2009.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES. *Teoria Geral do Direito Policial*. 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2009.

Documentos Oficiais

MANUAL de operações transfronteiriças. *Documento 10505/4/09 (REV 4)*. Bruxelas: Conselho da União Europeia, 14 Dezembro 2009, pp. 6-20.

MANUAL de operações transfronteiriças – Fichas por país. *Documento 10505/4/09 (REV 4 ADD 1 REV 1)*. Bruxelas: Conselho da União Europeia, 17 de Fevereiro de 2011, pp. 321-328.

MINISTÉRIO da Administração Interna. *Schengen – Legislação: Sistema de Informação Schengen e Cooperação Policial*. Direcção Geral de Administração Interna, 2010.

MINISTÉRIO da Administração Interna. *Schengen – Sistema de Informação Schengen e Cooperação Policial: 1. Legislação Útil*. Direcção Geral de Administração Interna, 2001.

MINISTÉRIO da Administração Interna. *Schengen – Sistema de Informação Schengen e Cooperação Policial: 1. Manual Prático*. Direcção Geral de Administração Interna, 2001, pp. 5-7, 35-46.

Legislação

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (2005) – Lei Constitucional 1/2005, de 12 de Agosto (sétima revisão constitucional), n.º 155, I – A, 1ª Série do Diário da República.

ACORDO de Adesão da República Portuguesa à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos do Estados da União Económica Benelux,

da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns.

AVISO n.º 48, Diário da República, 1.ª série – N.º 86 – 5 de Maio de 2008.

CONVENÇÃO de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos do Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns – Resolução da Assembleia da República n.º 35/93.

CONVENÇÃO Europeia de Extradução, de 13 de Dezembro de 1957.

DECRETO n.º 13/2007, de 13 de Julho – Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha sobre Cooperação Transfronteiriça em matéria Policial e Aduaneira.

DECRETO n.º 48/1999, de 9 de Novembro – Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha em matéria de Perseguição Transfronteiriça.

DECRETO-LEI n.º 81/95, de 22 de Abril – Definição do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

DECRETO-LEI n.º 292/1994, de 16 de Novembro – Cria o Gabinete Nacional Sirene.

DECRETO-LEI n.º 252/2000, de 16 de Outubro – Lei Orgânica do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

DECRETO-LEI n.º 290-A/2001, de 17 de Novembro – altera a Lei Orgânica do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

PORTARIA n.º 1354/2008, de 27 de Novembro – Regulamento aplicável à organização e funcionamento dos Centros de Co-Operação Policial e Aduaneira entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha.

Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal.

Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto – Lei de Segurança Interna.

Declaração de Rectificação n.º 66-A/2008, de 28 de Outubro – Lei de Segurança Interna.

TRATADO do Funcionamento da União Europeia (Versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia C83, 30 de Março de 2010, pp. 47-201

Sítios da Internet

CONSELHO Justiça e Assuntos Internos da UE, Bruxelas, 2 e 3 de Dezembro de 2010. *Sítio da Direcção Geral da Administração Interna*. [em linha] [consulta em 29 de Maio de 2011] Disponível em: <http://www.dgai.mai.gov.pt/?area=203&mid=000&sid=1&sid=000&cid=CNT4cf992f9f2f36>.

CONCLUSÕES do Conselho JAI. Council conclusions on the fight against crimes committed by mobile (itinerant) criminal groups. *3051st JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting*. Council of the European Union: Brussels, 2-3 December 2010. [em linha] [consulta em 29 de Maio de 2011] Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/118169.pdf.

DECISÃO 2003/725/JAI, do Conselho, de 2 de Outubro de 2003. *EUR-Lex.europa.eu*. [em linha] [consulta em 26 de Junho de

2011] Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0725:PT:HTML>.

DECISÃO 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008. *EUR-Lex.europa.eu*. [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011] Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0073:0075:PT:PDF>.

DOCUMENTO n.º 15875/10. Draft Council Conclusions on the fight against crimes committed by mobile (itinerant) criminal groups. *Statewatch Website*. Bruxelas: [em linha] Conselho da União Europeia, de 5 de Novembro de 2010. [consulta em 29 de Maio de 2011] Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2010/nov/eu-council-itinerant-criminal-groups-15875-10.pdf>.

ESPAÇO de Liberdade, Segurança e Justiça. *Sítio da Presidência da União Europeia*. [em linha] [consulta em 27 de Junho de 2011] Disponível em: <http://www.eu2007.pt/ue/vpt/politicas/jai/espaco.htm>.

INVENTÁRIO actualizado de Recomendações e Melhores Práticas para a aplicação do Acervo de Schengen: Cooperação Policial. Doc 15785/3/10 (REV 3). [em linha] *Sítio Consilium.europa*. Conselho da União Europeia: 15 de Março de 2011. [consulta em 25 de Junho de 2011] Disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st15/st15785-re03.en10.pdf>.

MANUAL on cross-border operations. Doc 10505/4/09 (REV 2). Council of the European Union, 3 September 2009. [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011] Disponível em: <http://translate.google.pt/translate?hl=pt-PT&langpair=en%7Cpt&u=http://ebookbrowse.com/eu-manual-on-cross-border-operations-pdf-d23295523>.

SILVA, NUNO. Assaltantes detidos em Espanha com ligações a Portugal. *Jornal de Notícias*, 6 de Julho de 2009. [em linha] [consulta em 30 de Maio de 2011] Disponível em: http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=1296914.

SOUSA, AUGUSTO FREITAS. EUROPOL. Portugal é um dos centros da criminalidade organizada na Europa. *ionline*, 5 de Maio de 2011. [em linha] [consulta em 01 de Junho de 2011] Disponível em: <http://www.ionline.pt/conteudo/121145-europol-portugal-e-um-dos-centros-da-criminalidade-organizada-na-europa>.

UE Inventário Schengen – Cooperação Policial: recomendações e melhores práticas, Volume 4. *Consilium.europa*. Conselho da União Europeia: Secretariado-Geral, Junho 2003, pp. 17-20. [em linha] [consulta em 25 de Junho de 2011] Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/item_2710_153151.pdf.

Lista de Abreviaturas

CAAS – Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

CCPA – Centros de Cooperação Policial e Aduaneira

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGAIEC – Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo

FS – Forças de Segurança

FSS – Forças e Serviços de Segurança

GNR – Guarda Nacional Republicana

LOIC – Lei de Organização da Investigação Criminal

LSI – Lei de Segurança Interna

MP – Ministério Público

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PJ – Polícia Judiciária

PSP – Polícia de Segurança Pública

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

SIS – Sistema de Informação Schengen

SS – Serviços de Segurança

SSI – Sistema de Segurança Interna

SOBRE A GREVE E SOBRE O DIREITO DE GREVE¹

RUY MANUEL CORREIA DE SEABRA
Docente da Universidade Autónoma de Lisboa

Instituto paradigmático da (ainda) imperfeição do Direito do Trabalho, segundo autores consagrados como RIVERO e SAVATIER, que sobreleva o não global âmbito de aplicação desse Direito a todas as formas de trabalho subordinado e a eficácia sancionatória “normal” nele contida, tida por ineficiente e que “obriga” a aceitação, *ainda*, de certas formas de coacção que deviam estar postergadas por implicarem o recurso à força por parte dos próprios sujeitos da relação jurídica, isto é, uma espécie de justiça privada só possível pela fragilidade dos meios disponíveis de negociação e conciliação de interesses, consequentemente autora, de desarmonia e violência social.

Formulas típicas – a greve e o *lock-out* – de expressão violenta das relações colectivas de conflito, ela, a greve, pode dizer-se, tomou os seus galões com a ordenação do Direito do Trabalho, ajudou-o a aperfeiçoar-se, a desenvolver-se, a emancipar-se e, hoje, indiscutível nas sociedades pluralistas, enfeita-se com adornos arcaizantes, conforme supra, e teoriza-se por tentativas, pouco contornadas, concretizantes de uma realidade que, por plurifa-

¹ Trabalho apresentado em concurso para Assessor pelo Técnico superior principal da Direcção Geral do Trabalho. Lisboa, 30 de Julho de 1984. A actualidade dos institutos jurídicos abordados ao longo deste estudo e a sua relevância em termos de contextualização histórica e doutrinal são factores de decisão da sua publicação

cetada, se escapa, amiúde, dos princípios, dos interesses e das necessidades, ainda que para gáudio académico dos doutrinadores e dos jurisprudentes.

1 – Fenómeno velho ainda que tornado pujante e relevante com o capitalismo liberal, verdadeiro catalisador da greve com as suas injustiças para além das radicais alterações sócio-económicas advenientes da Revolução Industrial, a greve, porém, como fenómeno velho, dizíamos, é originária, já, da Antiguidade, nomeadamente do Egipto faraónico, passando pela Grécia e por Roma e pelo corporativismo medieval. Quase se podendo dizer que onde esteve o trabalho esteve a greve.

Só que, até finais da Revolução Francesa a greve constituiu um delito e, como tal, punida com sanções penais.

A partir da segunda metade do século XIX, mormente a partir da revisão do Código Penal Francês, os delitos de coligação e greve apenas são punidos se acompanhados de violências, ameaças ou manobras fraudulentas, atentatórias da liberdade do trabalho.

É a despenalização da greve. É a fase da greve-liberdade. Livre, mas ainda não oponível ao destinatário directo – a entidade patronal – pelo que originava uma violação do contrato de trabalho e, assim, era fundamento de resolução do contrato pelo empresário com base em incumprimento do acordado.

Por fim, e eis a terceira fase, o conceito de greve foi evoluindo no sentido de ser considerado um direito – com ou sem consagração constitucional – direito esse cujo exercício não implica a cessação do vínculo contratual, antes fazendo incorrer os trabalhadores aderentes na figura da suspensão do contrato.

Foi o que aconteceu sobretudo a partir da 2ª Grande Guerra nos países ocidentais, já que nos países de regime socialista, dada a apropriação colectiva dos meios de produção e a ditadura do proletariado, a greve é tida como injustificada por isso não aceite ainda que ocorra, como é do conhecimento geral.

Eis as três fases por que passou o instituto da greve e que Calamendrei classificou, autorizadamente, de greve-delito, greve-liberdade, greve-direito.

Contrastante com esta posição jurídica não deixa de ser a Declaração Universal dos Direitos do Homem e as próprias Convenções da O.I.T. que se não referem expressamente à greve. Estranha-se, mas compreende-se dada a heterogeneidade dos Estados-membros das organizações de que resultam.

Em Portugal, também a evolução foi mais ou menos parelha. Com efeito, durante o período liberal e até à implantação da República, a greve foi prevista e punida, com prisão e multa. Após a proclamação da República passa a greve a ser reconhecida e regulada, aliás, como o *lock-out*.

Com a Revolução de 1926 através do Decreto n.º 13 138, de 15 de Fevereiro de 1927, voltou a greve a ser proibida, proibição esta continuada e confirmada pela Constituição de 1933 e pelo Estatuto do Trabalho Nacional que considerou “acto punível a suspensão ou perturbação das actividades económicas”, quer pelas empresas quer pelos trabalhadores.

A Revolução de Abril de 74 reconheceu de novo a greve como um direito dos trabalhadores, regulamentando o DL n.º 392/74, de 28 de Agosto o seu exercício. Reconhecimento confirmado, posteriormente, pela Constituição de 76.

2 – Evoluindo a consagração da greve ao arrepio da normalidade do direito, isto é, mais se fortalecendo a sua ajuridicidade intrínseca a medida que os esquemas de protecção social se vão aprimorando e o Direito se vai apetrechando com novos instrumentos de enquadramento da vida – dita civilizada – em sociedade; ela, a greve, continua a ir buscar o seu significado e a sua razão de ser, no fundo, à inferioridade do trabalhador face ao patrão, ainda que como manifestação colectiva que é, melhor se tenha de dizer,

de trabalhadores em conjunto e concertados, por si ou através dos sindicatos seus representantes contra a entidade patronal.

Inferioridade que, hoje ainda, aceita pelos juslaboralistas e ínsita nos ordenamentos juslaborais, começa a tanger a fronteira do complexo de inferioridade mais do que da inferioridade. Com efeito, assim é, á medida que as associações se sindicais se vão tornando mais fortes e ultrapassam as funções de defesa dos interesses socio-profissionais dos trabalhadores para influenciarem, participando, nas diversas áreas da gestão política: elaboração de planos, de orçamentos, de políticas de rendimentos e preços, etc.

De qualquer modo, ainda é ponto assente e será que a dependência económica do trabalhador e o acervo de direitos do empregador, máxime, os poderes de direcção e disciplinares justificam o paternalismo, entenda-se protecção da parte mais fraca, do Direito do Trabalho.

Ora, a greve é, precisamente, o instrumento de reequilíbrio, a “arma de reequilíbrio” como lhe chamou um consagrado autor que cria “um pânico precoce e salutar”. Só que é um reequilíbrio à força ou pela força e não um reequilíbrio pela Justiça. E daí que, como fenómeno de força que é de sua própria natureza, a sua regulamentação jurídica tenha pouca eficácia prática ou, pura e simplesmente, nem se proceda a sua regulamentação, remetendo-se para a doutrina e jurisprudência essa tarefa.

3 – E cabe, desde logo, à doutrina fixar o conceito jurídico de greve, assim entre nós como em outros países.

Entre nós, tanto a Constituição como a Lei consagram o Direito de Greve, aliás de modo pretensamente ilimitado, sem que definam a greve ornando-a com a noção jurídica que ela exige.

Será, porém, mais fácil, à míngua de um só “conceito clássico” de greve, alinhar os elementos essenciais do conceito do que dar-lhe expressão sinóptica.

Assim, para MONTEIRO FERNANDES:

- abstenção colectiva de prestação de trabalho;
- restrição aos trabalhadores subordinados;
- pretensão comum ou colectiva.

Ou, para BERNARDO XAVIER:

- abstenção de prestação de trabalho;
- (levada a cabo) por um grupo de trabalhadores;
- como instrumento de pressão para realizar objectivos comuns.

Ao cabo e ao resto, greve é: a interrupção ou suspensão colectiva e concertada do trabalho, por trabalhadores subordinados, dirigida, “prima facie”, contra o(s) empresário(s), tendo em vista forçar a realização de objectivos comuns ou colectivos.

Logo, a greve em sentido restrito, jurídico ou clássico é própria dos trabalhadores subordinados e legitima a não prestação do dever essencial do trabalhador – o de trabalhar ou de estar disponível para o trabalho. Aqui, ele declara-se aberta e frontalmente indisponível para trabalhar e, *intencionalmente*; mais, para coagir directamente o empresário a ir de encontro à “pretensão comum ou colectiva” de que ele participa. Indisponibilidade para o trabalho, porém temporária, não definitiva.

Traduz-se também, num fenómeno colectivo e não em várias atitudes isoladas ainda que consonantes; Fenómeno colectivo e concertado, isto é, combinado previamente – até para não redundar em fracasso... – o que não significa que todos os disponíveis para a greve a exercitem. Cremos mesmo que o “fenómeno colectivo” diz respeito à decisão e declaração da greve e não à sua execução. Por alguma razão se diz que a greve “é um direito individual que só pode ser exercido colectivamente”, porém, insistimos, julgamos que por homenagem ao princípio constitucional do direito ao trabalho, à própria razão de ser do pré-aviso e ao respeito pela consciência do trabalhador que, no processo de conflito pode pers-

pectivar e ou acolher certos desenlaces de modo diferente “*in actu*” do que “*in itinere*”, aliás, como acontece no plano colectivo aos sindicatos ou assembleias de trabalhadores que podem emendar a mão a caminho.

Outra questão é da solidariedade, mas essa é, efectivamente, outra questão cuja quebra pode ou não – as opiniões dividem-se – dar origem a sanção interna como, esse vínculo a existir, pode resolver-se com a utilização do princípio da liberdade de demissão da associação sindical que integra o conceito amplo de Liberdade Sindical e que mereceu acolhimento na Constituição e na Lei.

Postula, a greve, o “forçar a realização de objectivos comuns ou colectivos. Quer dizer: ultrapassa o plano, digamos, inócuo da suspensão da prestação do trabalho para ser o instrumento de obtenção e satisfação de um interesse comum; instrumento de pressão, querido, ainda que o objectivo colectivo seja mediato e a acção imediata seja dirigida a uma situação individual ameaçada (v.g. um despedimento irregular) que se afigura ameaçadora, potencialmente, para a colectividade.

4 – Vissemos, acima, que nem a Constituição nem a Lei nos apresentam uma definição de greve. Por outro lado, proliferaram e proliferam várias modalidades de greve: com interrupção total do trabalho, com interrupção parcial do trabalho, sem interrupção do trabalho, profissionais, políticas, de solidariedade.

Dado que o texto constitucional reza que “compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito” há a tentação natural de reconhecer a “regularidade de princípio da greve, exercício de um direito, sejam quais forem as formas utilizadas”.

E a essa tentação natural junta-se a carga ideológica que cada autor empresta, também naturalmente, quando cura do Direito do Trabalho e, sobremaneira, de institutos históricos como é o caso da

greve, dada a sua conexão íntima com as lutas dos trabalhadores ao longo dos tempos.

E, assim, por exemplo, não admira que para VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO não haja suporte normativo para distinguir “as greves que o são e as que o não são” pelo que “seria, pois, ilegítima qualquer delimitação por via da lei entre greves lícitas e ilícitas a partir de uma restrição do conceito de greve. A doutrina e a jurisprudência não têm qualquer apoio constitucional ou legal para, a partir de uma definição apriorística restritiva da greve, concluirem pela ilicitude ou exclusão do conceito de greve de certas formas de greve, como sejam as greves de lentidão, as greves de zelo, as greves administrativas ou as greves de não colaboração”, logo, estão “abrangidas pela garantia constitucional todas as actuações correntemente identificáveis como forma de greve”.

Contra isto poder-se-ia afirmar, com a mesma singeleza e com não menor bondade, pelo contrário, que *só é greve o que é greve*.

Aliás, é entendimento dominante que há uma noção clássica de greve, logo o fenómeno regulado obedece a esse modelo, constituiu o “património comum” da ciência jurídica ainda que atreito a beber elementos próprios de cada sistema jurídico.

E mal era se assim se não entendesse pois que já bastaria que durante a greve os trabalhadores se coloquem, provisoriamente, “fora do contrato” quanto mais se se aceitasse que a greve, instituto jurídico, se pusesse fora do ...Direito.

É, certamente, por isso que CALAMENDREI observava que a greve, para entrar no campo do direito, deverá resignar-se a ser definida.

Assim, em França, os tribunais têm considerado ilícitas as greves de rendimento ou de zelo, as greves políticas e as realizadas com ocupação prolongada dos locais de trabalho, bem como a lei proíbe as greves-surpresa e as greves rotativas nos serviços públicos e nas empresas nacionalizadas.

Na Itália, são consideradas ilegais as greves políticas quando destinadas a subverter o ordenamento constitucional ou a obstar ao livre exercício dos poderes legítimos, conforme sentença da Corte Costituzionale, que, parcialmente, se transcreve: “o direito de greve, se é certo que não pode compreender abstenções de trabalho proclamadas com fins meramente políticos, é exercida legitimamente quando, embora sem conexões estritas com reivindicações contratuais, é posto em prática em função do interesse dos trabalhadores na realização daquele vasto complexo de bens que encontram reconhecimento e tutela na disciplina constitucional das relações económicas”.

Quanto às greves rotativas, de rendimento ou de zelo, a mesma sentença só as considera ilícitas quando ponham em perigo a integridade das pessoas, a segurança do equipamento fabril ou a conservação do património da empresa.

No que toca à RFA a doutrina e a jurisprudência consagraram três princípios fundamentais:

- paridade de armas;
- greve como ultimo recurso;
- teoria da adequação social.

O primeiro tem a ver com o *lock-out* que é equiparado à greve; o segundo, resulta do dever de paz social que implica a exclusão da greve durante a vigência de uma convenção colectiva sobre as matérias nela reguladas e sem que se tenham esgotado todas as possibilidades de resolução pacífica dos conflitos; por fim, o terceiro que os meios de luta devem ser adequados à natureza dos conflitos e respeitar a ética social e os meios podem ser inadequados pelos processos utilizados (greves sem intervenção sindical ou com ocupação dos locais de trabalho), pela desproporção entre meios e fins (greves que causam a desorganização dos meios produtivos), como pelos objectivos (greves políticas).

Entre nós, a pouca jurisprudência existente e actual, por via do hiato corporativo e porque o foro tem sido pouco solicitado

para pleitear questões teleológicas dada a acomodação dos visados (mal) afeitos e pouco refeitos a esta forma de luta, ademais ressurgida em pleno período revolucionário com todo o caudal de motivações de força em sentido amplo, pouco susceptíveis de enquadramento pela força do Juízo, a jurisprudência tem entendido, de forma um pouco hesitante, que “há os limites que resultam de não poder prosseguir (a greve) objetivos que colidam com os interesses fundamentais da Colectividade e dos Cidadãos, aos quais a mesma Constituição garante e protege, sem excluir os interesses políticos do próprio Estado” e mais ou menos no mesmo sentido a Procuradoria-Geral da República.

5 – Assente que a greve não constitui um direito absoluto, um verdadeiro “*jus utendi et abutendi*” e que a noção jurídica de greve se tem imposto de modo a definir-lhe as calhas da licitude, desde logo importa afastar certo tipo de greves ou pseudo-greves que por não conterem os elementos daquela noção não podem ser entendidas como tal.

É o caso das greves sem interrupção do trabalho ou greves impróprias que têm em vista reduzir os custos para os grevistas potenciando os seus efeitos junto dos destinatários, como acontece com as greves de zelo, de não colaboração, de rendimento ou administrativas.

Em todos estes casos não há interrupção do trabalho, apenas os trabalhadores executam a sua prestação de modo irregular ou anómalo com o intuito de prejudicar a entidade patronal, agindo concertadamente.

De qualquer modo, falta um elemento essencial que é a abstenção da prestação do trabalho, pois o trabalhador continua a prestá-lo embora defeituosamente. O que leva H. SINAY a afirmar que “pretendendo, ao mesmo tempo, fazer greve e continuar a trabalhar, o trabalhador procura conciliar o inconciliável. Pois, enquanto faz greve, escapa ao vínculo contratual (coloca-se fora

do contrato), ao passo que, prosseguindo no trabalho, sujeita-se necessariamente à autoridade do empresário e, portanto, à disciplina da empresa. Não pode ignorar essa autoridade e esta disciplina sem cometer uma infração grave das suas obrigações. A greve é, por essência, ilícita quando se insere num processo contratual.

Utilizando uma expressão popular, dir-se-ia que, nestes casos, os trabalhadores pretendem “o sol na eira e a chuva no nabal”.

Aliás, este entendimento, quase pacífico na doutrina portuguesa, é corroborado pela lei da greve que, no seu art. 7.º, prevê como efeito necessário da greve a suspensão das relações emergentes do contrato de trabalho.

6 – Outro tipo de greves que, embora cabendo no conceito expresso de greve, se afiguram irregulares, por abusivas, são as que, levadas a efeito de modo assaz lesivo para os empresários se traduzem em perdas mínimas para os trabalhadores em greve. É o que sucede com as greves trombose ou de estrangulamento – em que a paralisação se limita a incidir em sectores estratégicos da empresa, conduzindo a uma quebra de produção acentuada; das greves rotativas – em que a greve vai percorrendo sucessivamente, os vários sectores da empresa provocando a desorganização da produção; e, por fim, as greves intermitentes – em que os sucessivos arranquem e paragens desorganizam, de igual modo, a produção.

São estas greves, pelo seu teor altamente prejudiciais para as empresas e suaves para os trabalhadores abrangidos, consideradas abusivas.

E abusiva porque, mantendo-se as pretensões retributivas dos trabalhadores que se não encontram, de momento, em greve, portanto, disponíveis para trabalhar ainda que a prestação do trabalho seja impossível ou inútil pelo que não resta senão a disponibilidade.

Em Itália, por exemplo, a jurisprudência e parte da doutrina consideram ilícitas estas greves com base na violação das obri-

gações de colaboração e de boa-fé e causarem um dano injusto por desproporcionado, até porque os trabalhadores que trabalham ou estão disponíveis para trabalhar não deixem de ser partícipes na greve. Mais ou menos no mesmo sentido a jurisprudência e a doutrina francesa. (Relembre-se a propósito, a proibição das greves rotativas nos serviços públicos).

Aliás, PERA, em quem, certamente, se filiou a posição corrente em Portugal, defende a recusa da retribuição relativa às prestações de trabalho oferecidas, mas, de facto, inoperacionais dada a desorganização do sistema produtivo provocada ou, então, a recusa de retribuição fundar-se-ia nos próprios princípios contratuais do sinalagma, pois a contraprestação não seria utilizável ou economicamente possível.

Nesta linha, o parecer da P.G.R., de 3.3.82 considera, em princípio, lícitas estas formas de greve, salvo se houver “manifesto propósito de desorganização da produção e de sabotagem económica”. Considerando-se, porém, que os trabalhadores aderentes que deixem de trabalhar por força da paragem dos demais não têm direito à retribuição. No mesmo sentido M. FERNANDES.

BERNARDO XAVIER defende, para estes tipos de greve a aplicação da doutrina do abuso do direito, consignado, o princípio, no art. 334.º do Código Civil que estabelece “ilegítimo o exercício de um direito quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

7 – A nossa lei da greve que, como dissemos, não nos dá uma noção de greve, reflecte, como não podia deixar de ser, o texto constitucional.

Consagra o princípio da greve-direito e declara-o irrenunciável, art. 1.º, n.ºs 1 e 3.

Por outro lado, atribui aos trabalhadores a definição do “âmbito de interesses a defender através da greve”.

Acentuando a concepção orgânica da decisão da greve, atribuindo-a, “*prima facie*”, às associações sindicais, reconhece, também, esse direito às associações de trabalhadores de empresa, em certas condições que define, art. 2.º, n.º 2.

Legislação incipiente e aberta pouco significado têm, como vimos, pouco diferindo a situação real daquela dos países que não a regulamentam, deixando esse trabalho para a jurisprudência e para a doutrina.

De todo o modo e como traços marcantes, elimina as chamadas greves-surpresa, ao exigir um pré-aviso para a efectivação da greve, art. 5.º; prevê a Constituição de piquetes de greve estipulando limitações meramente programáticas à sua acção; obriga as associações sindicais e os trabalhadores a prestar os serviços necessários à manutenção e segurança das instalações e do equipamento da empresa, obrigação esta que, em certos sectores, art. 8.º, n.º 2, é ampliada para satisfação das necessidades sociais impreteríveis “à prestação dos serviços mínimos indispensáveis para ocorrer àquelas necessidades”.

Como principal efeito jurídico da greve, a lei, art. 7.º consagra a suspensão do contrato de trabalho, pelo que os trabalhadores, durante a greve, ficam desobrigados de prestar trabalho e desonerados da subordinação face à entidade patronal e, naturalmente, cessa o direito à retribuição.

Por outro lado, o exercício ilegal da greve faz incorrer os participantes no regime de faltas injustificadas que, como se sabe, pode levar ao despedimento com justa causa.

8 – Por fim, diga-se que, direito amplo como é o direito à greve, por natureza e como no-lo apresenta a Lei da Greve e o art. 58.º da C.R.P., este direito não se pode, contudo, entender como ilimitado, pois tudo o que cabe dentro do Direito tem de mover-se dentro do... Direito

E daí que sendo legítimo que todos os interesses dos trabalhadores possam ser defendidos pela greve, já o não podem aqueles interesses que saiem completamente da órbita socio-profissional dos trabalhadores e ou contendam com os ditames constitucionais, legais ou não respeitem a ordem jurídica instituída.

A greve ainda que um contrapoder, não pode ser entendido como um *outro poder* sob pena de se impor a quem a legitima... denegando-se a si própria.

“Arma de reequilíbrio”... mas arma e, como tal, o seu uso carece de legitimidade sob pena de se consagrar a violência pela violência quando o que se respeita é a sanação por via não pacífica dos conflitos de interesses, ao cabo e ao resto contrapostos pela prossecução, muitas vezes conflituante, do rendimento devido ou achado devido aos factores de produção, capital e trabalho, com toda a carga sociológica e eticamente aceitável e respeitável que acompanha essa relação ainda que se defenda e pratique a “função social da empresa”. E daí que mesmo em sistemas político-económicos de forte cunho humanista – há-os – ela seja reconhecida e não só para garantir o tal “pânico salutar e precoce”, mas mesmo para reequilibrar as situações que a natureza dos interesses em jogo, momentaneamente, desequilibra. Por isso a própria Igreja – entidade conciliadora por excelência – se apressou a aceitar a greve, logo que o desequilíbrio ultrapassou o tolerável e a desumanização das relações sociais se tornou norma.

E como contraponto, claro se afigura que nos regimes em que a desumanização é resultante do exercício totalitário do Poder e não das relações sociais privadas, a greve não seja aceite e, menos ainda, consagrada legalmente.

