

GALILEU

VOLUME XXII

ISSUE 2 · 1ST JULY – 31TH DECEMBER · FASCÍCULO 2 · 1 DE JULHO – 31 DE DEZEMBRO 2021

**REVISTA
DE DIREITO
E ECONOMIA**

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XXII · Issue 2 · 1st July – 31st December 2021

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

DIRECTORY

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

DATABASES

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XXII · Fascículo 2 · 1 de julho – 31 de dezembro 2021

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

DIRETÓRIOS

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

BASE DE DADOS

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

PUBLISHING INSTITUTION INSTITUIÇÃO EDITORA

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

EDIUAL – Universidade Autónoma Editora

Rua de Santa Marta, 47 – 1150-293 Lisboa

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

E-ISSN 2184-1845

DOI <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2>

LEGAL DEPOSIT DEPÓSITO LEGAL 450625/19

TITLE TÍTULO Galileu – Revista de Direito e Economia

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

REGISTRATION STATUS Under Publishing **SITUAÇÃO DE REGISTO** Em Publicação

FORMAT SUPORTE Online

REGISTRATION ERC Notation **INSCRIÇÃO** Anotada na ERC

PERIODICITY Semiannual **PERIODICIDADE** Semestral

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR Ruben Bahamonde

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS Alex Sander Xavier Pires, Manuel Guedes Valente

SCIENTIFIC EDITOR EDITOR CIENTÍFICO RATIO LEGIS

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR

Manuel Guedes Valente	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mvalente@autonoma.pt
-----------------------	---	----------------------

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS

Alex Sander Xavier Pires	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	aspres@autonoma.pt
--------------------------	---	--------------------

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

EDITORIAL BOARD CONSELHO EDITORIAL

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

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

Fernando Cachafeiro Garcia	Universidade da Coruña, Espanha	fernando.cachafeiro@ude.es
----------------------------	---------------------------------	----------------------------

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

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

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

Manuel António Pita	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	manuel.pita@iscte-iul.pt
---------------------	---	--------------------------

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

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

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

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

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

Vasco Branco Guimarães	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	vbrguimaraes@net.sapo.pt
------------------------	---	--------------------------

Índice Index

- 7 **Editorial** Editorial
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE
- 11 **O impacto da COVID-19 na livre circulação de pessoas na UE e restrições justificadas por razões de saúde pública: uma breve análise** The impact of COVID-19 on free movement of people in the EU and restrictions justified by public health reasons: a brief analysis
CONSTANÇA URBANO DE SOUSA
- 21 **Do procedimento disciplinar na PSP: Entre a admissibilidade e inadmissibilidade probatório-processual das mensagens do WhatsApp** Disciplinary procedure in PSP: Between the admissibility and inadmissibility of probatory-procedural messages on WhatsApp
CARLOS MANUEL SEQUEIRA CAROLINO
- 41 **A autorregulação (*compliance*) e o Direito Penal** Self-regulation (compliance) and Criminal Law
TÂNIA SOFIA DAS NEVES TEIXEIRA CARIMBO
- 53 **A perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira** The loss of assets and advantages in economic and financial crime
JAQUELINE MARIA MENTA
- 65 **Direito processual penal económico - (dis)funcionalidades conexas com as pessoas coletivas** Economic criminal procedural law - (dis)functionalities related to legal entity
HÉLDER FIGUEIREDO
- 75 **Questões Prementes do Direito Penal: Breve reflexão sobre o Direito Policial** Pressing Criminal Law Issues: Brief Reflection on Police Law
BERNADETE LIMA DOMINGUES

RECENSÕES REVIEWS

- 83 **Recensão Crítica da Obra «Perda das Vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação»** Critical review of the book «Loss of the advantages of crime in criminal law. Extended confiscation and confiscation without conviction»
MARIA DA GRAÇA ESTEVES

Editorial Editorial

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 7-9
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.1.1>

A Galileu – Revista de Direito e Economia continua viva e, numa fase de transição e de afirmação internacional, impunha-se que atualizássemos a periodicidade que se exige a uma revista científica. Eis mais um número que se traz à comunidade científica em que alunos de mestrado, a par de professores e investigadores, publicam de modo a integrá-los nas atividades científicas do Ratio Legis – Centro de Investigação em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa. A cada passo cimenta-se o lastro de maior amplitude nas atividades de I&D que são exigidas e intrínsecas à vida numa universidade. Esse é o lema e o desafio que se nos coloca a cada dia da ciência.

Este volume conta com um artigo de Constança Urbano de Sousa sobre a resposta à pandemia COVID 19 na União Europeia, em especial as medidas adotadas para controlar a propagação e gerir o seu impacto nos sistemas nacionais de saúde, e os seus efeitos e impacto na livre circulação de pessoas no interior da União, o que afetou os seus princípios estruturantes, como resulta da análise de algumas destas medidas com o Direito da União Europeia: *v. g.*, os princípios reguladores da possibilidade de restrições à livre circulação de pessoas com fundamento em razões de saúde pública. Este artigo está datado, tendo em conta que o quadro jurídico se alterou, e, entre a receção, aprovação e publicação, houve necessidade de fazer ajustes a atualizações essenciais para uma melhor compreensão do tema.

A era da digitalização e da sociedade digital exige estudos como o apresentado por Carlos Carolino sobre admissibilidade ou inadmissibilidade probatória-processual das mensagens do *WhatsApp* em processos de natureza disciplinar face aos institutos jurídicos que se prendem com os direitos fundamentais e direitos de personalidade, baseado na doutrina e na jurisprudência. Esta temática é debatida com a Lei do Cibercrime, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora dos anos de 2019 e 2020 e, por fim, a constância de decisões punitivas na PSP em casos análogos aos decididos por aqueles acórdãos. O autor discute sobre a aceção das mensagens enviadas pelo *WhatsApp* como prova digital e subordinada à cadeia de custódia de prova, apenas admissível em processo-crime,

sobre as consequentes nulidades e respetiva sanção pelo consentimento do titular dos direitos fundamentais pessoais, em respeito pelo n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa e pelo artigo 335.º do Código Civil.

Seguem-se três trabalhos de alunos de mestrado elaborados no âmbito da UC Seminário de Investigação: Direito Penal Económico. São textos situados e circunstancializados ao tema que foi atribuído para apresentar e debater em sala de aula.

O primeiro, escrito por Tânia Sofia das Neves Teixeira Carimbo, trata de «A autorregulação (*compliance*) e Direito penal», tendo em conta a preservação do princípio da *ultima et extrema ratio* deste, que, mesmo no âmbito e espaço corporativo, deve intervir apenas quando ocorre uma lesão do bem jurídico digno e carente de tutela penal por parte de agentes singulares e de pessoas jurídicas.

O segundo, apresentado por Jacqueline Maria Menta, estuda «A perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira», procurando analisar a motivação, evolução, objetivos, gerações do confisco alargado de bens, a natureza jurídica, assim como algumas questões controversas como a decretação da perda de bens ‘post mortem’, verificando se ocorre a transmissibilidade da pena para além do arguido e a que geração pertenceria o confisco de bens ‘post mortem’, sem olvidar uma reflexão sobre a ética do Estados que integram no seu património o produto de uma criminalidade que perseguem com legislações cada vez mais restritivas de direitos e liberdades fundamentais pessoais.

O terceiro, elaborado por Helder Figueiredo, aborda o «Direito processual penal económico – (dis)funcionalidades conexas com as pessoas coletivas», e que está datado (setembro de 2021 antes da aprovação da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro). À data da apresentação deste *paper*, o autor estudou a ausência de normas processuais penais aplicáveis às pessoas coletivas em conexão com a criminalidade económico-financeira tendo em conta a sua inegável e inevitabilidade relacional. A partir de um brevíssimo excuro doutrinário, o autor considerava que urgia debelar a lacuna de normas processuais penais atinentes à pessoa coletiva enquanto sujeito processual penal.

Em sequência, publica-se a análise crítica sobre Questões prementes do Direito Penal: Breve reflexão sobre o Direito Policial» de Bernadete Lima Domingues, que, neste pequeno texto, procura debater a função constitucional de polícia na defesa e garantia da liberdade enquanto princípio enformador do Direito penal assente na função de equilíbrio.

Terminamos com a recensão crítica escrita por Maria da Graça Esteves sobre a obra «Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal. Confisco alargado e confisco sem condenação», organizada por Adriano Teixeira e publicada pela Marcial Pons, na qual participam auto-

res de vários países – *v. g.*, Alemanha, Brasil, Estados Unidos da América, Espanha, Itália, Inglaterra e Portugal. É um livro importante para a ciência jurídica, desde logo por tratar de um tema candente e muito exposto nos últimos tempos, e por nos apresentar um olhar científico e assertivo de cada um daqueles regimes sobre o tema da perda de bens e vantagens do crime.

O Diretor da *Galileu*
Manuel Monteiro Guedes Valente

O impacto da COVID-19 na livre circulação de pessoas na UE e restrições justificadas por razões de saúde pública: uma breve análise¹

The impact of COVID-19 on free movement of people in the EU and restrictions justified by public health reasons: a brief analysis

CONSTANÇA URBANO DE SOUSA²

mconstanca@autonoma.pt

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho - 31st December Dezembro 2021 · pp. 11-19

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.1>

Submitted on November 18th, 2021 · Accepted on December 28th, 2021

Submetido em 18 de Novembro, 2021 · Aceite a 28 de Dezembro, 2021

RESUMO A pandemia COVID 19 na União Europeia implicou, praticamente em todos os Estados-Membros, a adoção de medidas para controlar a propagação e gerir o seu impacto nos sistemas nacionais de saúde. As medidas adotadas (confinamento, quarentenas, encerramento ou controlo de fronteiras, exigência de Certificado Digital COVID, com ou sem teste negativo complementar, entre outras) tiveram uma inegável repercussão na livre circulação de pessoas no interior da União, afetando um dos seus princípios estruturantes. Objetivo deste artigo é analisar a conformidade de algumas destas medidas com o Direito da União Europeia, em especial com os princípios que regulam a possibilidade de restrições à livre circulação de pessoas com fundamento em razões de saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE Liberdade de circulação de pessoas; cidadania da União; controlos de fronteiras; COVID 19

ABSTRACT The COVID 19 pandemic in the European Union led practically all Member States to adopt measures to contain the spread and manage its impact on national health systems. The measures adopted (confinement, quarantines, closing or controlling borders, requiring a COVID Digital Certificate, with or without a complementary negative test, among others) had an undeniable impact on the free movement of people within the EU,

1 Este artigo foi entregue a 18 de novembro de 2021 e aceite a 28 de dezembro de 2021, sendo que, tendo em conta a data da publicação deste número da revista e a imperiosa e necessária atualização do artigo, a direção da revista concordou que fosse inserida nova documentação, doutrina e legislação posterior à data da sua aceitação publicada até março de 2022.

2 Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigadora integrada no Ratio Legis, coordenadora do Projeto “Migrações, Direitos Humanos e proteção de pessoas vulneráveis”.

affecting one of its structural principles. The aim of this article is to review the compliance of some of these measures with European Union law, in particular with the principles governing the ability to restrict the free movement of persons on public health grounds.

KEYWORDS Free movement of persons; citizenship of the Union; border controls; COVID 19

I. Introdução

Em 2020 e 2021, praticamente todos os Estados-Membros da União Europeia adotaram, com maior ou menor intensidade, medidas para tentar controlar a propagação da pandemia da COVID 19 e gerir o seu impacto nos sistemas de saúde. Assim, um pouco por todo o lado, adotaram-se medidas de confinamento³, as fronteiras foram, por vezes, encerradas e reintroduziram-se controlos nas fronteiras internas. Mais tarde, com a generalização das campanhas de vacinação, vários Estados-Membros passaram a fazer controlo sistemático das pessoas, por razões de saúde pública, através da exigência de Certificado Digital COVID, muitas vezes cumulativamente com um teste negativo.

Ao nível da UE, a Comissão e o Conselho adotaram, em 2020, várias medidas de *soft law*⁴, para assegurar uma abordagem coordenada. Em particular, tentou-se garantir que a proibição de viagens não essenciais entre os Estados-Membros excluía os trabalhadores transfronteiriços, os trabalhadores de setores vitais, como o da saúde ou transporte, bem como pessoas com uma situação familiar particular⁵.

Todas estas medidas tiveram um inegável impacto na liberdade de circulação de pessoas, em geral, e de trabalhadores, em particular, que é uma liberdade fundamental dos cidadãos da União e um dos pilares do mercado interno.

3 Em Portugal, o primeiro confinamento foi decretado no dia 18 de março, quando se registaram cerca de 450 infetados e um morto. Sobre as medidas restritivas da livre circulação de pessoas adotadas pelos países nórdicos para fazer face à pandemia e sua compatibilidade com o Direito da União Europeia, ver HEINIKOSKI, S. & HYTINEN, T. – The Impact of Covid-19 on Free Movement Regime in the North – Analysis of Border Closures in Denmark, Finland, Norway and Sweden. In: *Nordic Journal of International Law*. 91 (2022), pp. 80-100.

4 Por exemplo, Comunicação da Comissão, COVID 19 - Orientações sobre a aplicação da restrição temporária das viagens não indispensáveis para a UE, sobre a facilitação de regimes de trânsito para o repatriamento de cidadãos da UE e sobre os efeitos na política de vistos, JOUE C 102 I, 30.3.2020, pp.3-11; Recomendação (UE) 2020/1475 do Conselho de 13 de outubro de 2020 sobre uma abordagem coordenada das restrições à liberdade de circulação em resposta à pandemia de COVID-19, JOUE L 337, 14.10.2020, pp. 3-9.

5 Sobre estas medidas ver VAN EIJKEN, H. & RIJPMAN, J.J. – Stopping a Virus from Moving Freely: Border Controls and Travel Restrictions in Times of Corona. In: *Utrecht Law Review*, 17(3), 2021, pp.34–50. DOI: <http://doi.org/10.36633/ulr.686>; Duić, D., & Sudar, V. – THE IMPACT OF COVID-19 ON THE FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 5, 2021, pp. 30–56. <https://doi.org/10.25234/ecllc/18298>.

Sem querer discutir a importância das medidas de contenção da pandemia para a proteção da saúde e da vida dos cidadãos, não podemos ignorar que também conduziram a uma forte restrição aos movimentos de pessoas no interior dos Estados (com confinamentos obrigatórios), bem como à liberdade de viajar no interior da União Europeia ou para ela.

Objetivo deste artigo é analisar, de forma genérica, a compatibilidade de algumas medidas restritivas da liberdade de movimentos de pessoas, adotadas em 2020 e 2021, para conter a COVID 19 com o direito de livre circulação dos cidadãos na União Europeia, concebida como um espaço sem fronteiras internas. Muitas destas medidas já não se encontram em vigor ou em aplicação, pelo que a presente análise está temporalmente datada, embora possa ter eventuais reflexos em futuros desenvolvimentos desta ou de outras pandemias.

II. A liberdade de circulação de pessoas na União Europeia como um direito fundamental inerente à cidadania da União e restrições justificadas por razões de saúde pública

Muitas medidas nacionais de gestão da pandemia, como o encerramento de fronteiras ou a imposição de períodos, mais ou menos longos, de quarentena afetaram direitos fundamentais do cidadão europeu, como a liberdade de circulação, a livre escolha de residência, a liberdade de aceder ao mercado de trabalho em qualquer Estado-Membro: São direitos que estão no centro da cidadania da União.

Concebido, nos primórdios da integração europeia, como elemento do mercado interno, inerente à livre circulação de trabalhadores, profissionais liberais ou prestadores de serviços, o direito de circular livremente pelo espaço da União Europeia é, hoje, um direito de qualquer cidadão da União e dos membros da sua família, independentemente da sua nacionalidade, garantido pelo Direito da União Europeia.

Com efeito, a livre circulação de pessoas é um princípio estruturante do processo da integração europeia e pedra angular do estatuto de cidadão da União Europeia, que tende a ser, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia “o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”⁶. Nos termos da alínea a) do artigo 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o cidadão da União tem “o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados membros”. O mesmo direito está previsto no número 1 do artigo 21.º do TFUE, “sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação”. Por fim, o n.º 1 do artigo

6 Cf. por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça da UE, de 18 de janeiro de 2022 (proc. C-118/20), n.º 38.

45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o direito do cidadão da União a “*circular e permanecer livremente no território dos Estados membros*”.

O direito de livre circulação e permanência também é garantido pelo Direito da União derivado ou secundário. Assim, os artigos 5.º e 6.º da Diretiva 2004/38/CE, de 29 de abril, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias⁷, garantem o direito de entrar e permanecer até três meses sem qualquer condição ou formalidade (para além da titularidade de um documento de identificação ou de um passaporte válido). Esta Diretiva consagra, no seu artigo 7.º, o direito de residência do cidadão da União no território de outro Estado-Membro, para exercício duma atividade profissional (subordinada ou independente) ou que aí estude ou seja inativo e disponha de meios de subsistência e cobertura de saúde.

Por outro lado, o n.º 3 do artigo 45.º do TFUE e o Regulamento 492/2011 relativo à livre circulação de trabalhadores preveem o direito dos nacionais dos Estados-Membros a entrar e residir no território de outro Estado-Membro para aí exercer uma atividade assalariada, bem como o direito a procurar livremente emprego. Esta liberdade de deslocação no espaço europeu também é particularmente relevante para trabalhadores sazonais ou transfronteiriços.

Mas a livre circulação, como direito fundamental do cidadão da União, não é um direito absoluto, pois o Direito da União Europeia permite que os Estados-Membros possam, dentro de certos limites, restringi-lo por razões de ordem pública, segurança pública e também de saúde pública. Assim, nos termos do número 3 do artigo 45.º do TFUE, o direito do cidadão europeu de se deslocar livremente a fim de responder a ofertas de emprego ou de residir no território de um Estado Membro para aí exercer uma atividade assalariada é garantido “*sem prejuízo de limitações justificadas por razões de (...) saúde pública*”. Por outro lado, o artigo 29.º da Diretiva 2004/38/CE permite que doenças com potencial epidémico definidas pela Organização Mundial de Saúde ou doenças infecciosas que sejam objeto de medidas de proteção aplicáveis aos nacionais dos Estado-Membros possam justificar medidas restritivas da livre circulação.

A pandemia da COVID 19 pode, sem dúvida, ser considerada um perigo genuíno, atual e suficientemente grave para a saúde pública, que justifique medidas restritivas da livre circulação dos cidadãos da União. Mas tais medidas têm de obedecer aos princípios gerais do artigo 27.º da Diretiva 2004/38/CE. Em especial, não podem ser discriminatórias e devem ser proporcionais⁸. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Jus-

7 Versão retificada, publicada no JOUE L 229, de 26 de junho de 2004, p. 35.

8 Assim também, van Eijken, H. & Rijpma, J. J. – *Op. Cit.*, p. 42; Lang, Goldner I. – “Laws of Fear” in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of COVID-19. In: *European Journal of Risk Regulation* 2021, pp. 1-24.

tiça da UE as disposições que permitem restrições a liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da União Europeia devem ter interpretação e aplicação restritivas e observar o princípio da proporcionalidade.

Assim, qualquer medida restritiva da livre circulação justificada por razões de saúde pública deve ser necessária, proporcional, temporária e não discriminatória. Salvo melhor opinião, a conformidade da exigência de quarentena com o Direito da União Europeia exige que esta tenha de ser necessária para preservar a saúde pública, o que depende, em cada momento, da situação epidemiológica. Por outro lado, nunca poderia ter carácter discriminatório, ou seja, devia aplicar-se indistintamente a cidadãos nacionais e a cidadãos de outros Estados-Membros que entrem no território do Estado-Membro em causa. Também são questionáveis, sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade, algumas medidas, como avisos generalizados para as pessoas não viajarem para determinados Estados-Membros, que não encontram justificação suficiente na situação epidemiológica⁹.

Não obstante, em 2020 e 2021, a liberdade de circulação na União Europeia ficou sujeita a um emaranhado de medidas nacionais mais ou menos restritivas, que iam da exigência de testes negativos a quarentenas de duração variável. À medida que novas variantes foram surgindo, os Estados-Membros continuaram a restringir a mobilidade, não apenas no interior do seu território, mas entre eles.

Durante a pandemia, os Estados-Membros não se limitaram a introduzir controlos nas fronteiras internas (que podem constituir um obstáculo, mas não impedem a livre circulação de pessoas) ou a impor quarentenas. Alguns chegaram a fechar as suas fronteiras, abrindo poucas exceções para viagens essenciais. Tal constitui não apenas um obstáculo ou uma restrição à livre circulação de dos cidadãos da União, mas a sua negação. Significa uma suspensão de uma liberdade fundamental do mercado interno que não pode sequer ser justificada pela cláusula de salvaguarda do artigo 347.º do TFUE, que permite aos Estados-Membros, de comum acordo, estabelecer medidas excepcionais em caso de guerra ou de ameaça de guerra. Por outro lado, embora nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do TUE e do artigo 72.º do TFUE os Estados-Membros tenham competência para adotar medidas de manutenção da ordem pública e de segurança nacional, tal não legitima medidas restritivas da livre circulação de pessoas em caso de ameaça à saúde pública provocada por uma pandemia.

A introdução da vacinação, do Certificado Europeu COVID e a progressiva transformação da pandemia num fenómeno endémico tornaram mais difícil, de um ponto de vista jurídico, sustentar a necessidade e proporcionalidade de medidas restritivas da

9 VAN EIJKEN, H. & RIJPMAN, J. J. – *Op. Cit.*, p. 42. Duić, D., & Sudar, V. – *Op. Cit.*, p. 41.

livre circulação de cidadãos da UE. Sem embargo, em novembro de 2021, para fazer face à propagação da variante Omicron, o Governo adotou o Decreto-Lei n.º 104/2021, de 27 de novembro, que alterou o Decreto-Lei n.º 28-B/2020, de 26 de junho (regime contraordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta), introduzindo novos deveres e contraordenações. Assim, as empresas de transporte (aéreo, marítimo, fluvial ou terrestre) passaram a ter a obrigação de não embarcar pessoas com destino a Portugal sem Certificado Digital COVID, sem preenchimento do formulário de localização de passageiro e sem teste COVID negativo realizado antes do embarque, sob pena de pesadas sanções pecuniárias entre 20.000 a 40.000 € por passageiro embarcado sem o teste (artigos 2.º, al. q), e 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 28-B/2020, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 104/2021). Também foi imposto aos titulares de Certificado Digital COVID o dever de possuir teste COVID, realizado antes do embarque, sob pena de aplicação de uma coima de 300 a 800€ (artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 28-B/2020, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 104/2021). Embora estas medidas só fossem aplicadas durante a verificação de estado de emergência ou da situação de alerta, contingência ou calamidade determinadas pela Lei de Bases da Proteção Civil no contexto da situação epidemiológica originada pela COVID 19, a exigência cumulativa de um teste negativo COVID e de vacinação atestada pelo Certificado Europeu COVID como requisito de entrada em território nacional, sob pena de aplicação de sanções pecuniárias, não foi, em minha opinião, conforme ao Direito da União Europeia. Para além da questão da sua proporcionalidade, contrariou, de forma inequívoca, o artigo 11.º do Regulamento (UE) 2021/953 relativo ao Certificado Digital COVID, que atesta a vacinação, a recuperação ou um teste negativo (na redação em vigor à época). Com efeito, esta disposição do Direito da União Europeia estabelece uma clara obrigação para os Estados-Membros que aceitem este certificado de se abster de impor restrições adicionais à livre circulação de pessoas, tais como realização de testes ou quarentenas, salvo se tais restrições forem necessárias para salvaguardar a saúde pública (por exemplo, rápido agravamento da situação pandémica devido a uma variante do SARS-COV-2 que suscite preocupação). Neste caso, o Estado-Membro pode adotar tais medidas, mas apenas após a entrada em território nacional do titular do Certificado Digital COVID (e não como requisito de entrada, como exigido por Portugal) e desde que informe a Comissão e os outros Estados-Membros sobre as razões dessas restrições, o seu âmbito e a sua duração (artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2021/953).

Mas as medidas nacionais de controlo da COVID 19 não afetaram apenas o direito de livre circulação de pessoas na União Europeia. Também colocaram em causa o princípio da proibição de controlos nas fronteiras internas da União, que abordarei de seguida.

III. A União Europeia como espaço de liberdade de circulação: proibição de controlos de pessoas nas fronteiras internas e reintrodução de controlos justificados por razões de saúde pública

Um dos objetivos mais relevantes da União Europeia é, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), proporcionar “aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas ...”. O espaço de liberdade, segurança e justiça é um desenvolvimento do chamado Espaço Schengen, criado pelo Acordo de Schengen de 1985 e pela sua Convenção de Aplicação, de 1990, que, à margem das então Comunidades Europeias, introduziu entre os Estados signatários a obrigação de abolição de controlos documentais de pessoas nas suas fronteiras, acompanhada de medidas compensatórias, como a harmonização do controlo da fronteira externa, da política de vistos, de alguns aspetos da política de imigração e asilo ou o reforço da cooperação policial e judiciária em matéria penal¹⁰.

O princípio de que a União é um espaço sem fronteiras internas, sendo, portanto, proibidos controlos de pessoas nas fronteiras entre os Estados Membros, está consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 77.º do TFUE. Nos termos desta disposição, a União desenvolve uma política que visa “assegurar a ausência de qualquer controlo de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas”. O mesmo princípio está expresso no artigo 22.º do Regulamento 2016/399, de 9 de março de 2016, que estabelece o Código de Fronteiras Schengen¹¹, ao determinar que “as fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer lugar sem que se proceda ao controlo das pessoas, independentemente da sua nacionalidade”.

Este não é, no entanto, um princípio absoluto, já que o Regulamento 2016/399 permite aos Estados-Membros a reintrodução de controlos nas fronteiras internas, em circunstâncias excecionais e por um período limitado. Assim, de acordo com o disposto no artigo 25.º do Regulamento 2016/399, os Estados-Membros podem reintroduzir, a título excecional e como medida de último recurso, controlos temporários nas fronteiras internas em duas situações:

- (1) Em caso de ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna (por ex. terrorismo), desde que a medida seja necessária e proporcional e o seu impacto sobre a livre circulação de pessoas objeto de avaliação (artigo 26.º);

10 Sobre a evolução do espaço de liberdade, segurança e justiça como desenvolvimento do espaço Schengen, ver, por exemplo, SOUSA, CONSTANÇA URBANO – A cooperação policial e judiciária em matéria penal na União Europeia: Evolução e perspectivas. In: *Polícia e Justiça*, (2003) n.º 2, pp. 9-53.

11 Alterado pelos Regulamentos (UE) 2016/1624, 2017/458 e 2019/817.

(2) Em circunstâncias excepcionais que coloquem em risco o funcionamento global do espaço Schengen devido a deficiências graves e persistentes de controlo da fronteira externa, em especial, em caso de afluxo maciço de imigrantes (artigo 29.^o).

No primeiro caso, a reintrodução de controlos nas fronteiras internas pode ter uma duração máxima de seis meses e, no segundo, de dois anos. Por outro lado, a reintrodução de controlos nas fronteiras internas por motivos de ordem pública ou segurança pública está subordinada a um procedimento específico de notificação prévia e fundamentada aos demais Estados-Membros e à Comissão Europeia (artigo 27.^o), salvo quando se trata de uma ação imediata para fazer face a uma ameaça grave, caso em que existe um procedimento especial e os controlos não se podem prolongar por prazo superior a dois meses (artigo 28.^o).

Ou seja, o Regulamento 2016/399 apenas permite a reintrodução de controlos nas fronteiras entre os Estados-Membros por razões de ordem pública ou segurança pública, ou em caso de afluxo maciço e incontrolado de imigrantes que coloque em causa o funcionamento do Espaço Schengen. Não o permite por razões de saúde pública. Embora o considerando número 6 deste Regulamento refira que o controlo fronteiriço também serve para prevenir ameaças à saúde pública, tal é exclusivamente aplicado ao controlo da fronteira externa da União, ou seja, na fronteira com países terceiros, mas não aos controlos nas fronteiras internas.

Durante a pandemia, muitos Estados-Membros invocaram circunstâncias especiais para reintroduzir controlos nas suas fronteiras internas ou prolongar aqueles que já estavam a ter lugar devido a ameaça terrorista. Um número reduzido de Estados-Membros cumpriu o procedimento previsto no artigo 27.^o, que impõe que tais decisões sejam devidamente fundamentadas e comunicadas a Bruxelas e aos outros Estados-Membros.

A menos que se possa considerar que uma pandemia, ou seja, uma ameaça à saúde pública, é, igualmente, uma ameaça à ordem pública, as decisões tomadas de forma unilateral por vários Estados-Membros de reintroduzir controlos ou mesmo encerrar as fronteiras com outros Estados-Membros não foram, em minha opinião, conformes ao Código de Fronteiras Schengen, que não prevê este tipo de situação.

IV. Conclusão

A gestão da pandemia da COVID 19 constituiu um enorme desafio para os Estados-Membros e colocou em crise um dos princípios estruturantes da União Europeia: a liberdade de circulação de pessoas num espaço sem fronteiras internas.

Nem os Estados-Membros, nem a UE estavam preparados, de um ponto de vista jurídico, para fazer face a esta pandemia, que nos apanhou, a todos os títulos, desprevenidos. Em especial, o regime jurídico da livre circulação de pessoas não estava concebido para este tipo de situação excepcional, tendo conduzido a soluções nacionais, mais ou menos coordenadas ao nível da União Europeia através de instrumentos de *soft law*.

Para fazer face a futuras pandemias, é necessário que a União Europeia atualize o seu regime jurídico da livre circulação de pessoas, para evitar a insegurança jurídica que resultou de medidas nacionais avulsas. Existem muitos aspetos que carecem de clarificação jurídica como uma melhor definição das situações que ameaçam de forma generalizada a saúde pública, o conceito de viagem essencial ou de trabalhador essencial para efeitos de reintrodução de restrições a viagens no seio da União Europeia¹². Por fim, impõe-se a previsão da saúde pública como motivo justificativo da reintrodução de controlos nas fronteiras internas e o estabelecimento de regras específicas que garantam um melhor controlo da necessidade e da proporcionalidade de medidas restritivas da liberdade de circulação de pessoas, a ser aplicadas em situação de pandemia¹³.

BIBLIOGRAFIA

- Duić, D., & Sudar, V. (2021). THE IMPACT OF COVID-19 ON THE FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 5. pp. 30-56. <https://doi.org/10.25234/ecllc/18298>.
- Heinikoski, S, Hyttinen, T. 2022. The Impact of Covid-19 on Free Movement Regime in the North – Analysis of Border Closures in Denmark, Finland, Norway and Sweden. *Nordic Journal of International Law*. 91 (2022), pp. 80-100.
- Lang, Goldner I. 2021. “Laws of Fear” in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of COVID-19. *European Journal of Risk Regulation* 2021, pp. 1-24
- Van Eijken, H. and Rijpma, J.J., 2021. Stopping a Virus from Moving Freely: Border Controls and Travel Restrictions in Times of Corona. *Utrecht Law Review*, 17(3), pp. 34-50. DOI: <http://doi.org/10.36633/ulr.686>;
- Sousa, Constança Urbano (2003). A cooperação policial e judiciária em matéria penal na União Europeia: Evolução e perspectivas. *Polícia e Justiça*, n.º 2, pp. 9-53.

12 VAN EIJKEN, H. & RIJPMMA, J. J. – *Op. Cit.*, p. 49.

13 Assim, também, Duić, D., & Sudar, V. *op. cit.*, p. 50.

Do procedimento disciplinar na PSP: Entre a admissibilidade e inadmissibilidade probatório-processual das mensagens do *WhatsApp*¹

Disciplinary procedure in PSP: Between the admissibility and inadmissibility of probatory-procedural messages on WhatsApp

CARLOS MANUEL SEQUEIRA CAROLINO²

carlos.carolino@hotmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 21-40

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.2>

Submitted on November 30th, 2021 . Accepted on December 28th, 2021

Submetido em 30 de Novembro, 2021 . Aceite a 28 de Dezembro, 2021

RESUMO O presente estudo tem como objetivo contrabalançar os diversos institutos jurídicos que se prendem com os direitos fundamentais e direitos de personalidade com a doutrina e jurisprudência, para concluirmos pela admissibilidade ou inadmissibilidade processual das mensagens do *WhatsApp*.

É uma temática com marcos recentes importantes, nomeadamente a aprovação da Lei do Cibercrime, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora dos anos de 2019 e 2020 e, por fim, a constância de decisões punitivas na PSP em casos análogos aos tratados nos aludidos arestos.

Concluiu-se pelo enquadramento das mensagens enviadas pelo *WhatsApp* enquanto prova digital e sujeita à cadeia de custódia de prova, apenas admissível em processo crime, bem como pelo afastamento das nulidades, através da sua sanação, pelo consentimento do titular dos direitos de personalidade, *in casu*, a violação de correspondência, enquanto dimensão da dignidade da pessoa humana e do direito à reserva da intimidade da vida privada, e que, em caso de conflito de direitos, devemos atender aos princípios da proporcionalidade

1 O presente artigo corresponde ao Trabalho de Investigação Final apresentado no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSP) em novembro de 2021, para conclusão do Curso de Comando e Direção Policial e, posteriormente, depositado nos serviços do ISCPSP.

2 Mestre em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico Criminais, e Licenciado em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Licenciado em Ciências Policiais e Segurança Interna pelo ISCPSP.

e adequação, previstos no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, e com os limites impostos pelo artigo 335.º do Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE Direitos de personalidade; reserva da vida privada; estatuto disciplinar; *WhatsApp*.

ABSTRACT The present study aims to counterbalance the various legal institutes that are related to fundamental rights and personality rights with the doctrine and jurisprudence, in order to conclude for the procedural admissibility or inadmissibility of *WhatsApp* messages.

It is a theme with important recent milestones, namely the approval of the Law of Cybercrime, the Judgments of the Évora Court of Appeal of the years 2019 and 2020 and, finally, the constancy of punitive decisions in the PSP in cases analogous to those dealt with in the mentioned judgments.

It was concluded by the framing of the messages sent by *WhatsApp* as digital evidence and subject to the chain of custody of evidence, only admissible in criminal proceedings, as well as by the removal of nullities, through its remedy, by the consent of the holder of personality rights, in this case, the violation of correspondence, as a dimension of the dignity of the human person and the right to privacy, and that, in case of conflict of rights, we must attend to the principles of proportionality and adequacy, provided in paragraph 2 of Article 18 of the Constitution of the Portuguese Republic, and the limits imposed by Article 335 of the Civil Code.

KEYWORDS Personality rights; privacy reserve; disciplinary statute; *WhatsApp*.

Introdução

A globalização que ocorreu através das plataformas digitais trouxe para o mundo jurídico-contemporâneo diversos desafios, nomeadamente em termos de direito laboral (público e privado).

Foi através das denominadas redes sociais, como por exemplo o *facebook*, e de outras plataformas de comunicação, em especial o *WhatsApp* (enquanto objeto do nosso estudo), que paulatinamente deixou de existir uma barreira entre os relacionamentos pessoais, como tradicionalmente eram conhecidos, e os relacionamentos profissionais.

Hoje, tudo está ao alcance de um “clique” no rato, de um “enter” no teclado e de um “touch” no ecrã tátil de qualquer dispositivo móvel de comunicação. Tudo isto transmite

a ideia de que nos encontramos permanentemente ligados a todo o sítio em qualquer momento.

Este mitigar de barreiras físicas “assenta numa construção de afastamento do *panótico* e da afirmação do *sinótico* promovido pelas novas tecnologias” que “deram lugar à sociedade *internético-personocêntrica*”³ (Valente, 2019, pp. 51 e 50), numa espécie de reminiscência da conceção de modernidade líquida preconizada por Bauman (2000) em 1960.

É nesta nova tipologia de sociedade que o ser humano, enquanto detentor de direitos e deveres, cuja fundação elementar é a dignidade da pessoa humana, se encontra perante “um processo dialético do *ser* e do *dever ser*, [onde] cada colocação nas redes sociais é uma forma da sua afirmação ôntica e ontológica perante os demais membros da sociedade” (Valente, 2019, p. 39).

São essas colocações ou *posts* em redes sociais, a maioria feitas em contexto extralaboral, mas com conexão intrainstitucional, que têm desencadeado inúmeros processos disciplinares com recurso (apenas e só)⁴ como meio de obtenção e meio de prova (material) os diversos *printscreens* das mensagens retiradas do *WhatsApp* adstritas a determinado grupo de conversação.

Assim, o presente estudo tem como objeto a descrição e confrontação dos regimes jurídicos vigentes, bem como das análises doutrinal e jurisprudencial em face do dualismo entre a privacidade da mensagem pessoal, garantida através da ferramenta da encriptação, e a proteção dada pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, na sua dupla aceção: direito de personalidade (artigo [art.º] 70.º do Código Civil [CC]) e direito fundamental pessoal (art.º 26.º da Constituição da República Portuguesa [CRP]).

A pertinência do estudo resulta das relevâncias policial, jurídica (disciplinar e criminal) e social em três momentos marcantes: (i) a aprovação da Lei do Cibercrime; (ii) a constância de decisões punitivas em casos análogos aos que se irão debater no presente trabalho; e, (iii) os acórdãos do Tribunal da Relação de Évora (TRE) relativos aos anos de 2019 e 2020.

Os objetivos do presente estudo são: (i) definição da estrutura do processo disciplinar da PSP; (ii) qualificar juridicamente as mensagens do *WhatsApp*; (iii) identificar se a reco-

3 A teoria da *sociedade internético-personocêntrica* é uma construção de Manuel Monteiro Guedes Valente de 2013 e publicado em 2014: <http://www.ibadpp.com.br/publicacoes/os-desafios-do-processo-penal-do-estado-democratico-de-direito-a-sociedade-internetico-personocentrica-por-manuel-valente/>.

4 Apesar de ter sido enviado um *email* no dia 24.09.2021 para o Gabinete de Deontologia e Disciplina da Direção Nacional da PSP a solicitar os dados referentes aos processos disciplinares mandados instaurar desde a entrada em vigor do EDPSP, nunca obtivemos qualquer resposta, pelo que, em face do exposto, não poderão tais dados ser apresentados.

Para efetuarmos dita afirmação socorrem-nos do nosso conhecimento empírico, considerando a nossa função como Instrutor disciplinar no Núcleo de Deontologia do CoMetLis.

lha das mensagens do *WhatsApp* é considerada prova digital e se está sujeita à cadeia de custódia de prova; e, (iv) contrabalançar a figura jurídica do consentimento com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Esta análise será realizada tendo por base as análises jurisprudencial e doutrinal, que nos permitam concluir pela admissibilidade (legalidade) ou inadmissibilidade (ilegalidade) da utilização das mensagens e das capturas de ecrã de determinada conversão no *WhatsApp* como (único) meio de prova de sustentação do processo disciplinar.

I – Estado da arte

1. Contextualização teórica

a) A Administração Pública e a PSP

O Estado, a par das convencionais funções legislativa e judicial, sempre desempenhou uma função administrativa. Esta função está umbilicalmente ligada à satisfação de forma frequente e efetiva das carências coletivas da comunidade (segurança, cultura e bem-estar), enquanto razão primordial da existência de administrações públicas (Caetano, 1932; Fontes, 2020). Por esse facto a Polícia, de acordo com a arrumação sistemático-constitucional do art.º 272.º da CRP, e a sua inserção no título relativo à Administração Pública, remete-nos para a ideia de que toda a polícia é apenas e só polícia administrativa (Raposo, 2006).

Contudo, o mesmo preceito, o qual prevê o denominado “Direito Constitucional da Polícia”, remete-nos, ainda, para a tríplice tipologia que a polícia pode revestir: “(a) a polícia administrativa em sentido estrito; (b) a polícia de segurança; (c) a polícia judiciária” (Canotilho & Moreira, 2010, p. 858).

A Polícia de Segurança Pública (PSP), enquanto polícia integral e face visível da lei, é considerada uma polícia administrativa *stricto sensu*, uma vez que enquanto manifestação da Administração Pública (sentido orgânico de Polícia) cabe-lhe, nos termos do n.º 1 do art.º 272.º da CRP e considerando uma tendência funcional (prevenção dos perigos) e teleológico-constitucional, a ação destinada a “defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”.

Ora, estando a PSP situada no âmago da Administração Pública, mais precisamente na administração direta do Estado, e considerada para efeitos legais como uma carreira especial subordinada à condição policial, todos os seus elementos estão sujeitos, por força do previsto nos artigos 4.º, n.º 1, alíneas d) e e), 6.º e 61.º, todos do Decreto-Lei n.º 243/2015, de 19 de outubro, o qual aprovou o Estatuto Profissional do Pessoal com Funções Policiais

da Polícia de Segurança Pública (EPPSP), conjugado com os artigos 6.º, 8.º, 76.º e 176.º, n.º 3 da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, a qual aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), aplicável *ex vi* do n.º 2 do art.º 5.º do EPPSP, a uma hierarquia e a um estatuto disciplinar próprios.

A hierarquia implica a possibilidade de os superiores hierárquicos exercerem diversos poderes⁵, em especial, e para o tema que nos ocupa, o poder de controlo ou fiscalização.

Este poder, considerado por nós um poder-dever subjetivo, consiste, entre outras, na faculdade que impende sobre o superior hierárquico de intentar um procedimento disciplinar, com observância estrita do princípio da legalidade, e aplicar sanções ou penas disciplinares, sempre que seja detetado um desvio, praticado por ação (*faccere*) ou omissão (*non faccere* ou *omittere*), aos deveres e fins prosseguidos pela PSP.

Mas este critério densificador sofre um alargamento ao permitir que esses mesmos deveres funcionais possam ser violados, por um lado, através de condutas dolosas ou, pelo menos, negligentes, só assim adquirindo ressonância ético-jurídica negativa e, por outro lado, os comportamentos externos ou ocorridos em consequência de atos de gestão da vida privada, que afetem de forma efetiva o funcionamento dos serviços ou coloquem em causa, de forma entendida como grave, a respeitabilidade e o prestígio da função, poderem determinar o preenchimento dos elementos constitutivos da infração disciplinar (Leal-Henriques, 2002; Parecer, 2005).

Esta infração é, salvo disposição em contrário, atípica, ou seja, consubstancia “meras normas de orientação para servirem de padrão do intérprete” (Caetano, 1972, p. 787), pois utiliza por definição a “técnica da cláusula geral com enumeração exemplificativa” (Raposo, 2018, p. 102), e assume natureza formal, uma vez que “se esgotam na própria ação ou omissão (na conduta)” (Silva, 1998, pp. 29-30).

Entendemos que aos dois elementos suprarreferidos está associado outro poder funcional, que se traduz na possibilidade do titular do poder disciplinar, de *motu proprio* ou sob proposta do instrutor, e desde que observados determinados requisitos legais, suspender o processo mediante a imposição de injunções ou regras de conduta ao arguido, suspender a execução da pena, de acordo com critérios de oportunidade, ou, simplesmente, optar pela sua execução.

São estes deveres, enquanto deveres éticos, que “ultrapassam os meros deveres jurídicos, deixando para [os primeiros] [...] as incidências disciplinares e reservando para os

5 Além do poder funcional do superior hierárquico objeto do nosso estudo e aqui tratado, exercem ainda o poder de direção e o poder de dispositivo de competência.

[outros] [...] a censura da consciência coletiva” (Carta Deontológica do Serviço Público, 1993, citado por Fontes, 2020, p. 34).

b) Modelo processual do Estatuto Disciplinar da PSP

No caso dos funcionários da PSP, entendidos na aceção do previsto no art.º 386.º do Código Penal (CP) conjugado com o art.º 3.º do EPPSP, podemos constatar que o que está em causa no Estatuto Disciplinar da PSP (EDPSP), aprovado em anexo à Lei n.º 37/2019, de 30 de maio, é a tutela de deveres ético-funcionais, os quais “emergem da relação entre o agente público e a entidade pública à qual presta determinada função” (Monte, 2017, p. 193). De acordo com Caetano (1932), é esta função, entendida como “o complexo harmónico de deveres [...], que concretiza, que materializa a idea-madre do serviço em relação a êle” (pp. 23-24).

O poder disciplinar, de carácter instrumental face à Instituição PSP, resulta, de acordo com o n.º 2 do art.º 62.º do EPPSP, das “relações [interorgânicas] de autoridade e subordinação entre os polícias”.

O desvio – entendido como a violação de princípios e normas jurídico-materiais – a essas regras ou deveres ético-funcionais, quer gerais – previstos no art.º 8.º do EDPSP – quer especiais – previstos no EPPSP, na Lei de Segurança Interna (LSI) e na Lei de Organização e Funcionamento da PSP (LOPSP) – geram a responsabilidade disciplinar do prevaricador. Essa responsabilidade disciplinar do funcionário ou agente da PSP, terá de ser averiguada através de um “adequado procedimento administrativo [gracioso, de tipo sancionatório]” (Amaral, 2008, p. 218), que “é o género (*genus*) que engloba [e se consubstancia materialmente na] espécie (*species*) processo” (Pinheiro, 2020, p. 154).

O processo disciplinar é, assim, considerado um jogo bipolar ou bidimensional de estrutura dialética, no qual intervêm a Administração, *in casu* a PSP, enquanto pessoa coletiva de direito público, e o arguido. O órgão responsável daquela entidade surge, no âmbito dessa relação funcional, numa situação de superioridade – poder de direção, poder de fiscalização e poder disciplinar – e assume-se, “simultaneamente, como vítima e detentor do *ius puniendi* disciplinar” (Costa, 2012, p. 50).

Arrogando-se as entidades com competência disciplinar previstas nos anexos I e II do EDPSP dessa dupla função, enquanto órgãos da pessoa coletiva PSP e ao abrigo de uma relação jurídica estatutária, aos mesmos assiste, nos termos do n.º 1 do art.º 58.º do EDPSP, a competência de decidir pela instauração do procedimento, bem como de recompensar e punir, enquanto manifestações do poder disciplinar.

Esta dupla competência leva-nos a considerar a estrutura do EDPSP, em consonância com a maioria dos processos de cariz administrativo sancionatório, não como possuindo

uma estrutura acusatória – clara separação entre quem investiga, acusa e julga (Cf. art.º 32.º, n.º 5 da CRP) –, mas sim com uma estrutura ou modelo inquisitorial, uma vez que a entidade que decide mandar instaurar o processo disciplinar é a mesma que decide o arquivamento ou a punição que ao caso couber, implicando “uma unificação parcializada de todo o processo punitivo” (Macedo, 1990, citado por Pinheiro, 2020, p. 156), numa lógica de concentração de competências.

Podíamos ser levados a pensar que este tipo de estrutura modelar corresponderia na íntegra ao modelo inquisitorial que vigorou nos Estados autocráticos e autoritários dos séculos XVII e XVIII, no qual o arguido era considerado um objeto processual. Apesar de se continuar a verificar o princípio *Quod non est in actis non est in mundo*, o EDPSP, por força dos seus artigos 83.º, n.º 4, 95.º e 32.º, n.º 10, 269.º, n.º 3, ambos da CRP e 58.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), concede “ao arguido os direitos de audiência e defesa” (acórdão, 2010).

É precisamente com base no aludido art.º 58.º do CPA, conjugado com o n.º 2 do art.º 60.º do EDPSP, que o instrutor disciplinar pode levar a cabo ou efetuar todo e qualquer tipo de diligências que se revelem adequadas e se julguem necessárias à boa decisão da lide ou relação controvertida, respeitando, como é óbvio, designadamente os princípios da legalidade, imparcialidade e segurança jurídica.

Este afastamento do princípio do dispositivo, tendo em vista uma maior eficácia e eficiência ao nível da intervenção processual, permite um aumento substancial em termos probatórios no plano da cognoscibilidade do instrutor, os quais serão subsumidos ao princípio da livre apreciação da prova, enquanto dimensão da discricionariedade administrativa.

O amplo leque de garantias concedido ao arguido, permite que apesar de se continuar a privilegiar a hierarquia “esta já não é vista, nem de longe nem de perto, como um valor absoluto – [...] –, mas antes como um valor que se tem de compatibilizar, quando disso for caso, com bens ou valores de igual (ou superior) intensidade ou valência normativa” (Costa, 2012, p. 51).

c) Breve análise jurisprudencial

Foi precisamente essa ponderação de valores, os quais irão ser alvo de análise no presente trabalho, que surgiram, até este momento, dois Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora (TRE) relativos aos Processos 747/18.5T8PTM.E1, de 28 de março de 2019, e 2034/19.2T8PTM.E1, de 4 de junho de 2020, ambos proferidos no âmbito de relações jurídicas privatísticas laborais.

Os acórdãos analisaram a admissibilidade das mensagens enviadas pelo *WhatsApp*, através de um grupo restrito onde se encontravam, pelo menos, dois trabalhadores, tendo estas chegado por meio indireto ao empregador, através da divulgação do seu conteúdo por um terceiro pertencente ao grupo privado, como única prova para fundamentar o despedimento por justa causa.

De acordo com estes arestos, as aludidas mensagens enviadas através de determinado grupo privado, não fazendo parte do mesmo a entidade empregadora, gozam de proteção em primeiro lugar pelas configurações de segurança do *WhatsApp*, e, em segundo lugar, pela legítima expectativa que o autor da mensagem colocou na mesma, no sentido de que não fosse divulgada por terceiros e, em último lugar, que os direitos à privacidade e à reserva da intimidade privada não podem sofrer uma compressão tal que sejam aniquilados, tendo em conta que o direito à produção de prova não é um direito absoluto.

Assim, em ambos os casos, decidiu o coletivo de juízes pela inadmissibilidade e utilização probatória das mensagens enviadas num grupo privado, do qual não fazia parte a entidade empregadora, como forma de justificação do despedimento por justa causa, por as mesmas serem nulas.

2. Problema, hipóteses e metodologia

Formulamos o seguinte problema de investigação: Face à garantia concedida pela encriptação ponto a ponto em que se baseia o *WhatsApp*, conjugado com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (como direito de personalidade e direito fundamental pessoal – artigo 26.º, n.º 1 e artigo 35.º da CRP) e contrapondo-os com as finalidades do processo disciplinar, como se interrelacionam sem que alguma prevaleça e inilifique qualquer outra?

Formulamos as seguintes hipóteses:

Hipótese 1: As mensagens do *WhatsApp* constituem prova digital, pelo que devem estar sujeitas à cadeia de custódia de prova.

Hipótese 2: A nulidade resultante da obtenção da prova com violação do direito à reserva da vida privada do visado, enquanto direito de personalidade e direito fundamental, é sanada pelo seu consentimento.

No que diz respeito à metodologia, recorreremos aos métodos indutivo, dedutivo e funcionalista. O método indutivo será utilizado para execução de um sistema de raciocínios conexos, no sentido crescente, ou seja, do mais acessível para o mais complexo e do global para o individual, em ordem a um desfecho ou conclusão. O método dedutivo será empre-

gue no que respeita à abordagem. Já no que respeita ao procedimento, será empregue o método funcionalista através de uma análise do concreto para o abstrato.

II – Perspetivas e diretrizes

1. Questões prévias

a) Qualificação jurídica das mensagens do *WhatsApp*

O *WhatsApp* é uma *app* comunicacional que serve de base às muitas comunicações, escritas, voz e vídeo que são feitas em todo o mundo entre, pelo menos, duas pessoas.

De acordo com os arestos do TRE (2019; 2020), o *WhatsApp* é considerado uma rede social, uma vez que “permite a ligação em rede de um conjunto de pessoas ou organizações que partilhem interesses, conhecimentos e valores comuns por meio da internet”. Concordamos com a conceptualização apresentada aplicada a redes sociais como o *Facebook*, *Instagram* e *LinkedIn*, mas não ao *WhatsApp*.

Isto porque o *WhatsApp*: (i) constitui uma aplicação interativa que utiliza, tal como as redes sociais, a *web 2.0* com acessibilidade através da internet; (ii) permite a interação social entre os seus membros ou utilizadores através de vários formatos (texto, voz e vídeo); (iii) é restrito a quem envia e a quem recebe tais conteúdos, derivado da encriptação ponto-a-ponto, não sofrendo qualquer tratamento por parte da empresa gestora do *WhatsApp* (Cf. <https://www.whatsapp.com/security/>); (iv) ao contrário do que acontece com o *Facebook* e *Instagram*, não apresenta sugestões de amizade e outras páginas com interesses em comum; (v) apesar de permitir que sejam criados perfis, os mesmos surgem como uma espécie de cartão de visita ou de contato, mas não permitem fazer qualquer ligação com os dados do utilizador. Em face do exposto e apesar de verificarmos pontos em comum, entendemos que o *WhatsApp* é uma plataforma comunicacional e não uma rede social.

Mas uma das características mais importantes desta plataforma é a confidencialidade que é garantida às mensagens enviadas e recebidas pelos seus utilizadores, as quais devem merecer, em vista dos direitos pessoais e fundamentais em jogo, tutela efetiva pelos vários ramos do Direito.

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP), proferido no âmbito do processo n.º 37/12.7TBALJ-A.P1, de 3 de dezembro de 2013, existe uma equiparação em termos legais das comunemente denominadas SMS, depois de recebidas, abertas e lidas, às cartas em suporte físico ou papel.

Nestes termos e na sequência do defendido nos acórdãos do TRE (2019; 2020), entendemos que tais formas de comunicação, nelas se incluindo as mensagens trocadas pelo *WhatsApp*, devem ser interpretadas em termos análogos e ser integradas, *ipso facto*, no conceito de cartas-missivas não confidenciais (Cf. art.º 78.º do CC).

Assim, estipula o art.º 78.º do CC que “o destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariem a expectativa do autor”. Esta expectativa deve ser entendida como a vontade presumida do remetente, no sentido de que tal mensagem não seja divulgada por parte do destinatário, mesmo através dos *printscreens* do seu dispositivo, e que esses mesmos factos não sejam tornados públicos.

b) O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada – disponibilidade ou indisponibilidade do titular?

É, pois, perfeitamente legítimo ao emissor de uma determinada mensagem que a mesma fique e seja apenas acessível ao respetivo destinatário, enquanto comunicação pessoal. Releva neste caso uma espécie de sinalagma entre o emissor e o destinatário de tais mensagens, no sentido de que as mesmas não sejam divulgadas ou utilizadas *ab initio ad finem* por terceiros, nomeadamente a entidade patronal, *in casu* a PSP, mesmo que algum desse conteúdo diga respeito à sua atividade normal ou que faça referência a algum dos seus funcionários, para efeitos de fundamentação probatória de um processo disciplinar.

Estando estas mensagens ao abrigo de uma expectativa de confidencialidade e de um princípio de confiança, por terem sido publicadas ou enviadas para um grupo privado, circunscrito e inacessível, consubstanciará, desde logo, “uma emanação [...] do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada [...], entendida em sentido formal” (Pinto, 2006, p. 14), que se integra nos denominados direitos de personalidade eventuais.

Estes direitos, enquanto “direitos naturais, humanos (e fundamentais) [...], tendo] como pedra de toque e angular do [seu] edifício [...] a dignidade da pessoa humana”, podem, por esse facto e considerando a sua “densidade e prioridade ôntica” (Ascensão, 2002, p. 10), ser considerados “Direitos Fundamentais [...] de um *Direito Privado Constitucional*” (Cunha, 2008, pp. 216 e 224),

Partindo desta premissa, o direito à reserva da intimidade da vida privada, substantivamente distinto da figura anglo-saxónica “*privacy*”, encontra-se amplamente consagrado e protegido. Desde logo e diretamente, no art.º 26.º e, indiretamente, nos artigos 34.º, 32.º, n.º 8, 35.º e 268.º, n.º 2, todos da CRP, art.º 80.º do CC, 16.º do Código do Trabalho (CT), e ainda em termos supraconstitucionais no art.º 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), e

art.º 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), integrados e aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico por força dos artigos 8.º e 16.º da CRP.

O Tribunal Constitucional, acompanhando a jurisprudência assente no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha desde a década de 70, efetuou a delimitação do objeto e conteúdo do direito à reserva no sentido de “não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado” (Acórdão n.º 128/92, citado por Pinto, 2006, p. 14).

Existindo neste âmbito uma clara separação entre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e o direito à proteção da vida privada, podemos afirmar que aquele direito, previsto no n.º 1 do art.º 80.º do CC, tem implícito a “ideia de controlo de informação, através da qual se satisfazem, tanto o interesse na não divulgação, como o interesse do segredo, [e] implica [ainda] que essa satisfação seja posta na dependência de valorações do interessado” (Pinto, 2001, p. 534).

É atualmente reconhecido e unânime, no âmbito da jurisprudência e doutrina nacional, que essa delimitação se faça através da “teoria das três esferas” de Hubmann (1967), nomeadamente no âmbito da “esfera privada simples (apenas relativamente protegida, [que comporta factos, eventos ou acontecimentos que o seu titular divulga por um número limitado de pessoas,] podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público” (Canotilho & Moreira, 2007, p. 468), atendendo aos princípios da proporcionalidade e adequação (Cf. n.º 2 do art.º 18.º da CRP) e com os limites impostos pelo art.º 335.º do CC.

Neste caso, deve observar-se que a extensão da reserva ou limite interno, previsto no n.º 2 do art.º 80.º do CC, se define, enquanto objeto, pela “natureza do caso [elemento objetivo] e a condição das pessoas [elemento subjetivo]”. Esta concetualização indeterminística, como regime regra, remetendo-nos para uma análise casuística a ser feita em sede disciplinar pelo instrutor e, em sede jurisdicional, pelo julgador, bem como nos permite “superar raciocínios meramente formais na aplicação do direito, próprios de uma jurisprudência dos conceitos” (Dray, 2017, p. 676).

Apesar de o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada ser um direito subjetivo, ou seja, com eficácia *erga omnes*, garantido pelas disposições conjugadas dos artigos 26.º da CRP, 70.º e 80.º do CC e 16.º do CT, ao mesmo, por força do art.º 81.º do CC, pode o seu titular, integrando um certo grau de liberdade conferido pelo princípio da autonomia privada, autolimitar ou dispor desse direito através do seu consentimento.

O consentimento, nos exatos termos aqui enunciados, deve ser entendido como declaração negocial, e encontra-se sujeito aos princípios previstos nos artigos 217.º, n.º 1 e 219.º,

ambos do CC. Assim, pode a mesma “ser conferida expressa ou tacita[mente], por um comportamento concludente, e não carece de ser escrita” (Pinto, 2001, p. 539).

Contudo, a licitude da limitação fica dependente da conformidade desse consentimento com o respeito pelos princípios da ordem pública, enquanto princípios da “ordem jurídica global” (Larenz, 1997, p. 588), e com os bons costumes (Cf. art.º 280.º do CC), representados aqui pelas “exigências de moral” (Telles, 1980, p. 34).

c) Prova digital e sujeição à cadeia de custódia da prova?

Pese embora o consentimento do visado, em conjunto com o cumprimento dos condicionamentos legais, permita autolimitar o seu direito de personalidade, o facto é que as mensagens enviadas e recebidas através do *WhatsApp*, enquanto plataforma comunicacional, permanecem no mundo virtual, semi-físico, num limbo, carecendo, por isso, do devido tratamento em termos de recolha probatória que permita a sua validação, análise e utilização em sede própria, consubstanciando assim a denominada prova digital.

Em face das divergências doutrinárias e jurisprudenciais em redor do conceito de prova digital, arriscamos a considerar que a mesma pode ser entendida como todo e qualquer conteúdo informacional, dados informáticos e de tráfego, com configuração binária ou digital, que apresente valor probatório e que seja suscetível de ser transmitida, adquirida ou armazenada através de um sistema informático e cuja gestão, pública ou privada, se encontre a cargo de um fornecedor de serviço.

Com efeito, as normas penais substantivas e adjetivas há muito que ultrapassaram a barreira física das respetivas codificações base, para, aos poucos, se expandirem para outras áreas ou domínios da atividade humana, nomeadamente a área digital.

O legislador português, através da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, a qual aprovou a Lei do Cibercrime (LCC), transpondo para a ordem jurídica nacional a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho da Europa de 24 de fevereiro, estipulou um conjunto de regras penais substantivas e adjetivas, aplicáveis, com as devidas adaptações, ao EDPSP por via do seu art.º 7.º.

De entre essas regras, o legislador definiu um regime adjetivo bipartido relativo ao ciclo de vida das comunicações eletrónicas dependente, em ambos os casos, de despacho de juiz. O primeiro regime, circunscrito à fase de inquérito, corresponde ao momento da transmissão ou envio da mensagem eletrónica e encontra-se previsto no art.º 18.º da LCC. O segundo regime, que corresponde ao momento de armazenamento, segue o preceituado para a apreensão da correspondência previsto no art.º 179.º do CPP, aplicável *ex vi* do art.º 17.º da LCC.

Como já se disse, tendo em conta a subsunção das mensagens enviadas através do *WhatsApp* à figura jurídica das cartas-missivas não confidenciais, consideramos que no âmbito das comunicações de natureza semelhante se devem incluir os denominados serviços de mensagens instantâneas, *v. g.* *WhatsApp*, mesmo que tais mensagens tenham sido abertas pelo seu destinatário, aplicando-se aqui o princípio consagrado no n.º 1 e 2 do art.º 9.º do CC.

Porém, não nos podemos olvidar que a prova digital é “uma prova fragmentária, dispersa, frágil, volátil, alterável, instável, apagável e manipulável, invisível e espacialmente dispersa” (Rodrigues, 2011, p. 29).

Por apresentar todo este conjunto de características, deve a mesma ser recolhida e submetida à cadeia de custódia de prova por forma a se acautelar a sua autenticidade/integridade, originalidade/identidade e legitimidade/legalidade/licitude, “enquanto garantia formal e material da tutela da limpidez probatória” (Valente, 2020, p. 38), sob pena de se correr o risco de inquinar todo o processo.

2. A prova

a) A (eventual) nulidade de prova

A prova, quer ela seja pessoal, pericial ou, como no nosso caso, digital, “é fundamento material de um **facto** com relevância jurídica subsumível a uma **norma** jurídica que se afirma como dimensão positiva de um **valor**”, ou seja, afirma-se que está subordinada “ao direito como dimensão ôntica e ontológica” (Valente, 2020, pp. 45-46).

Em termos de prova, o n.º 2 do art.º 71.º do EDPSP estipula como limite imanente a exclusão da realização das escutas telefónicas em sede disciplinar. Fazendo uma interpretação *a contrario* seríamos levados a concluir que este preceito permitiria ou possibilitaria a admissibilidade de todos os outros meios de prova, neles se incluindo a apreensão de correspondência.

O legislador, demonstrando alguma cautela e por forma a evitar alguns abusos ou comportamentos arbitrários, deles se excluindo o princípio da livre apreciação da prova (Cf. 127.º do CPP), veio estipular no n.º 1 do art.º 71.º, conjugado com o art.º 7.º, ambos do EDPSP, que se lhe aplicam, “com as devidas adaptações, todas as disposições do CPP concernentes à recolha, produção e custódia de prova”.

A prova, de acordo com o art.º 341.º do CC, “tem por função a demonstração da realidade dos factos”, apenas podendo ser admitidas aquelas que “não forem proibidas por lei” (art.º 125.º do CPP).

Como já tivemos ocasião de referir e em face da qualificação jurídica das mensagens do *WhatsApp*, apenas pode ser autorizada a sua recolha e tratamento em sede jurisdicional processual penal e desde que previamente autorizada pelo juiz, de acordo com a conjugação dos artigos 179.º do CPP e 34.º, n.º 4 *in fine* da CRP, assumindo-se, nesses termos, como “meios processuais de tutela de direitos fundamentais” (Silva, 2001, p. 140).

Em face do referido, tal tipologia de prova, em regra, não poderá ser recolhida e utilizada em sede de processo disciplinar por se integrar nas proibições de prova e, por isso, consideradas nulas (Cf. artigos 32.º, n.º 8 da CRP, 126.º, n.º 1 e 3 e 118.º, n.º 1 do CPP).

Somos da opinião, ainda que não prevista nos artigos 119.º e 120.º do CPP e 74.º do EDPSP, que essa nulidade é de conhecimento oficioso por parte do instrutor disciplinar, enquanto “guardião” e garante da legalidade do processo disciplinar, por imposição dos artigos 1.º, 2.º, 18.º, 26.º, 266.º, n.º 2 e 272.º, n.º 1 da CRP, e 3.º do CPA e assente na legitimidade legal e sociológica que deve presidir à atividade policial *lato sensu*.

Constituindo as mensagens do *WhatsApp* e, bem assim, os *printscreens* retirados do dispositivo do destinatário e cedidos a terceiros, como a única prova (nula) que pretende sustentar o processo disciplinar, não poderá, pois, o instrutor disciplinar socorrer-se da prova testemunhal como forma ou tentativa de sanção da nulidade e reconstituição fingida dessa prova, fazendo, caso isso viesse a acontecer, com que subsistissem “práticas processuais reveladoras da resiliência de uma presunção de culpabilidade de outros tempos” (Moura, 2019, p. 1325).

Pois bem, nos termos dos artigos 128.º do CPP e, em termos análogos, 84.º do EDPSP, a testemunha é inquirida relativamente aos factos “de que possua conhecimento direto e que constituem o objeto da prova”. Declarada a nulidade e considerando o efeito-à-distância das proibições de prova (Cf. art.º 122.º do CPP), a testemunha ir-se-ia pronunciar acerca de um nada jurídico, pelo que, neste sentido, e em face do princípio do *in dubio pro reo*, como manifestação do princípio da presunção da inocência (Cf. artigos 32.º, n.º 2 e 10 da CRP e 6.º da CEDH), o processo disciplinar terá de merecer despacho de arquivamento, uma vez que apenas existirá infração disciplinar se “houver um facto que a sustente [...], como] expressão de uma ideia forte de garantia” (Costa, 2012, p. 53).

Reconhecendo que nem todos os direitos fundamentais são ilimitados e absolutos, o articulado do art.º 126.º, n.º 3 *a contrario* do CPP prescreve, enquanto regime das nulidades relativas e em face dos direitos fundamentais atinentes à privacidade, que a nulidade das provas obtidas mediante intromissão na correspondência pode ser sanada pelo consentimento do respetivo titular do direito.

b) Consentimento versus princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

Este consentimento, não deve ser confundido com o consentimento previsto no art.º 38.º do CP, enquanto causa de exclusão da ilicitude em matéria penal, nem com o consentimento de limitação voluntária do direito previsto no art.º 81.º do CC. O consentimento a que nos referimos encontra-se plasmado no art.º 340.º do CC.

Em este, ao contrário daqueles, vigora o princípio *volenti non fit injuria*, ou seja, “ao que consente não se faz injúria” (Soares, 2017, p. 104).

De acordo com este brocardo, o titular do direito pode resignar-se com a lesão desse direito “deixando de o exercer, isto é, abstendo-se de requerer as providências visando evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. [Por outras palavras, o art.º 340.º do CC prescreve] o consentimento enquanto causa de justificação ou exclusão da ilicitude de um ato lesivo do direito” (Pinto, 2001, p. 534).

Assim e de acordo com Pinto (2001) estamos perante o “consentimento tolerante” (p. 552), em contraposição ao “consentimento autorizante” (p. 552) e ao consentimento vinculante (p. 553).

Contudo, não nos podemos olvidar que este tipo de consentimento deve ser prestado de forma espontânea, clara, livre, sem quaisquer restrições ou condicionamentos, uma vez que a prova que deve ser feita no âmbito do processo “não é absoluta ou ontológica, mas [...] o que se pretende] não é uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida” (Silva, 2011, p. 161). O mesmo quer dizer que “num regime democrático e submetido ao valor da lealdade, os fins não justificam os meios” (Valente, 2008, p. 175).

Tudo isto que acabamos de referir prende-se, indubitavelmente, com os respeito que o instrutor disciplinar deve ter pelo arguido e pelos seus direitos, não o levando, por ação (dar o consentimento) ou por omissão (elucidá-lo de forma fraudulenta acerca dos seus direitos ou fazendo perguntas sugestivas), a transformar-se em objeto do processo e violar, assim, o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Este princípio, conhecido na doutrina e jurisprudência como o direito à não incriminação ou princípio da não autoincriminação, pode ser reconduzido, apesar de não possuir consagração expressa em termos constitucionais, às garantias processuais previstas nos artigos 2.º, 20.º, n.º 4, 32.º, n.º 2 e 8 da CRP (visão processualista) e nos artigos 1.º, 25.º e 26 da CRP (visão substantiva ou material) e ainda em termos de direito internacional no art.º 6.º da CEDH e no art.º 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Além da consagração constitucional indireta, o princípio da não incriminação é ainda, enquanto dimensão negativa da liberdade de declaração, reenviado ao direito ao silêncio previsto no n.º 1 do art.º 61.º do CPP, como forma de garantia de um processo democrático,

leal e que concede amplos poderes ao arguido, não podendo esse seu silêncio o prejudicar no sentido de ser utilizado como elemento probatório para instauração de processo disciplinar.

Ao instrutor, enquanto dever de ofício, incumbe-lhe o dever, o “imperativo categórico” (Ferreira, 1981, p. 306), de procurar a verdade material e processualmente válida e não uma verdade a todo o custo, nomeadamente obtendo de forma fraudulenta, ilegal e desleal o consentimento do arguido. Podemos, pois, considerar que “nessa linha divisa-se, aliás, uma tensão entre uma visão ética e teleológica dos valores com uma visão moral e deontológica” (Palma, 2007, 658).

Assim, em caso de violação do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, quer seja através de alguém ser induzido em erro (incluímos aqui as perguntas sugestivas), coagido ou mediante a violação do dever de advertência dos direitos que assistem ao arguido antes do interrogatório, de acordo com o n.º 1 do art.º 343.º, n.º 2 do art.º 144.º e al. a) do n.º 4 do art.º 141.º, todos do CPP, a prova colhida nestas circunstâncias é nula, aplicando-se-lhe o regime regra do princípio do efeito-à-distância das proibições de prova previstos no n.º 5 do art.º 58.º, n.º 1 e 2, alíneas a) e d) e n.º 3 do art.º 126.º, todos do CPP, inquinando-se todos os atos ulteriores por violação das garantias de defesa do arguido plasmadas no art.º 32.º da CRP, não podendo as declarações constantes do interrogatório ser valoradas em termos probatórios.

c) Das proibições de prova – consequências jurídicas

As proibições de prova, da expressão germânica *Beweisverbote*, na sua configuração bidimensional, abrangem as proibições de produção de prova, enquanto “limite à descoberta da verdade” (Andrade, 2006, p. 83), e as proibições de valoração da prova, as quais constituem “meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação poderia acarretar (...) unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor” (Dias, 1976, p. 446).

Em todo o caso, a consequência jurídica será sempre a invalidade do ato, por nulidade da prova obtida, quer seja através dos meios de prova proibidos quer seja através dos métodos de prova proibida quer ainda por violação dos procedimentos das formalidades (somente se atentarem negativamente contra direitos de liberdade), e a consequente proibição de valoração probatória.

Como nos refere Mendes (2017), com o qual concordamos, “a proibição de utilização (= valoração) das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controlo social” (p. 182), e que o preceituado no n.º 4 do art.º 126.º tem por função alertar “os

órgãos de perseguição criminal [e disciplinar] de que ninguém está acima da lei, dizendo alto e bom som que não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes” (p. 198).

A dignidade da pessoa humana, prevista no art.º 1.º da CRP, em sede processual-disciplinar remete-nos para a ideia de um processo justo, leal, legal e lapidar de um Estado de direito democrático, que se alicerça “nos princípios axiológicos da superioridade ética, da supremacia dos direitos fundamentais [...], os quais constituem o fundamento, o fim e o limite da acção policial” (Valente, 2013, p. 392). É nestes termos que podemos e devemos considerar que “a dignidade de cada pessoa é incindível da de todas as outras e envolve responsabilidade” (Miranda, 2016, p. 744) penal, cível e disciplinar.

Esta responsabilidade, gerada na dimensão tripartida apresentada, é concebida desde logo, *ad initio*, em sede de proibições de prova, por afetarem o âmago desse Direito universal, ao estipular o n.º 4 do art.º 126.º do CPP que “se o uso dos métodos proibidos de prova previstos neste artigo constituírem crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra o agente do mesmo”.

Permitam-nos, então, no âmbito desde exercício académico, fazer uma aproximação ao enquadramento das consequências penais, civis e disciplinares para os funcionários da PSP derivadas das nulidades de prova objeto do presente trabalho.

Em termos penais poderá estar em causa o cometimento pelo funcionário da PSP, em termos abstratos, dos crimes de: (i) violação de correspondência ou de telecomunicações previsto e punido (p.p.) pelo art.º 193.º; (ii) denúncia caluniosa, p.p. no n.º 2 e al. b) do n.º 3 do art.º 365.º (quanto ao participante e a quem lhe fornece a informação com quebra da confidencialidade em coautoria material); (iii) denegação de justiça e prevaricação, p.p. no n.º 1 e 2 do art.º 369.º (quanto ao instrutor processual em autoria material), e; (iv) abuso de poder, p.p. no art.º 382.º (quanto a todos os funcionários referidos), todos do CP.

Por seu turno, também poderá existir responsabilidade civil por factos ilícitos nos termos do art.º 483.º conjugado com os artigos 490.º e 493.º, todos do CC e ainda responsabilidade disciplinar por violação dos artigos 9.º, 10, n.º 1 e 2, alíneas a) e b), 11.º, 13.º, n.º 1 e 2, alíneas a) e c), 15.º, n.º 1 e 2, al. b), 16.º, n.º 1 e 2, al. a) e 19.º, n.º 1 e 2, al. f), todos do EDPSP.

Conclusão

Grande parte das comunicações que realizamos todos os dias são feitas por via digital, quer seja através de *email*, redes sociais quer ainda por mensagens do *WhatsApp*, nos vários formatos suportados.

As mensagens enviadas através da plataforma comunicacional *WhatsApp*, em sentido oposto às redes sociais, apresentam características próprias, nomeadamente a confidencialidade da mensagem e as definições de segurança da aplicação, que lhe conferem uma equiparação, em termos legais, às denominadas *SMS* e, por isso mesmo, devem ser interpretadas e integradas nas cartas-missivas não confidenciais previstas no art.º 78.º do CC.

Paralelamente, o art.º 17.º da LCC prescreve que deve ser aplicado o regime das comunicações de natureza semelhante ao regime das apreensões de correspondência previsto no art.º 179.º do CPP, nele se incluindo os serviços de mensagens instantâneas do *WhatsApp*, pelo que devem ficar sujeitas à cadeia de custódia de prova como forma de garantir as suas fiabilidade, legalidade e integridade probatórias.

Temos assim por confirmada, na globalidade, a hipótese 1: As mensagens do *WhatsApp* constituem prova digital, pelo que devem estar sujeitas à cadeia de custódia de prova.

Por seu turno, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direito de personalidade subjetivo e direito fundamental, permite ao seu titular, através de um certo grau de liberdade, autolimitar esse direito através do seu consentimento, servindo este, de acordo com o art.º 126.º, n.º 3 *a contrario* do CPP, como elemento saneador da nulidade.

Assim, temos por confirmada a hipótese n.º 2: A nulidade resultante da obtenção da prova com violação do direito à reserva da vida privada do visado, enquanto direito de personalidade e direito fundamental, é sanada pelo seu consentimento.

Não obstante, verificamos, como se pode constatar das referências apresentadas, que o tratamento doutrinário do direito disciplinar na PSP é quase inexistente, para não dizermos nulo, o que leva, a maioria das vezes, a que os Instrutores disciplinares se socorram do conhecimento empírico para o desempenho da sua atividade investigatória processual-disciplinar, isto é, de um costume *secundum legem*.

Por fim, o conflito entre a confidencialidade e a reserva sobre a intimidade da vida privada, por um lado, e a descoberta da verdade material processualmente válida, por outro lado, deve ser analisada casuisticamente e subordinada aos princípios da proporcionalidade e da adequação, de acordo com o n.º 2 do art.º 18.º da CRP, e com os limites impostos pelo art.º 335.º do CC.

REFERÊNCIAS

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010, de 12-02-2010. Publicado no *Diário da República* n.º 216/2010, Série I, de 8-11-2010.

Acórdão do TRE, Secção Social, de 28 de março de 2019.

- Acórdão do TRE, Secção Social, de 4 de junho de 2020.
- Acórdão do TRP, 2.^a Secção, de 3 de dezembro de 2013.
- Amaral, D. F. do (2008). O poder sancionatório da Administração Pública. In D. Amaral, C. Almeida & M. Almeida (Coord.), *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (Vol. I, pp. 215-234). Almedina.
- American Psychological Association (2020). *Publication manual of the American Psychological Association: The official guide to APA style* (7th ed.). American Psychological Association.
- Andrade, M. C. (2006) – *Sobre as proibições de prova em processo penal* (Reimpressão). Coimbra Editora.
- Ascensão, J. O. (2002) – A reserva da intimidade da vida privada e familiar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIII(1), 9-25.
- Bauman, Z. (2000) – *Liquid Modernity*. Polity press.
- Caetano, M. (1932) – *Do poder disciplinar no Direito Administrativo Português*. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Caetano, M. (1972) – *Manual de Direito Administrativo* (9.^a ed. revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Tomo II). Coimbra Editora.
- Procuradoria-Geral da República (1998). Circular n.º 4/98.
- Canotilho, J. J. & Moreira, V. (2010) – *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 108.º a 296.º*. Coimbra Editora.
- Costa, J. F. (2012) – *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)* (3.^a ed.). Coimbra Editora.
- Cunha, P. F. (2008) – *Direito constitucional aplicado – Viver a Constituição, a Cidadania e os direitos humanos*. Quid Juris.
- Dias, J. F. (1974) – *Direito Processual Penal* (Vol. I). Coimbra Editora.
- Dray, Guilherme (2017) – O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966. In A. M. Cordeiro (Dir.), *Revista de Direito Civil, Ano II*(3) (pp. 673-699). Almedina.
- Decreto de 10 de abril de 1976 – Constituição da República Portuguesa.
- Decreto Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro – Código de Processo Penal
- Decreto Lei n.º 400/82, de 23 de setembro – Código Penal.
- Decreto Lei n.º 4/2015, de 11 de julho – Código do Procedimento Administrativo.
- Ferreira, M. C. (1981) – *Curso de Processo Penal* (Vol. II). Universidade Católica Portuguesa.
- Fontes, J. (2020) – *Curso sobre o Código do Procedimento Administrativo* (8.^a ed. revista e atualizada). Almedina.
<http://www.ibadpp.com.br/publicacoes/os-desafios-do-processo-penal-do-estado-democratico-de-direito-a-sociedade-internetico-personocentrica-por-manuel-valente/>
<https://www.whatsapp.com/security/>
- Hubmann, H. (1967) – *Das Persönlichkeitsrecht*. Bohlau.
- LARENZ, Karl (1977) – *Metodologia da ciência do direito* (Trad. José Lamego, 3.^a ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Leal-Henriques, M. (2002) – *Procedimento Disciplinar* (4.^a ed.). Rei dos Livros.
- Mendes, P. S. (2017) – *Lições de Direito Processual Penal*. Almedina.
- Miranda, J. (2016) – A Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição. In M. R. Sousa, E. Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros* (Vol. I, pp. 731-751). Almedina.
- Monte, M. F. (2017) – O Direito sancionatório público português (Direito penal, contraordenacional e disciplinar). In A. Mello (Coord.), *O Direito em Portugal* (1.^a ed., pp. 153-197). Ubijus.
- Moura, P. V. (2019) – Processo Disciplinar. In P. Albuquerque (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (Vol. II, 1.^a ed., pp. 1308-1326). Universidade Católica Editora.
- Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 113/2005, de 16 de fevereiro de 2005. Publicado no *Diário da República* n.º 128/2006, Série II de 05-07-2006.

- Palma, M. F. (2007) – Tutela da vida privada e processo penal (soluções para o conflito de valores na jurisprudência Constitucional. *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida* (pp. 656-671). Coimbra Editora.
- Pinheiro, P. S. (2020) – *O Procedimento disciplinar no âmbito do Direito do Trabalho Português* (1.^a ed.). Almedina.
- Pinto, P. M. (2001) – A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In J. Dias, I. Barreto, T. Beza, & E. Ferreira (Orgs.), *Estudos de homenagem a Cunha Rodrigues: Estudos variados, Direito comunitário* (Vol. II, pp. 527-558). Coimbra Editora.
- Pinto, P. M. (2006) – A protecção da vida privada no Tribunal Constitucional. *Jurisprudência Constitucional*, 10 (13-28).
- Raposo, J. (2006) – *Direito Policial I – Centro de Investigação do ISCPSI*. Almedina.
- Raposo, M. M. (2018) – *Contributo para o estudo do poder disciplinar no Direito da função pública: As suas relações com os princípios da legalidade e da segurança jurídica*. Chiado Books.
- Rodrigues, B. S. (2011) – *Da prova penal: Da prova eletrónico-digital da criminalidade informático-digital* (1.^a ed., Tomo IV). Rei dos Livros.
- Silva, G. M. (1998) – *Direito Penal Português – Parte Geral – Teoria geral do crime* (Vol. II). Verbo.
- Silva, G. M. (2001) – *Curso de Processo Penal* (3.^a ed., Tomo II). Verbo.
- Silva, G. M. (2011) – *Curso de Processo Penal* (5.^a ed., Tomo II). Verbo.
- Soares, P. (2017) – *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia* (2.^a ed.). Almedina.
- Telles, I. G. (1980) – *Direito das obrigações* (3.^a ed.). Coimbra Editora.
- Valente, M. G. (2008) – *Escutas telefónicas – Da Excepcionalidade à vulgaridade* (2.^a ed.). Almedina.
- Valente, M. G. (2013) – *Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do Ser Humano*. Universidade Católica Editora.
- Valente, M. G. (Ed.). (2019) – Os desafios do processo penal do Estado democrático de direito. A sociedade internético-personocêntrico. In Valente, M. G., *Direito Processual Penal – Da sociedade Internético-Personocêntrica* (pp. 35-62).
- Valente, M. G. (2020) – *Cadeia de custódia da prova* (2.^a ed.). Almedina.

A autorregulação (compliance) e o Direito Penal

Self-regulation (compliance) and Criminal Law

TÂNIA SOFIA DAS NEVES TEIXEIRA CARIMBO¹

taniasofiateixeira@hotmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho - 31st December Dezembro 2021 · pp. 41-51

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.3>

Submitted on August 30th, 2021 . Accepted on September 28th, 2021

Submetido em 30 de Agosto, 2021 . Aceite a 28 de Setembro, 2021

RESUMO De forma necessariamente breve, o presente trabalho estuda o mecanismo de *compliance* e sua relação com o direito penal, tendo presente a preservação do princípio da *ultima ratio*. É nessa intervenção a posteriori, quando a lesão do bem jurídico já ocorreu, que se analisará a responsabilidade penal, quer das pessoas jurídicas, quer das pessoas singulares que praticam crimes de âmbito corporativo.

PALAVRAS-CHAVE *compliance*; responsabilidade penal; pessoa jurídica; *compliance officer*.

ABSTRACT In a necessarily brief way, the present work studies the compliance mechanism and its relationship with criminal law, bearing in mind the preservation of the principle of *ultima ratio*. It is in this a posteriori intervention, when the damage to the legal interest has already occurred, that criminal liability will be analyzed, whether of legal entities or individuals who commit crimes of a corporate scope.

KEYWORDS *compliance*; criminal liability; legal entity; *compliance officer*.

-
- 1 Procuradora da República. Mestranda em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigadora Colaboradora do Ratio Legis – Centro de Investigação em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa [Projeto: *Corpus Delicti – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional*].
 - 2 Este trabalho corresponde com algumas alterações pontuais ao comentário científico entregue no âmbito do *Seminário de Investigação: Direito Penal Económico, do curso de mestrado em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, regida pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente*.

I. Introdução

A necessidade de punição de determinadas atividades económicas é comumente aceite pelos diversos atores do espectro político, propugnando-se uma justiça penal que parta de conceitos como “corporate governance” e “responsability” para o desenvolvimento de programas de *compliance*³ e de responsabilidade coletiva.

Esta conceção encontra respaldo na afirmação de Klaus Tiedemann de que a criminalidade económica⁴ é um “problema político”⁵, encontrando reforço em Figueiredo Dias ao referir que se trata de “direito político de modo acrescido e mesmo exasperado” enquanto produto do “sistema político-económico estadual”, dependendo diretamente da circunstância de o Estado ser ou não interventivo no domínio económico⁶.

Um passo significativo e inovador foi dado com o recurso ao *compliance*, de tal forma que o presente século tem cunhada a *Revolução Digital* e a *Era do Compliance ou da Integridade*⁷.

Especialmente no “velho continente”, os programas de cumprimento normativo^{8/9/10} vêm adquirindo importância crescente como forma de reação a situações de má gestão empresarial¹¹ a que se associaram crises financeiras¹². Por outro lado, a tomada de consciência da importância dos referidos programas¹³ encontra-se intimamente relacionada com escândalos empresariais de grandes dimensões causadores de prejuízos sociais e económicos¹⁴, apresentando-se como um contributo para a prevenção da criminalidade prati-

3 Etimologicamente, deriva do latim *complere*, significando *vontade de fazer aquilo que foi pedido ou agir em conformidade. Foram os norte-americanos quem, de forma pioneira, utilizou o termo no âmbito das instituições financeiras para significar a necessidade de regulamentar as relações comerciais. A este propósito, MARQUES DA SILVA (2021: 53).*

4 NUNES (2020: 656), na esteira de Schünemann, opera a distinção, na criminalidade económica, entre criminalidade de empresa e criminalidade na empresa.

5 Também NAUCKE (2015) teoriza um “crime económico de carácter político”.

6 RODRIGUES (2017: 2).

7 Neste sentido, CARNEIRO (2020: 21).

8 NIETO MARTÍN (2015: 33),

9 Sobre o ponto de vista histórico, CARNEIRO (2020: PP. 26-28).

10 RODRIGUES (2020: 97) qualifica-os como “um produto híbrido, público e privado, do Estado e do mundo empresarial” e, no mesmo sentido, Rodrigues (2017: 9).

11 A este propósito veja-se que Edwin SUTHERLAND, citado por Saad-Dinis (2018: 171), propugnou que é em função das janelas de oportunidade e da aprendizagem no âmbito das organizações que os indivíduos encontram as condições que se afiguram necessárias para praticarem crimes de natureza económica e isso, curiosamente, sem que os mesmos deixem de reprovar todos aqueles que incorrem na prática de crimes, ditos, tradicionais.

12 Veja-se o sucinto relato a propósito da crise financeira de 2008, por Rodrigues (2017), no capítulo II.

13 SAAD-DINIZ (2018: 167), refere que, na maioria dos casos, este tipo de programas confunde-se com “outros controles da empresa, reduzidas à “fachada”, ou, o que é ainda pior, “à aparência de “renovação ética””.

14 Como sejam os casos Panama Papers, Parmalat, Enron, WorldCom, Siemens, Lava-Jato, Dieselgate, Volkswagen e grupo Fiat Chrysler. Retrocedendo à década de setenta do século passado, veja-se o conhecido “escândalo Watergate”.

cada em contexto empresarial¹⁵, pelo que, “a adoção de boas práticas deve fazer parte da cultura organizacional, seja ela pública ou privada”^{16/17}.

Não fugindo à reconhecida necessidade, o XXII Governo Constitucional aprovou a Estratégia Nacional Anticorrupção para o quadriénio 2020-2024¹⁸, contando-se, entre outras medidas, a adoção de programas de cumprimento normativo no sector público.

No presente trabalho não se abordará exaustivamente a evolução dos programas de cumprimento nem, tão-pouco, todas as implicações entre os sistemas de *compliance* e o Direito Penal. Do mesmo modo, não se abordará o *compliance* sob a lente da criminologia económica. Muito mais limitado, é o propósito que pretendemos atingir, qual seja o de aferir da responsabilidade criminal da pessoa jurídica e dos seus dirigentes por crimes ocorridos em contexto corporativo.

II. Programas de *compliance*

Os efeitos da criminalidade económica-financeira extrapolam as fronteiras dos territórios dos países, envolvendo a economia global, daí decorrendo prejuízos que “excedem não somente a esfera dos interesses individuais, mas a própria ordem econômica, o que a qualifica como uma macrocriminalidade econômica”¹⁹, originando a prática de crimes cujos danos são irrestauráveis^{20/21/22}.

O *compliance*^{23/24} não pode ser considerado de forma niilista como a conformidade ao Direito, devendo antes ser concebido como a «adoção de regras e processos intraempresariais que garantam que o cumprimento do Direito não é fruto do acaso, de um compromisso individual ou de interesses parciais de um departamento, antes corresponde a uma

15 Que SAAD-DINIS (2018: 171) refere que “a criminalidade corporativa é fundamentalmente criminalidade do colarinho branco”.

16 CARNEIRO (2020: 22).

17 AIRES DE SOUSA (2019 (2): 123) refere que a pessoa jurídica deve ser “socialmente responsável” devendo criar “mecanismos de boa governança e de reforço da ética empresarial”. Neste sentido, veja-se, igualmente, NIETO MÁRTIN (2017: 27).

18 Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, publicada no Diário da República, I.ª Série, de 6 de Abril de 2021.

19 LOPES FELÍCIO (2020: 245).

20 LOPES FELÍCIO (2020: 245).

21 RODRIGUES (2017: 4), os crimes económicos não deixam, no plano físico, sinais externos que tão facilmente os identificam como crimes que são próprios da generalidade da delinquência convencional.

22 Sobre o que sejam comportamentos desviantes nas organizações, veja-se o estudo de WILKS (2013: PP. 237-247).

23 A este termo têm surgido associados outros que, de modo semelhante, procuram traduzir a ideia de uma pessoa jurídica que seja cumpridora e responsável, como sejam: *corporate governance*, responsabilidade social, *risk management*, código de conduta, código de ética empresarial, mecanismos internos de integridade. A este propósito, veja-se, AIRES DE SOUSA (2019 (2): 124), NIETO MÁRTIN (2015: 35) e MARQUES DA SILVA (2021: 54).

24 BAHAMONDE (2020: 53) refere que o *compliance* “deve ser encarado como uma prática de conformidade”.

“arquitetura de Compliance” coerente e omnipresente, i. e., referida a todas as actividades empresariais, internas e externas»^{25/26}. Trata-se de uma iniciativa voluntária das pessoas jurídicas: é autorregulação^{27/28}.

Paulatinamente, ocorre a consciencialização de que os litígios, as sanções, as restrições regulatórias e os danos reputacionais das empresas poderiam ser evitados, acaso fossem concebidos e colocados em prática programas de cumprimento normativo voluntário.

A adoção de boas práticas e a efetivação de sistemas de controlo interno revelam-se indispensáveis para que as empresas “não sucumbam às próprias falhas e perderem afinal a batalha da competitividade”²⁹.

III. Programas de *compliance* e direito penal

Se é certo que a adoção dos programas de cumprimento normativo constitui uma incumbência da pessoa jurídica³⁰, a verdade, é que a sua responsabilidade penal não significa uma qualquer sanção pela falta ou pela inadequação dos programas de cumprimento normativo³¹.

Uma dificuldade que se aponta aos programas de *compliance* prende-se com o respetivo grau de concretização e, conseqüentemente, ao seu maior ou menor grau de efetividade. Tal depende, desde logo, da sua finalidade³², do tipo de empresa e da sua dimensão e, ainda, do seu âmbito de atuação económica³³.

25 QUINTELA DE BRITO (2018: 59).

26 Neste sentido, Ribeiro Bruno (2020: 87). Veja-se, igualmente, AIRES DE SOUSA (2019 (2): pp. 124-125) que, citando Lothar Kuhlen, apresenta como definição de *compliance* “o conjunto de medidas por meio das quais se pretende não só assegurar que sejam cumpridas as regras vigentes para as empresas e para o seu pessoal, mas também descobrir e eventualmente sancionar irregularidades e infracções cometidas o contexto da organização”.

27 SOUSA MENDES (2018: 13) refere que o conceito de autorregulação regulada é uma *contradictio in adjecto*, na medida em que pretende vincular o Estado à iniciativa das empresas ao adoptarem programas de cumprimento normativo.

28 SAAD-DINIS (2018: 178) elucida que Ian Aires e Braithwaite desenvolveram o conceito de regulação responsiva – *responsive regulation* – referindo-se à regulação baseada em escalonamento de condutas e de formas relacionadas e proporcionais de controle, ou autorregulação regulada – *enforced self-regulation*.

29 SOUSA MENDES (2018: 13) aventa que a finalidade do *compliance* é a de evitar a prática de vários tipos de ilícitos e não a de obter qualquer tipo de isenção de responsabilidade – seja individual ou coletiva – ou atenuação de qualquer sanção, porquanto, se assim não fosse, os referidos programas tornar-se-iam estratégias para fugir à responsabilidade. Neste sentido, citando Thomas Rotsch, Quintela de Brito (2018: pp.59-60).

30 QUINTELA DE BRITO (2018: 63).

31 QUINTELA DE BRITO (2018: 74) refere que, se assim não fosse, operar-se-ia uma administrativização da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

32 AIRES DE SOUSA (2019 (2): 126) aponta dois grandes modelos de *compliance* atendendo à sua “finalidade primária”: um modelo orientado ao estabelecimento de valores e de princípios éticos e um modelo concebido como um sistema de “auto-vigilância” da empresa.

33 Acerca da implementação e da concretização dos programas de *compliance*, veja-se JÚNIOR E MEDEIROS (2018: 125).

Um programa de *compliance* que seja indeterminado e genérico aumenta a dificuldade de imputar o facto que seja criminalmente relevante. Já se antevê, pois, que se o sistema de cumprimento for preciso, organizado e efetivo – *i.e.*, *taylor made* – poderá ter repercussões ao nível da responsabilidade penal: seja excluindo a imputação penal, seja atenuando a pena aplicada. Trata-se de casos, em que os programas de cumprimento normativo se situam a montante do evento criminal. Todavia, nada impede que tais programas surjam apenas num momento posterior à prática do facto, já no âmbito de um processo penal, impondo-se como condição “à decisão de não iniciar ou de suspender o processo”^{34/35/36}.

Não existe impacto automático da existência dos programas de cumprimento normativo voluntário não apenas ao nível da isenção da responsabilidade dos visados como, de igual modo, ao nível da determinação da medida da pena³⁷ como consequência das ações praticadas³⁸.

Haverá, pois, que distinguir quem adote um modelo de responsabilidade por facto e culpa que sejam próprios da pessoa jurídica, daqueles que adotam um modelo de transferência do facto da pessoa singular para a pessoa coletiva.

No primeiro modelo, consoante os casos, é admitida a exclusão do ilícito típico coletivo ou da culpa da pessoa jurídica. No ordenamento jurídico nacional, o artigo 11.º, nos números 2, 4, 6 e 7 do Código Penal, parece consagrar um modelo de responsabilidade penal direta ou de autorresponsabilidade ou por facto próprio do ente coletivo³⁹, o que permite a abertura da porta ao denominado Criminal Compliance a nível do ilícito típico coletivo, mas, também, da culpa do ente coletivo⁴⁰.

34 AIRES DE SOUSA (2019 (2): 127).

35 Em comum, note-se, que em qualquer um dos casos apontados, poderá existir um efeito mitigador da responsabilidade penal da pessoa jurídica – ao nível da exclusão da imputação do facto, ao nível da atenuação da pena ou ao nível da negociação do processo penal – surgindo os programas de *compliance* “como uma defesa avançada à responsabilização ou punição criminal da pessoa jurídica” – AIRES DE SOUSA (2019 (1): pp. 10-11) e (2019 (2): 128 e pp. 132-133). Também neste sentido, LAUFER (2018) e SOUSA MENDES (2018: PP. 26-27).

36 Como exemplos de formas de negociação encontramos em Franca, a denominada Lei Sapin II: Lei n.º 2016-1691, de 9 de dezembro de 2016.

37 Referimo-nos apenas a penas e não a coimas ou outras consequências jurídicas da prática de infrações, em virtude de nos cingirmos às relações entre os programas de cumprimento normativo e o Direito Penal.

38 Sousa Mendes (2018: 14), refere que o legislador não deve extrair da mera existência de programas de *compliance* nas empresas quaisquer efeitos automáticos de dispensa ou de atenuação das sanções a aplicar, dependendo do modelo de responsabilização penal das pessoas coletivas que seja adotado. No mesmo sentido, QUINTELA DE BRITO (2018: 71).

39 MARQUES DA SILVA (2009: PP. 174-196).

40 QUINTELA DE BRITO (2018: 72).

No segundo modelo, existindo um programa de *compliance* que seja idóneo e eficaz, é admitida uma atenuação da responsabilidade do ente coletivo^{41/42} ou uma isenção da pena, porquanto o delito praticado pela pessoa singular é concebido como um “acidente”⁴³ para aquele⁴⁴.

Seja qual for o modelo que se adote, é certo que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui uma forma de as motivar⁴⁵ a uma autorregulação correta e, simultaneamente, permite o controlo por banda do Estado dessa mesma autorregulação^{46/47/48}.

Na prática, os programas de *compliance* podem ter impacto na avaliação da responsabilidade – seja coletiva, seja individual – e na determinação das sanções aplicáveis⁴⁹. Trata-se de avaliações que, apenas de forma casuística, podem ser efetuadas no processo decisório^{50/51/52}.

41 É o caso das Sentencing Guidelines estadunidenses. Cf. AIRES DE SOUSA (2019 (1): PP. 12-15).

42 Um exemplo pode ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei n.º 12.846, de 13 de agosto de 2013, incisos VII e VII.

43 QUINTELA DE BRITO (2018: 72).

44 Veja-se a Circular 1/2016 sobre “la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015”, em pp. 55-56.

45 QUINTELA DE BRITO (2018: 73), acrescenta ainda que, para além de uma forma de motivação, também de trata de uma forma de coagir as pessoas jurídicas. No mesmo sentido, Nieto Martín (2015: 32).

46 NIETO MARTÍN (2015: PP. 34-35) indica que, em 1909, no caso New York & Hudson River v. USA, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América reconheceu a responsabilidade penal das pessoas coletivas, considerando que o objetivo da punição residia no incitamento a que se dotassem de mecanismos de controlo interno que lhes possibilitassem o cumprimento da lei.

47 Em cada caso gerador de responsabilidade, é o visado quem tem o ónus de alegar e provar no processo: a existência dos programas de cumprimento normativo; que tais programas de *compliance* são efetivos; a identificação das medidas que se revelam adequadas e que se encontram efetivamente implementadas contra falhas da organização e que se revelam suscetíveis de desembocar na prática de infrações e, ainda, a identificação, a avaliação e o controlo dos riscos que advêm para a empresa.

48 SOUSA MENDES (2018: 14) preconiza que não se trata de uma inversão do ónus da prova, na medida em que os mencionados itens não integram os elementos típicos da infração nem constituem, tão-pouco, quaisquer causas de exclusão da responsabilidade. No mesmo sentido, Rodrigues (2020: 113).

49 A este propósito, veja-se o artigo 11.º, n.º 6 do Código Penal e, ao nível da determinação da medida concreta da pena, o estipulado no artigo 71.º do mesmo diploma legal.

50 Em termos de jurisprudência nacional, veja-se a citada por BAPTISTA (2018).

51 Ao nível da jurisprudência alemã, SOUSA MENDES (2018: 15) refere o acórdão da 1.ª Secção Penal do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH), de 07.05.2017 (BGH 1 StR 265/16), no qual se decidiu que o *compliance* pode levar a uma redução da coima aplicada a uma empresa, mesmo que não existam leis ou regulamentos nesse sentido, porquanto estas estão condicionadas a implementar um sistema de *compliance* que seja adequado a evitar qualquer conduta imprópria ou ilícita por parte dos seus trabalhadores. Foi estabelecido um critério dual para a determinação da medida da coima: a) saber se existia um sistema de *compliance* que fosse, simultaneamente, efetivo e adequado à prevenção dos riscos da prática daquela infração e, b) saber se a administração da pessoa jurídica, reagiu de forma pronta, identificou as lacunas do programa de cumprimento normativo e se as corrigiu de forma imediata para prevenir infrações similares.

52 SOUSA MENDES (2018:15) elenca os perigos dos programas de cumprimento normativo, que podem determinar um agravamento das sanções aplicadas, acaso aqueles sejam mal concebidos ou implementados de forma deficiente.

Assim, o maior ou menor efeito que, em matéria de responsabilidade criminal da pessoa jurídica⁵³, se deva atribuir aos programas de *compliance*, relaciona-se com o modelo de imputação do facto que se venha a adotar.

Com efeito, num modelo de autorresponsabilidade ou responsabilidade direta⁵⁴ – no qual se reconhece, de forma autónoma, a responsabilidade da pessoa jurídica – a existência de programas de cumprimento normativo pode ser sinal de que a empresa “se organizou devidamente na prevenção e detecção de infracções”⁵⁵, pelo que, uma eventual prática delituosa por parte das pessoas singulares visando iludir o programa de *compliance*, apenas se pode imputar a estas. Neste modelo, a pessoa jurídica é passível de responsabilidade penal por “defeito de organização”⁵⁶, quer porque permitiu que os seus membros praticassem crimes em seu favor, quer porque “através dos seus mecanismos decisórios, optou por uma actuação dirigida à prática de crimes”^{57/58}.

No modelo de hetero-responsabilidade, de responsabilidade vicarial ou heterónimo – adotado pelo legislador português⁵⁹ – a responsabilidade da conduta levada a cabo por uma pessoa física⁶⁰ que representa a pessoa jurídica e que atua na prossecução do interesse coletivo, transfere-se mediamente para esta. Assim, na medida em que a atribuição da culpa da pessoa jurídica se mostra dependente da atuação de uma pessoa física qualificada⁶¹, um programa de *compliance* – ainda que efetivo – apenas dificilmente pode excluir a imputação do facto àquela se os pressupostos legais da sua responsabilidade estiverem verificados. Mas diga-se que a existência de um programa de *compliance* poderá ser tida em conta na determinação da medida concreta da pena da pessoa jurídica, por via do disposto pelo artigo 71.º do Código Penal^{62/63}.

53 Numa perspetiva criminológica, SAAD-DINIZ (2018: pp. 181-184).

54 Exemplo deste modelo pode encontrar-se no artigo 31.º bis do Código Penal espanhol e, na lei italiana, no artigo 6.º, 1.º, al. a) do decreto legislativo de 8 de junho de 2001. A propósito do regime espanhol, POSADA FERNÁNDEZ (2020: pp. 72-85).

55 AIRES DE SOUSA (2019 (2): pp. 128-129).

56 RODRIGUES (2020: 111).

57 RODRIGUES (2020: 111), fazendo referência a Juan Antonio Lascuráin.

58 Cada um dos modelos é suscetível de críticas, conforme RODRIGUES (2020: pp. 111-112).

59 De que são exemplos, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 84/84, de 20 de janeiro e o artigo 7.º, da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho. Quanto ao regime ou sistema vicarial adotado pelo legislador português em 1984, 2001 e 2007, quanto à alteração ao artigo 11.º do CP em que se passou a admitir e se ampliou a responsabilidade da pessoa coletiva, FIGUEIREDO DIAS (2007: 281-284) e GUEDES VALENTE (2007: 3-10).

60 Administrador, dirigente ou empregado.

61 AIRES DE SOUSA (2019 (2): 134).

62 Neste sentido, SOUSA MENDES (2018: 14) e AIRES DE SOUSA (2019 (2): 134).

63 MARQUES DA SILVA (2021: PP. 57-58), refere que as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas independentemente da identificação do agente da prática do crime, desde que se prove que este apenas “poderia ocorrer por vontade de alguma das pessoas por cujos crimes a sociedade responde”.

IV. Da responsabilidade penal das pessoas singulares

A criação de departamentos de *compliance* e, conseqüentemente, dos respetivos programas, coloca questões relativamente à repartição de responsabilidade criminal, mormente, ao nível do dever de garante dos dirigentes da pessoa coletiva.

Desde logo, haverá que assinalar, na esteira de Aires de Sousa e Lascuráin Sánchez⁶⁴, que detendo o administrador (ou dirigente) da pessoa coletiva um dever de garante⁶⁵, tal não se extingue por via de uma delegação de poderes para o departamento de *compliance*. A criação deste departamento constitui novos deveres para o administrador (ou dirigente), como seja, o dever de controlo, que será “tanto maior quanto maior for o risco da actividade que é delegada (...), atendendo-se nessa avaliação, ao tipo de actividade, à experiência do delegado, aos seus conhecimentos e capacidade ou à duração da delegação”, valendo aqui o princípio da confiança⁶⁶.

No que tange à responsabilidade do *compliance officer*^{67/68}, mais uma vez acompanhando Lascuráin Sánchez considerando que “a delegação é fonte de deveres penais”⁶⁹, o incumprimento por banda do delegado das funções que lhe foram cometidas ou a falta de controlo por parte do delegante, podem fazer nascer a responsabilidade criminal pelo resultado que não se evitou, transformando o omitente do dever em autor do crime por omissão⁷⁰.

Conclusão

Findo o presente estudo, é imperioso concluir-se que, no teatro da criminalidade económica, eclodiram novos atores – empresas internacionais com projeção mundial comandadas por grandes empresários – característicos de um cenário em que a ideologia que impera é a do neoliberalismo, apresentando como traços individualizadores a ausência de uma regulação pública efetiva, o seu carácter transnacional e financiarização da economia global, buscando “a rentabilidade de quantidades ingentes de capital”⁷¹.

A contrapartida não apenas das políticas económicas neoliberais, mas, também, da desregulação – a que encontram ligados, umbilicalmente, sucessivos escândalos financeiri-

64 AIRES DE SOUSA [2019 (2): 136]: “As atribuições que venham a ser legal ou estatutariamente reconhecidas ao departamento de *compliance* podem modificar ou alterar o dever de garante do administrador na medida em que alterem ou restrinjam a capacidade de actuação do dirigente. Porém, não o eliminam”.

65 AIRES DE SOUSA (2019 (2): pp. 68-75).

66 AIRES DE SOUSA (2019 (2): 136).

67 No artigo 16.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, fala-se em “responsável pelo cumprimento normativo”.

68 Sobre esta questão, o estudo levado a cabo por NUNES (2020: pp. 653-680).

69 Cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ CITADO POR AIRES DE SOUSA [2019 (2): 137].

70 Para maiores desenvolvimentos, AIRES DE SOUSA (2019 (2): pp. 137-140) e Rodrigues (2020: pp. 116-123).

71 RODRIGUES (2017: 11).

ros não evitados pela supervisão – foram as propostas de autorregulação que se consubstanciaram em orientações de *corporate governance* e de *compliance*.

Os programas de *compliance* visam “a promoção de uma cultura empresarial ética e de cumprimento, mas o seu objectivo final é evitar a responsabilidade administrativa, civil e, em última linha, mas sobretudo, penal”⁷².

Especial destaque colhe a inclusão, nos programas de cumprimento normativo, de *compliance officers*, “pelas implicações que poderão ter na sua (potencial) inclusão no universo de pessoas que ocupem uma posição de liderança e do subseqüente risco de uma «substituição» do representante pelos *compliance officers*”⁷³.

No Código Penal português, os programas de *compliance* não têm consagração direta apontando, contudo, a Estratégia Nacional Anticorrupção, para a sua relevância substantiva, o que se encontra diretamente dependente do modelo de imputação que se adote.

Assim, apenas nos modelos de responsabilidade direta baseados em defeito da organização, se pode admitir que a existência de programas de *compliance* conduza à exclusão da responsabilidade da pessoa coletiva.

Considerando o modelo de imputação vicarial vigente no ordenamento jurídico português, a relevância dos programas de cumprimento normativo poderá ser limitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aires de Sousa, Susana – A colaboração processual dos entes colectivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”?. In: *Revista do Ministério Público*, 158, Abril-Junho, 2019, pp. 9-36.
- *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019.
- Bahamonde, Ruben – Antitrust Compliance. In: Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde (Org.). *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 53-67.
- Baptista, Alexandre Leite – Compliance em processo contraordenacional: Da alegação à decisão através da prova. In: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (Coord.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 345-384.
- Carneiro, Claudio – A era do Compliance no século XXI. In: Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde (Org.). *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 21-31.
- Figueiredo Dias, Jorge de – *Direito Penal. Parte Geral* – Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- França Júnior, Francisco de Assis de – Pessoas colectivas e os programas de compliance: a problemática da prova partilhada com o processo penal de pretensão democrática. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, volume 4, n.º 3, Setembro-Dezembro, 2018, pp. 1277-1318. Disponível em: [file:///C:/Users/mp01401/Downloads/Dialnet-PessoasColetivasEOsProgramasDeCompliance-6691193%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/mp01401/Downloads/Dialnet-PessoasColetivasEOsProgramasDeCompliance-6691193%20(2).pdf), acessado em 13.08.2021.

72 RODRIGUES (2019: 57).

73 GODINHO (2021: 174).

- Godinho, Inês Fernandes – Uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas colectivas e programas de cumprimento normativo. In: Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura (Org.). *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 167-177.
- Júnior, Filipa Marques e Medeiros, João – A elaboração de programas de compliance. In: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (Coord.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 123-148.
- Lauffer, William S. – A Very Special Regulatory Milestone. In: *Univ. Pa. J. Bus. Law*, 391, Junho, 2018, pp. 392-428. Disponível em: [file:///C:/Users/mp01401/Downloads/SSRN-id3034699%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/mp01401/Downloads/SSRN-id3034699%20(1).pdf), acessado em 13.08.2021.
- Lopes Felício, Guilherme – *Compliance* e autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo espanhol como referência para o Brasil. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, volume 11, n.º 29, Janeiro-Junho 2020, pp. 243-286. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-27-08-2020-18-30-28-304089.pdf>, acessado em 10.8.2021.
- Marques Da Silva, Germano – *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2009.
- *Responsabilidade penal dos dirigentes das sociedades*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.
- Naucke, Wolfgang – *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Tradução do alemão de Eugenio Sarra Bayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Nieto Martín, Adán – Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. In: *Política criminal*, 2008, n.º 5. Disponível em: <file:///C:/Users/mp01401/Downloads/SSRN-id2712397.pdf>, acessado em 11.08.2021.
- , *Manual de cumplimiento en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Nunes, Duarte Rodrigues – Posição de garante do compliance officer na criminalidade da empresa?. In: *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, volume I, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 651-680.
- Patrício, Rui e Júnior, Filipa Marques – Compliance, what?. In: *Revista Exame*, Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Comunicacao/Imprensa/2012/Compliance_what.pdf, acessado em 11.08.2021;
- Posada Fernández, Maria Teresa El compliance corporativo y la seguridad jurídica, hacia un nuevo derecho. In: Alex Sander Pires, Pedro Trovão do rosário e Ruben Bahamonde (Org.). *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 69-85.
- Quintela De Brito, Teresa – *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (Coord.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 57-100.
- Ribeiro Bruno, Valeria – O compliance trabalhista como instrumento de transformação cultura para a dignidade humana. In: Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde (Org.). *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 87-97.
- Rodrigues, Anabela Miranda – Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, volume 127, 2017 Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.127.01.PDF, acessado em 10.08.2021.
- *Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa*. In: *Revista do Ministério Público*, n.º 151, Julho-Setembro 2017, pp. 11-34.
- *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2020.

- Saad-Diniz, Eduardo – Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. In: Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 167-191. Disponível em: <file:///C:/Users/mp01401/Downloads/saad.complianceperspectivadacriminologia.pdf>, acessado em 01.08.2021.
- Sousa Mendes, Paulo de – Law Enforcement & Compliance. In: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (Coord.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 11-20.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes – Lei n.º 20/2008, de 21 de abril: corrupção no sector privado. In: Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura (Org.). *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 412-426.
- La Responsabilidad Penal de las personas Jurídicas en el Derecho penal portugués. Breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: Nieves Sanz Mulas (Coord.). *El Derecho Penal y La Nueva Sociedad*. Granada: Comares Editorial, 2007, pp. 1-14.
- Wilks, Daniela – Comportamentos desviantes nas organizações: más pessoas vs. más organizações. In: José N. Cruz et alii (Coord.). *Infracções Económicas e Financeiras. Estudos de Criminologia e Direito*. Coimbra: Editora, 2013, pp. 237-250.

A perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira¹

The loss of assets and advantages in economic and financial crime

JAQUELINE MARIA MENTA²

jaqueline.menta@trt4.jus.br

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 53-64
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.4>
Submitted on August 30th, 2021 · Accepted on September 28th, 2021
Submetido em 30 de Agosto, 2021 · Aceite a 28 de Setembro, 2021

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira, analisando sua motivação, evolução, objetivos, gerações do confisco alargado de bens, natureza jurídica, bem assim questões controversas como a decretação da perda de bens ‘*post mortem*’, verificando se ocorre a transmissibilidade da pena para além do arguido e a que geração pertenceria o confisco de bens ‘*post mortem*’, finalizando por analisar a ética do Estados que recebem investimentos vultosos sem questionar sua origem, Estados esses que, por meio de suas legislações rígidas, tornam-se refúgios seguros para a proteção patrimonial, podendo dar azo a condutas ilegais, como evasão fiscal e corrupção, além de possibilitar a criminalidade reditícia (processo cíclico no qual a organização criminosa investe o provento obtido nas condutas ilícitas no financiamento ou fomento de novas condutas criminosas).

PALAVRAS-CHAVE: Perda alargada de bens. Criminalidade Económico-financeira. Criminalidade transnacional.

ABSTRACT: The present article has as its object of study the loss of assets and advantages in economic-financial crime, analyzing its motivation, evolution, objectives, generations of extended confiscation of assets, legal nature, as well as controversial issues, such as decreeing the loss of ‘*post-mortem*’ goods, verifying whether the sentence can be

1 Este trabalho corresponde com algumas alterações pontuais ao comentário científico entregue no âmbito do *Seminário de Investigação: Direito Penal Económico*, do curso de mestrado em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, regida pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

2 Mestranda em Direito, na especialidade em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL).

transferred beyond the defendant and to which generation would the ‘post-mortem’ confiscation of goods belong, ending by analyzing the ethics of States that receive considerable investments without questioning their origin, States that, through their strict legislation, they become safe havens for the protection of assets, which can give rise to illegal conduct, such as tax evasion and corruption, in addition to enabling recidivism criminality (the cyclical process in which the criminal organization invests the proceeds obtained in unlawful conduct in the financing or promotion of new criminal conduct).

KEYWORDS: Widespread loss of assets. Economic-financial crime. Transnational crime.

1. Introdução

A criação de comunidades comuns, resultante da integração de regras políticas, económicas e sociais, com consequente extinção de limites fronteiriços, como por exemplo a União Europeia, a par de permitir o crescimento de forma homogénea de seus membros, ante ajuda mútua entre eles, possibilita a movimentação de pessoas e recursos económicos, tanto os bons, como os maus, os quais fazem uso dessa fluidez fronteiriça para desviar-se de responsabilização decorrente da conduta criminosa, derivando em um novo tipo de criminalidade, a transnacional económica e reditícia.

O presente estudo tem por objeto a perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira, a qual visa, especialmente, cercear a reutilização dos recursos auferidos de forma ilícita nas práticas criminais, verificando as medidas que estão sendo adotadas para fazer frente a essa criminalidade reditícia, pois, não havendo barreiras, a criminalidade se espalha e se enraíza para além das fronteiras nacionais, dificultando aos Estados a persecução dos criminosos e, nomeadamente, impedir que os lucros decorrentes da própria criminalidade sejam reinvestidos para fomentar novas práticas criminais, circunstância em que, a perda dos bens e vantagens, assume outros delineamentos.

2. Motivação da perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira

Ao alcance de um clique em busca na ‘internet’ facilmente encontramos endereços com conteúdo ensinando proteção do património contra o confisco de bens. Dentre as medidas indicadas cita-se a diversificação entre jurisdições seguras, pesquisa do sistema jurídico da empresa na qual estão investidos os bens, armazenamento de metais preciosos e outros

ativos fora do sistema bancário e afastar-se de países que confiscaram no passado, com destaque para a assertiva de que governos não podem facilmente apreender o que ultrapassa suas fronteiras³.

Nesse diapasão, a movimentação de bens oriundos da criminalidade organizada, inclusive a transferência para terceiros, a título oneroso ou gratuito, via herança ou não, por meio de negócios simulados ou não, dificulta a rastreabilidade e permite o fortalecimento econômico da organização criminosa, a qual se refinancia e cada vez mais aumenta seu poderio e essa permanência dos bens e vantagens na posse e propriedade dos criminosos e familiares resulta na continuidade da vida criminosa, no fortalecimento da organização com o reinvestimento dos bens e vantagens decorrentes da criminalidade, na “consolidação do patrimônio” via meios legais de investimentos e aplicação do resultado da criminalidade, além de transmitir para a sociedade da mensagem de que o “crime compensa”.

Segundo Rodrigo Sánchez Rios e de Sólón Cícero Linhares “No Reino Unido, por exemplo, em 2006, uma estimativa oficial calculou que o ganho do crime organizado atingiu a marca de 15 bilhões de libras, enquanto que no mesmo período foram recuperados pelo Estado somente 125 milhões de libras⁴.

Assim, urge retirar-se da posse e propriedade dos criminosos todos os bens e vantagens decorrentes da criminalidade, exigindo-se uma mudança de paradigmas, com readequação das penas, pois as penas clássicas, centradas na perda de liberdade e na “restituição apenas dos bens e produtos diretos do crime”, não tem sido suficientes para coibir o aumento da criminalidade, voltando o criminoso para o centro de sua comunidade, esbanjando a afirmação de que cumpriu sua pena, seguindo na fruição das vantagens amealhadas em razão da aplicação dos bens e produtos diretos do crime, pois, como afirma Pedro Caeiro “o que é essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que ‘o crime não deve compensar’”⁵.

3 Conforme contido no endereço: <https://www.sociedadeinternacional.com/confisco-de-bens-2/>.

4 RIOS, Rodrigo Sánchez; LINHARES, Sólón Cícero Linhares. O confisco de bens em um contexto de criminalidade reditícia. [Em linha]. João Pessoa: Jornal Correiofarense, 11 de maio de 2014. [Consult. 30 abr. 2021]. Disponível em: <https://www.correiofarense.com.br/opinia/o-confisco-de-bens-em-um-contexto-de-criminalidade-rediticia/>.

5 RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da (2020). Confisco Alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019 (“Lei anticrime”). In: AdrianoTeixeira (Coord.). *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 17-34. ISBN: 978-65-86696-09-7, p. 22.

3. Evolução da perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira

Ao se analisar a perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira deve-se ter presente que a aplicação das penas clássicas, em especial a pena privativa de liberdade, não surte efeito, tanto de forma geral, dar sentido ao aforismo de que o “crime não compensa”, como de forma especial, porquanto ao ‘deixar’ com o criminoso e/ou seus familiares ou demais membros da organização criminosa os bens e vantagens advindas dos crimes praticados, ainda que o escopo da organização criminosa não seja o lucro⁶, permite a continuidade delitiva, o reforço da organização criminosa e a introdução de ditos bens na atividade empresarial, dando-lhe uma ‘aparente’ legalidade, resultando, inclusive, em concorrência desleal no mercado.

A evolução da clássica perda de bens e vantagens do crime para a perda alargada na criminalidade económico-financeira, também nomeada como ‘confisco alargado’ de bens, deve-se à influência dos Estados Unidos e do Reino Unido e aos tratados e atos de organizações internacionais, tais como as Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, denominada Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988, no art. 5^o, n^o 7; da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 29 de setembro de 2003, denominada Convenção de Palermo, no art. 12^o, n^o 7; e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 14 de dezembro de 2005, denominada Convenção de Mérida, no art. 31^o, n^o 8⁷.

Diretivas e Decisões quadro da União Europeia estimularam os Estados do bloco na adoção de medidas efetivas de confisco alargado. Merece destaque a Diretiva 2014/42/EU, a qual, tendo por ponto de partida que a ausência dos resultados esperados era consequência da diferença de conceituação entre os sistemas normativos dos Estados-membros para os regimes de perda alargada e reconhecimento mútuo, divergências essas que resultam em dificuldades na cooperação transfronteiriça, reconhece a necessidade de aprofundar a

6 Como bem exemplifica Rodrigues Nunes, a organização pode tanto ter fins lícitos ou ilícitos, com objetivos além do lucro, dentre eles obtenção de poder, destituição de organização terrorista, disseminação de ódio racial ou religioso, etc., e que, mesmo não objetivando a obtenção de lucro com a vida criminosa, dele dependem para o financiamento de suas atividades (Cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues (2021). “A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”. In: *Recuperação de Ativos* [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. [Consult. 10 ago. 2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RecuperacaoAtivos_7.pdf). p. 15.

7 Listadas pelo seu ano e não por sua maior ou menor importância no cenário do confisco alargado. Ditas disposições são muito semelhantes, pese embora extraia-se que a contida na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, disponha de forma mais contundente e objetiva ao prever sobre a possibilidade de cada parte prever a inversão do ônus da prova quanto à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, em outras palavras, traz insita a desconfiança da origem legítima do bem.

harmonização das disposições em matéria de perda alargada, com o estabelecimento de norma mínima única, culminando por conclamar aos Estados-Membros na adoção das medidas pertinentes para “*permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico*” quando o valor dos bens é desproporcional ao rendimento legítimo do arguido (art. 5.º, n.º 1).

Em Portugal a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, estabelecia um regime especial para “a recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens em favor do Estado” nos tipos criminais nela elencados. A transposição da Diretiva 2014/42-UE para o direito interno português ocorreu por meio da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, trazendo no Capítulo IV, que trata da perda de bens a favor do Estado, a expressão “perda alargada”, presumindo constituir-se “vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” (artigo 7.º, n. 1). Logo, coexistem dois regimes de perda de bens e vantagens decorrentes dos crimes: um geral, arts. 109.º a 112.º do CP, e um especial, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, arts. 7.º, 8.º, 12 e 12-A. Considera-se, também, um regime especial de perda de bens e vantagens o contido na Lei n.º 15/2001, de 05 de Junho, que estabelece o REGIT, arts. 18 a 20.º.

4. Gerações do confisco de bens

Segundo Johan Boucht⁸, identificam-se quatro gerações do confisco. Na primeira há imposição da perda de instrumentos e bens vinculados ao crime. Na segunda supõe-se serem os bens de origem ilícita, não se exigindo que ditos bens vinculem-se com a infração atribuída ao arguido. A terceira, trata-se da hipótese pela qual há a perda de bens sem vinculação à condenação penal (*‘non conviction based confiscation’*), sendo uma *‘actio in rem’*, isto é, vinculada à propriedade e não à responsabilidade civil ou criminal do proprietário. Por fim, na quarta geração a perda caracteriza-se como procedimento *‘in personam’*, envolvendo a avaliação patrimonial do réu.

Em Portugal infere-se existir todas as gerações de perda de bens. A primeira tem disposição no artigo 109.º, n.º 1, do CP, e a segunda, perda a partir da presunção, está disposta na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, art. 7.º, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Quanto à terceira, tem-se a perda sem vinculação à condenação penal nas hipóteses previstas no artigo 109.º, n.º 2, CP. Finalmente, encontramos a quarta hipótese

8 BOUCHT, Johan (2019). Asset Confiscation in Europe – past, present, and future challenges. In: *Journal of Financial Crime*, v. 26, n. 2, p. 526-548.

na Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigo 7.º, n.º 1, já que se analisa a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa, assim inferindo quando o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos⁹.

5. Objetivos do confisco de bens

Quanto aos objetivos do confisco de bens destaca-se: prevenção geral e especial, por meio da demonstração que o crime não compensa; coibir que os ganhos ilegais sejam utilizados para o financiamento e cometimento de novos crimes; reduzir riscos de concorrência desleal quando são inseridos nas atividades empresariais lícitas¹⁰; e, ainda, garantir que sejam afastados da sociedade, removendo do património do arguido as vantagens que lhe advieram em razão do cometimento de crimes¹¹.

6. Natureza jurídica

A definição da natureza jurídica da perda de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira é trabalhosa tendo em vista que tanto pode ser considerada pena ou medida de segurança ou, ainda, medida administrativa.

Guedes Valente¹² nos indica a discussão existente acerca da natureza jurídica da perda de bens e direitos: saber se trata-se de pena acessória ou se é efeito da pena principal; ou se estamos frente a uma medida de segurança ou se tem natureza mista, lecionado que a “doutrina, em Portugal, tem entendido que a perda de instrumentos do crime” e “as vantagens do crime” tanto podem ser aplicadas “com fundamento preventivo”, coibindo a prática do pelo agente do “mesmo crime ou crime análogo ou conexo”, como podem ser

9 Parece-nos mais adequada a expressão dimensão, pois geração traz a ideia de que uma geração resulta superada pela que a segue, o que efetivamente não ocorre, porquanto diversos tipos de confiscos de bens coexistem num mesmo ordenamento jurídico e ao mesmo tempo, como ora demonstrado.

10 SIMÕES, Euclides Dâmaso (2010). “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)”. In: *Direito Contra-Ordenacional, Revista do CEJ*, 2.º Semestre, N.º 14, Coimbra: Almedina, p. 184-5.

11 Quanto aos bens, coisas e direitos que podem ser objeto de perda para o Estado tem-se: a) **instrumenta sceleris** – instrumentos utilizados ou que serão usados para execução do crime (art. 109º, n.º 1 do CP); b) **producta sceleris** – objetos que foram produzidos pela prática do facto ilícito típico (art. 110, alínea a) do n.º 1, do CP); e, c) **fructum sceleris** – vantagens provenientes direta ou indiretamente do crime (art. 110º, alínea b) do n.º 1 do CP).

12 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2020). Da Perda de Bens e Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: as controvérsias de um regime em ‘apuração’. In: Adriano Teixeira (Coord.). *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 35-72. ISBN: 978-65-86696-09-7. p. 38-9.

aplicadas com “natureza análoga de medida de segurança”, visando “*neutralizar as circunstâncias e espaços de perigosidade para a segurança das pessoas, para a moral ou ordem públicas*”.

Solon Cícero Linhares¹³ escreve que as teses sobre a natureza jurídica da perda alargada de bens e vantagens “oscilam entre proposta de carácter penal, como efeito secundário de uma sentença condenatória, civil, como forma de reparação do dano e administrativo, como medida de cunho não jurisdicional”.

Tendo carácter penal exigiria a comprovação da prática de um ilícito penal, mas não a sua culpabilidade. Como medida de segurança necessitaria relação entre a culpa do arguido e perigosidade, pois a posse de bens incongruente com suas atividades lícitas resultaria na aplicação de medida preventiva, impedindo o reinvestimento deles em novas práticas criminais. A aplicação do confisco alargado como medida administrativa, afastaria a “relação direta com a prática de um crime”, alcançando o arguido que “estivesse na posse de bens incongruentes, anormais quando comparados aos seus rendimentos lícitamente declarados”.

Adotando uma posição intermediária, Solon Cícero Linhares defende o confisco alargado de bens e vantagens “como medida única, autônoma, ‘*sui generis*’, da qual não guardaria relação direta com o processo penal, apesar de ter que respeitar o núcleo duro de seus princípios, como por exemplo, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e presunção de inocência”¹⁴.

Já Duarte Rodrigues Nunes entende ser “uma medida de cariz não penal (e não sancionatório) similar a uma medida de segurança que visa, em primeira linha, o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito e apenas de forma meramente reflexa a prevenção da prática de futuros crimes”¹⁵.

Para este autor, de entre as razões de assim entender, está a situação de não ser considerada a gravidade do facto nem a culpa ou perigosidade pessoal do arguido; a finalidade principal do confisco ser o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito; a ausência da finalidade própria da pena (infligir um mal ao agente), mas somente privá-lo de vantagens ilegitimamente obtidas; a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo insere-se somente como fundamento da presunção de que o património que o condenado detém tenha sido obtido

13 LINHARES, Solon Cícero (2019). *Confisco alargado de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistémica*. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 174.

14 *Idem*, p. 177.

15 NUNES, Duarte Rodrigues (2021). “A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”. In: *Recuperação de Ativos* [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. [Consult. 10 ago. 2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RecuperacaoAtivos_7.pdf. p. 19.

através da prática de crimes, finalizando por afirmar que o confisco não apura a responsabilidade penal do arguido, mas sim verifica a existência de património obtido através de uma atividade criminosa¹⁶.

Guedes Valente¹⁷ ensina-nos que, independentemente da conclusão acerca da natureza do tipo de pena que é a perda de bens, deve atentar-se que o sistema jurídico-penal português exige que o facto qualificado como crime seja aferido dentro do penta corpo – ação, típica, ilícita, culpável e punível, sustentando que a Lei n.º 5/2002 – “implementa um regime especial que, se não é uma inversão plena do ónus da prova da proveniência lícita dos bens e direitos, é um autêntico regime impositivo de prova da licitude dos bens e direitos”¹⁸. Acresce que o regime especial da perda alargada contido Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, sujeita-se a princípios concretos, a saber: catálogo; culpa declarada; património maculado ou da ilicitude do património & presunção de inocência; temporalidade, e o princípio da ‘*odiosa sunt restringenda*’, a “ser avocado quando em causa estão restrições de Direitos fundamentais pessoais”¹⁹⁻²⁰.

7. Questões controversas

Quando se fala em perda alargada de bens e vantagens na criminalidade económico-financeira surgem debates, tais como a natureza jurídica do instituto, já analisado em

16 NUNES, Duarte Rodrigues. “A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens ...”. In: *Op. cit.* p. 21. Ademais, também entende constituir medida ‘*sui generis*’, asseverando que “para além de não ter natureza penal nem sancionatória, o confisco “alargado” constitui uma medida administrativa ‘*sui generis*’, resultando a sua natureza administrativa da utilização da expressão liquidação (que é comum ao ato administrativo de liquidação do imposto), da semelhança entre o processo relativo ao confisco “alargado” e a impugnação contenciosa do ato de liquidação em processo tributário (...) e de a liquidação do Ministério Público constituir um verdadeiro ato definitivo «dependente da maior ou menor capacidade de resistência do condenado»”.

17 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Da Perda de Bens e Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... In: *Op. cit.* p. 48.

18 *Idem*, p. 41.

19 *Idem*, p. 53.

20 Reconhece-se que, sim, há uma presunção de ilicitude de bens e direitos, sempre que o arguido não prove que os obteve de forma lícita ou nas hipóteses nas quais existe uma incongruência entre o património que detém e seu rendimento lícito. Contudo essa presunção não se traduz em prejuízos ao condenado, pois, como afirma Duarte Alberto Rodrigues Nunes, o arguido é quem detém as melhores condições para provar a origem lícita de seu património. Para referido autor, afastando-se a presunção prevista no n. 1º do art. 7º da Lei 5/2002, transformar-se-ia “o ónus da prova a cargo do MP numa ‘*diabolica probatio*’ uma vez que seria quase impossível demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes (para mais, de crimes do catálogo) e com ligação aos crimes pelos quais o arguido foi condenado, quando se investigou mas não se recolheram indícios suficientes para submeter o arguido a julgamento (Cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. [Em linha]. Lisboa: Revista *Julgar On-line*, fevereiro de 2017, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2017. [Consult. 10 ago. 2021]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Invers%C3%A3o-%C3%B3nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>, p. 39).

item precedente, a decretação da perda de bens ‘*post mortem*’, aqui destaca-se o questionamento sobre ocorrer a transmissibilidade da pena e sobre em qual geração de confisco insere-se essa perda, além da ética dos Estados que recebem os lucros decorrentes da criminalidade.

7.1 Decretação da perda de bens ‘*post mortem*’

7.1.1 Transmissibilidade da pena para além do arguido

Tendo-se presente o disposto no art. 109.º, n.º 2º do CP, conclui-se que o confisco alargado de bens pode ter lugar em face de pessoas diversas do arguido. Ou seja, mesmo ocorrendo a extinção da punibilidade, em decorrência da morte, por exemplo, prosseguir-se-á com o processo da perda, questionando-se se não há uma inconstitucionalidade em tal disposição, ante a previsão do art. 30.º, n.º 3, da CRP.

Inferindo-se não possuir o instituto do confisco natureza de pena, quer acessória, quer efeito da pena principal, resulta aqui não se estar frente a sua transmissibilidade, nem em violação ao direito de propriedade assegurado constitucionalmente (art. 62.º), mesmo ocorrendo sem culpabilidade na hipótese de morte do arguido, hipótese em que conclui-se não afetar direito dos herdeiros, não obstante esses possuam expectativa de direito porquanto “a CRP não tutela a propriedade obtida mediante a prática de crimes”²¹ e com a retirada dos bens do património do arguido ou de seus herdeiros, restaura-se a ordem patrimonial segundo o direito ²².

A utilização de institutos do direito civil, como o confisco não baseado em condenação penal, coibindo uso e gozo de produtos e vantagens de proveniência ilícita, não resulta em demonstração de fraqueza dos Estados na persecução criminal, mas sim na adoção de medidas efetivas para enfrentar a inteligência criminal, que abriga-se nas garantias existentes nos ordenamentos jurídicos para evadir-se de suas responsabilidades e, por conseguinte, fortalecer-se com os lucros da atividade criminosa.

Não devemos perder de vista que os bens decretados perdidos figuram no património do arguido de forma ilegítima. Assim, não se pode atribuir inconstitucional a conduta do Estado que, de forma legítima e observando certos princípios, retoma os bens, pois, não

21 NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco “alargado” de vantagens In: *Op. cit.* p. 61.

22 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, Processo n.º 665/15, de 12 de Agosto de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, publicado em DR, 2.ª série, em 23 de Setembro de 2015.

se olvide, não se perde o que nunca se teve legitimamente, independentemente de a perda ocorrer em relação ao arguido ou aos seus herdeiros²³.

A celeuma parece-nos ter origem na piedade que sentimos quando há notícias de perda de bens e situação de mazela na qual ficou a família do arguido ‘*post mortem*’ desse. Contudo, devemos pensar nas vítimas. Qual é a resposta que o Estado dá à sociedade quando deixa o arguido ou seus herdeiros com os bens que amealhou de forma ilícita, ilegítima? Não há violação da esfera de direito dos herdeiros, pois os bens amealhados de forma ilegítima não se transformam em património lícito com a morte do arguido. Ademais, esses bens resultam da transgressão das normas da sociedade, cuja convivência pode pôr em causa a própria sobrevivência, o próprio Estado de Direito.

7.1.2 A qual geração pertence o confisco de bens ‘*post mortem*’?

A decretação da perda de bens ‘*post mortem*’ parece inserir-se em geração diversa das quatro elencadas anteriormente. Contudo infere-se não existir uma nova geração para se enquadrar o confisco de bens quando esse é decretado após a morte do arguido, ante o facto de ser medida que se inclui no contexto de confisco não baseado em condenação (*‘non-conviction based confiscation’*), sendo, pois, integrante, da terceira geração²⁴.

7.2 Ética dos Estados que recebem

Pautados na sua soberania, Estados criaram rígidas legislações, assegurando o sigilo dos dados bancários, atraindo investimentos vultosos, nem todos lastreados em condutas legais. Assim, por muito tempo, esses Estados tornaram-se refúgios seguros para a proteção patrimonial, transformando-se em paraísos fiscais tanto para os bens legitimamente amealhados como para os decorrentes da prática de ilícitas. Ao não questionar a origem do património neles investidos, esses Estados desbordam a fronteira da ética, mormente porque ditos recursos tanto poderiam originar-se de condutas criminosas como poderiam ser destinados para a execução delas²⁵.

23 A impossibilidade de decretar-se o confisco de bens em caso de morte, pode dar azo a que o arguido tire a própria vida para deixar património para sua família ou mesmo que alguém da família ou da própria organização criminosa provoque sua morte para que os bens com eles permaneçam.

24 Aqui há se ressaltar a importância dessa forma de confisco nas situações nas quais o arguido morre, pois como leciona Stefan Cassela “é importante compreender que o confisco não baseado em condenação é absolutamente essencial para a recuperação de ativos no contexto transnacional. Em uma série de situações, simplesmente não há outra maneira de recuperar os ativos” (Cf. CASSELLA, Stefan D (2020). A perspectiva americana sobre recuperação de produtos de crime em processos criminais e processos não baseados em condenação. In: Adriano Teixeira (Coord.). *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 242-258. ISBN: 978-65-86696-09-7. p. 250), como ocorre quando o réu morre antes da condenação, hipótese na qual a decretação do confisco não baseado em condenação permite retirar-se os bens que foram adquiridos de forma ilegítima.

25 A partir do Fórum Mundial sobre a Transparência e a Troca de Informações com Fins Tributários da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), impulsionou-se o fim deste sigilo bancário, resultando em cooperação

8. Considerações finais

A perda alargada de bens traduz-se em abordagem diferenciada da criminalidade organizada. Atingir seus lucros resulta no seu desmantelamento por meio da redução e destruição de seu património, mormente porque a resposta penal adstrita à pena clássica de restrição ou perda da liberdade não se demonstrou eficaz no combate à criminalidade, em especial as reditícias.

Questões de ordem prática, como congelamento de ativos e execução de ordens de confisco de bens, especialmente em relação aos ativos transferidos para outros países ou aos crimes transnacionais, exigem harmonia de ordenamentos jurídicos e utilização de instrumentos comuns, como confiscos não baseados em condenações, pelo que devem os Estados avançar em suas legislações, especialmente nos temas que demandam maior dificuldade, como é o caso de cálculo e liquidação do património, prazos prescricionais, tornando o instituto do confisco alargado numa medida mais eficiente na luta contra a criminalidade económica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASSELLA, Stefan D (2020). A perspectiva americana sobre recuperação de produtos de crime em processos criminais e processos não baseados em condenação. In: Adriano Teixeira (Coord.). *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 242-258. ISBN: 978-65-86696-09-7.
- CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: INCM – Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012. ISBN 978-972-27-2064-9.
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. [Em linha]. Lisboa: Revista *Julgar On-line*, fevereiro de 2017, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2017. [Consult. 10 ago. 2021]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Invers%C3%A3o-%C3%B3nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>.
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. In: *Recuperação de Ativos* [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. p. 11-38. [Consult. 15 jul. 2021]. Disponível: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RecuperacaoAtivos_7.pdf.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da (2020). Confisco Alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019 (“Lei anticrime”). In: Adriano Teixeira (Coord.). *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 17-34. ISBN: 978-65-86696-09-7.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; LINHARES, Sólon Cícero Linhares. O confisco de bens em um contexto de criminalidade reditícia. [Em linha]. João Pessoa: *Jornal Correiofarense*, 11 de maio de 2014. [Consult.

.....
desses Estados-membros aos demais países para combater a corrupção, evasão fiscal e lavagem de dinheiro.

30 abr. 2021]. Disponível em: de <https://www.correioforense.com.br/opiniaao/o-confisco-de-bens-em-um-contexto-de-criminalidade-rediticia/>.

SIMÕES, Euclides Dâmaso (2010). “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)”. In: *Direito Contra-Ordenacional, Revista do CEJ*, 2.º Semestre, N.º 14, Coimbra: Almedina.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2020). Da Perda de Bens e Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: as controvérsias de um regime em ‘apuração’. In: Adriano Teixeira (Coord.). *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 35-72. ISBN: 978-65-86696-09-7.

Direito processual penal económico – (dis)funcionalidades conexas com as pessoas coletivas¹

Economic criminal procedural law – (dis)functionalities related to legal entity

HÉLDER FIGUEIREDO²

helderpedroo@gmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 65-73

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.5>

Submitted on August 30th, 2021 · Accepted on September 28th, 2021

Submetido em 30 de Agosto, 2021 · Aceite a 28 de Setembro, 2021

RESUMO Aqui se aborda uma questão não nova, mas atual – a ausência de normas processuais penais aplicáveis às Pessoas Coletivas – em conexão com a criminalidade económico-financeira – atenta a sua ligação inevitável àqueles entes. Após um breve excursão doutrinal, tendemos a concluir (como há anos o faz a mais avisada doutrina nacional) que urge, com assinalável atraso, suprir a lacuna de normas processuais penais dirigidas à participação das Pessoas Coletivas em processo penal, o que ocorrerá, tendencialmente pela mão da criminalidade económico-financeira.

PALAVRAS-CHAVE Pessoas Coletivas, processo penal, criminalidade económico-financeira.

ABSTRACT Here we address an issue that is not new, although current – the lack of criminal procedural rules applicable to a legal entity – related to economic and financial crime – given its inevitable connection to those entities. After a brief doctrinal excerpt, we tend to conclude (as has been done for years by the most relevant national Legal Scholars)

1 Este trabalho corresponde com algumas alterações pontuais ao comentário científico entregue no âmbito do Seminário de Investigação: Direito Penal Económico, do curso de mestrado em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, regida pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

2 Mestrando em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade Autónoma de Lisboa. Licenciado em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa e pós-graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica de Lisboa. Investigador Colaborador do Ratio Legis – Centro de Investigação em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa [Projeto: *Corpus Delicti – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional*].

that it is urgent, with considerable delay, to overcome the lack of criminal procedural rules aimed at the participation of a legal entity in criminal proceedings, which will occur, most of the times, by the hand of economic-financial criminality.

KEYWORDS Legal entities, criminal procedural law, economic and financial criminality.

Do elenco de temas propostos para o Seminário de Investigação: Direito Penal, a escolha recaiu sobre o direito processual penal económico, tentando, nesta brevíssima abordagem apelar a uma dimensão, ou ausência dela, quanto às pessoas coletivas, que, pela sua relevância estruturante de toda a atividade económica são um *player* ausente em grande parte do domínio processual penal.

Como elucidário desta escolha, começarmos por acompanhar André Lamas Leite que nos indica ser relativamente pacífico na doutrina que a atribuição de responsabilidade criminal às pessoas coletivas se deve à globalização do crime e ao relevo que assume o combate à delinquência económico-financeira³.

Ora se reconhecidamente um dos atores de relevo no direito penal económico são pessoas coletivas, parece ser um bom mote para falarmos de processo penal conexo à criminalidade económico-financeira, ousando trazer um *nano* contributo para a discussão e decisão de avançar, como nos exorta Guedes Valente, “para uma alteração séria e responsável na legiferação de um CPP que seja espelho de uma sistematização consistente jurídico-processual”⁴.

Entendemos que não cabem aqui os considerandos que fundamentam a previsão de responsabilidade penal das pessoas coletivas nem os moldes da sua previsão no artigo 11º do Código Penal⁵, partiremos, contudo, do pressuposto assente de que a Lei 59/2007 na sua

3 LEITE, André Lamas – Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas coletivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e *compliance* – breves notas. In: *Revista do Ministério Público*, n.º 161, jan-mar2020, pp. 203-234, p. 205. Acrescenta ainda que esta responsabilidade suscita “grandes problemas práticos de imputação objetiva à conduta ativa ou omissiva”. Faria Costa já havia afirmado a influência da globalização e da criminalidade organizada transnacional, em especial o tráfico de droga, no desenho do Direito penal económico e da consequente responsabilização penal das pessoas coletivas. Cf. Faria Costa, José de – *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2002, pp....

4 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica*. Lisboa: Ed. Autor, 2020 p. 211.

5 No quadro justificativo desta previsão André Lamas Leite aponta uma das intenções do legislador na codificação da responsabilidade penal das pessoas coletivas que “não adianta obnubilar que foi uma intencionalidade de arrecadação de receita, ligada a uma determinada intencionalidade perspectiva de prevenção geral, aquela que justificou abrir a brecha que anteriormente só era admitida no Direito Penal secundário, desde o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que, aliás, serviu de fonte próxima da normação constante do artigo 11.º e dos artigos 90.º-A e ss.”, assim LEITE, André Lamas – Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas coletivas ..., p. 212.

redação daquele artigo 11^o do CP veio alargar a responsabilidade penal às pessoas coletivas para o catálogo de crimes que também ali se prevê⁶.

Deixar a este propósito apenas duas notas, a primeira é que se trata matéria muito discutida e “onde reina ainda grande insegurança”, que é a seguinte, no ordenamento alemão não foi ainda reunido o consenso doutrinal que tenha permitido ao legislador alemão vir a consagrar esta responsabilidade para as pessoas coletivas.⁷ Nesta lógica dizer que nos países que adotaram modelos de responsabilidade penal para pessoas coletivas foram introduzidas “normas de natureza processual específicas” ao contrário do que aconteceu em Portugal⁸.

Uma segunda para destacar que a doutrina vem criticando também a exclusão do que poderíamos apelidar de determinadas categorias especiais de pessoas coletivas, isto é, existem alguns tipos de pessoas coletivas que serão insuscetíveis deste tipo de responsabilidade. Falamos da exclusão do Estado, das organizações internacionais de direito público e das pessoas coletivas públicas.⁹ Ou ainda, como nos resume Mário Meireles a propósito do n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal que “o nosso legislador optou por consagrar, de modo exclusivo, a responsabilidade penal das pessoas coletivas que tenham natureza privada”¹⁰. Para um laivo de resumo introdutório apelamos a Rui Cunha que nos diz que o direito penal económico “tem por escopo a proteção das atividades económicas praticadas hodiernamente num mercado económico livre e global”¹¹.

Na esteira de Gonzalo Castro Marquina, Anabela Miranda Rodrigues acentua a dificuldade inerente aos crimes económicos pela sua característica ausência de sinais externos observáveis no plano físico, o que não se verifica na generalidade da criminalidade convencional¹². Também Guedes Valente nos afirma que a criminalidade económico-

6 Foi nesta reforma do Código Penal que se alargou a responsabilidade criminal das pessoas coletivas ao chamado Direito Penal clássico, sendo que esta já era admissível em certas áreas do Direito Penal secundário como foi o marco trazido com o Decreto-Lei n.º 28/84.

7 LEITE, André Lamas – Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas coletivas ..., p. 207-208.

8 ANTUNES, Maria João – *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 13-14.

9 SOUSA, Susana Marias Aires de – *Societas Publica (Non) Delinquere Potest*: Reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português. In: *Actas do XV Encuentro AECA “Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos*. 2012, pp. 5-13 [Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>].

10 MEIRELES, Mário Pedro – A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Pela ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. In: *Julgar*, n.º 5, (maio-agosto 2008), p. 126 [Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-M%C3%A1rio-Pedro-Meireles-Resp-Penal-Pess-Coletivas.pdf>].

11 RODRIGUES, Anabela Miranda – *Direito Penal Económico: Uma Política Criminal na Era Compliance*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2020, p. 9, a expressão é de Rui Cunha no prefácio da 1ª edição.

12 RODRIGUES, Anabela Miranda – *Direito Penal Económico...*, p. 27.

-financeira “convive com vítimas invisíveis ou indeterminadas e com agentes de crimes nem sempre físicos”¹³.

Aquela autora fala-nos ainda da dificuldade enfrentada pelo legislador penal nesta área do direito económico, em tipificar o ilícito com precisão. Além do argumento da ausência de sinais evidentes no plano físico junta-se, a por vezes ténue fronteira entre a licitude e ilicitude nas práticas características deste tipo de delinquência ou ainda os variados e sofisticados meios que têm para lhes “dar um banho de legalidade”¹⁴.

Ulrich Beck, além de nos trazer a conceptualização da *sociedade de risco* com a insegurança inerente ao progresso, cuja contrapartida é a criação de novos riscos, connexionou ainda à globalização o surgimento de novos atores da política que são as grandes empresas multinacionais que desenrolam a sua atividade sem confinamento fronteiriço à escala mundial, redundando na politização da economia¹⁵.

Economia esta, hoje global, onde se assiste a uma redistribuição de poderes entre empresas e o Estado com enfraquecimento deste último, que, como nos dizem Steve Tombs e David Whyte, “o poder na economia global está concentrado e organizado em torno de uma relativamente pequena elite de superempresas”¹⁶.

Correlativamente, a reação do Estado tem passado por aferir o tipo de intervenção que este deve ter no plano económico, que, é consabidamente “marcado pela atuação das empresas”¹⁷ e nos últimos anos tem sido pela via expansionista da intervenção penal, e neste concreto através do direito penal económico.

Guedes Valente, sumariando o conceito e na linha de Germano Marques da Silva, escreve que o processo-crime é “uma sequência de atos juridicamente pré-ordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação”¹⁸.

Num apelo a Figueiredo Dias vem Maria João Antunes afirmar que entre o direito penal e processual penal se verifica uma “relação mútua de complementaridade funcional” como reforço da ideia de que o processo penal não é mero instrumento em relação ao

13 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica*, p. 212.

14 ALBRECHET APUD RODRIGUES, ANABELA MIRANDA – *DIREITO PENAL ECONÓMICO...*, p. 27.

15 RODRIGUES, Anabela Miranda – *Direito Penal Económico...*, pp. 28-29.

16 Tradução livre do autor de “(...)power in the global economy is concentrated and organised around a relatively small elite of super corporations”. Cfr. TOMBS, Steve e WHYTE, David – *The Corporate Criminal: Why corporations must be abolished*. Nova York Routledge, 2015, p. 7. [Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282918404_The_Corporate_Criminal_Why_corporations_must_be_abolished].

17 RODRIGUES, Anabela Miranda – *Direito Penal Económico...*, pp. 46-47.

18 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Processo Penal* – Tomo I. 3.^a Edição. Coimbra: almedina, 2010, p. 23. Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano – *Direito Processual Penal* – Volume I. ... Edição. Lisboa/São Paulo: Verbo, ..., p...

direito penal, tornando-os consequentemente em “participantes de uma mesma unidade”¹⁹.

Para esta autora, como exemplo desta relação mútua de complementaridade funcional entre direito penal e direito processual penal, atente-se no “direito penal secundário” onde se inserem os diplomas de criminalidade económica, como seja a Lei n.º 5/2002 com o regime especial de recolha de prova e quebra de segredo profissional que ali se prevê, misturando assim institutos de natureza jurídico-substantiva com os de natureza jurídico-processual²⁰.

A propósito deste direito penal secundário e sobre as alterações penais e processuais penais e a criminalidade económico-financeira Guedes Valente apela com fundamentada insistência à necessidade de uma “sistematização consistente jurídico-penal”. Mais nos diz, destacando a circunstância das pessoas coletivas, que carecemos sim de um Código Processo Penal que garanta a segurança jurídica e respeite o equilíbrio da persecução penal que nos determina a Constituição da Republica Portuguesa, (diríamos que se trata dum apelo direto às garantias do processo criminal do artigo 32º da CRP) e que não obstante de particularidades inerentes a arguidos e vítimas/ofendidos no plano da criminalidade económico-financeira, tem também todos estes direito a um processo penal respeitador das suas finalidades²¹.

Nesta lógica atinente à responsabilidade penal pessoas coletivas diz-nos ainda Guedes Valente da necessidade dos direitos, liberdades e garantias que no plano processual penal lhe devam corresponder, dizendo, no apelo a Germano Marques da Silva, que se impõe “um conjunto de normas de adaptação do processo comum à idiosincrasia particular destes sujeitos”²². Salienta-se com especial nota que no que respeita às pessoas coletivas se verifica uma total ausência de normas de natureza processual penal. Isto sem prejuízo de alguns afloramentos processuais contidos na Lei n.º 13/2017 que trata da responsabilidade penal por comportamentos antidessportivos²³.

A verdade é que a responsabilidade penal das pessoas coletivas existia já antes da sua inclusão por via da alteração ao Código Penal em 2007, desde logo no Decreto-Lei n.º 28/84,

19 ANTUNES, MARIA JOÃO – DIREITO PROCESSUAL PENAL. 3.ª EDIÇÃO. COIMBRA: ALMEDINA, 2021, PP. 11-12.

20 ANTUNES, Maria João – *Direito Processual Penal...*, p. 14.

21 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica*, pp. 212-213.

Também aqui nos elenca as “finalidades do processo penal: (i) descoberta da verdade material processual e válida judicialmente, (ii) realize a justiça, (iii) respeite e garanta os direitos fundamentais de todos os cidadãos (em especial do arguido e das vítimas), e (iv) restabeleça a paz jurídica”.

22 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica*, p. 213.

23 ANTUNES, Maria João – *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida...*, p. 9.

entre outros diplomas avulsos, mas todos fora do Código Penal. Entre outros autores²⁴, Flávia Loureiro²⁵ refere que a Unidade de Missão responsável pela revisão dos Códigos Penal e Processual Penal (diríamos nós, de forma consciente ou não) ignorou as chamadas de atenção da doutrina quanto à absoluta necessidade de introdução de normas processuais para as pessoas coletivas e que deveriam ter sido introduzidas naquela oportunidade em que se passou a prever a sua responsabilidade penal no Código Penal.

Mas, por outro lado, não menos certo é que após 14 anos depois e mais de 20 alterações ao Código Processo Penal nada precipitou neste código quanto a normas aplicáveis às pessoas coletivas. Como bem refere Flávia Loureiro, esta notada ausência de regulamentação é uma “opção seguramente questionável” que vem suscitando manifestas “perplexidades”²⁶. Também Maria João Antunes nos destaca esta ausência de normas processuais penais para o caso particular das pessoas coletivas (no caso na qualidade de arguidas) como “uma das singularidades do ordenamento jurídico português”²⁷. De alguma forma somos levados a rever-nos nas palavras de Frederico Pinto quando a propósito da dogmática penal económica retrata a ação legislativa dos Estados dizendo que “por vezes as respostas legislativas dos Estados constituem um problema em si mesmo, pois expressam uma reação legislativa nervosa e impreparada que passa a vigorar de forma duradoura no sistema sancionatório de um país”²⁸ diríamos nós, assim nos parece ser o caso da introdução da responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal e a inexistência de correspondente complemento ao Código Processo Penal. Diga-se, contudo, que aquela introdução no Código Penal que mais não fosse possui a virtualidade de se constituir como “um ganho de coerência sistemática”²⁹.

24 Já Maria João Antunes nos Estudos de Homenagem ao Professor Germano Marques da Silva, apelava ao contributo deste Professor no destaque que ele deu às especificidades ligadas ao processo penal e pessoa coletiva arguida onde diz “o legislador mantém um silêncio incompreensível e intolerável sobre a matéria” ANTUNES, Maria João – A representação da pessoa coletiva arguida no processo penal. In: MOUTINHO, José Lobo *et alii* (Coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* – Volume III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020., p. 1796.

25 LOUREIRO, Flávia Novera – A insustentável ausência de normas processuais penais para pessoas coletivas. In: MOUTINHO, José Lobo *et alii* (Coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* – Volume II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 893-894.

26 LOUREIRO, Flávia Novera – A insustentável ausência de normas processuais penais para pessoas coletivas. In: MOUTINHO, José Lobo *et alii* (Coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* – Volume II, p. 894.

27 ANTUNES, Maria João – A representação da pessoa coletiva arguida no processo penal. In: MOUTINHO, José Lobo *et alii* (Coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* – Volume III, p. 1787.

28 PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico, p. 92.

29 MEIRELES, Mário Pedro – A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Pela ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas, p. 122. Este autor retrata ainda de forma sumária mas clara a questão de saber se, a consagração no Código Penal desta responsabilidade para as pessoas coletivas teve a correspondente alteração do ponto de vista processual, dizendo tratar-se de uma análise “relativamente simples de fazer, dada a total omissão legislativa a este propósito” [Idem, pp. 123-124].

Segundo Flávia Loureiro, este problema faz notar que, a questão da responsabilidade penal das pessoas coletivas emerge da necessidade de lidar com a criminalidade económico-financeira atenta a sua matriz e as características atuais da sociedade globalizada. Como refere esta autora “o problema não é exclusivo do direito penal económico, mas tem nele particular importância”³⁰.

Em face desta realidade tem a jurisprudência feito uso da regra do artigo 4^o do Código Processo Penal quanto à integração de lacunas, sob grandes críticas doutrinárias, antes e após a operada alteração legislativa ao Código Penal³¹. Não deixa de ser elucidativo desta “confusão” e do modelo de imputação da responsabilidade às pessoas coletivas que ainda em anos recentes tenhamos diversa jurisprudência a abordar repetidamente a sujeição da pessoa coletiva às medidas de coação³².

São diversos os núcleos de dificuldade que se suscitam quanto às questões processuais, atenta a reduzida dimensão do trabalho apenas nos permite apontar o dedo a um dos núcleos ou origem de problemas, falamos a exemplo da pessoa coletiva com posição de arguida em processo penal e o efeito multiplicador de problemas que deriva dessa posição. Desde a própria constituição de arguido, da representação e do representante da pessoa coletiva, da suscetibilidade de aplicação de medidas de coação e garantia patrimonial, da prova e os meios de a obter e os aspetos conexas com a conformação jurídico-constitucional do processo penal quando o arguido seja a pessoa coletiva entre muitos outros³³.

Como exemplo desta ausência que vimos falando temos a necessidade da circular n.º 4/2011 do Procurador-Geral da República quanto à constituição de arguido pessoa coletiva³⁴ que, apesar de dar instruções aos Magistrados do Ministério Público não resolve seguramente todas as questões de saber a quem deva ser notificada a constituição dadas a múltiplas circunstâncias admissíveis às pessoas coletivas, nomeadamente, mas não só

30 LOUREIRO, Flávia Novera - A insustentável ausência de normas processuais penais para pessoas coletivas. in MOUTINHO, José Lobo *et al.* Coordenação - Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva. Universidade Católica Editora. Lisboa 2020, volume II, p. 896.

31 Apesar do longo período já decorrido desde a alteração de 2007 salienta Maria João Antunes que “A sobrevivência de legislação que não contempla normas de natureza processual específicas em matéria de responsabilidade penal das pessoas coletivas não é, porém, acompanhada de jurisprudência relevante que saliente a ausência de tais normas” ANTUNES, Maria João - Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida, p.17.

32 Cfr. ANTUNES, Maria João - Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida quanto à “confusão de posições processuais”, pp 10-12, onde destaca alguns Acórdãos: do Tribunal da Relação do Porto de 26 de fevereiro e 4 de junho de 2014; do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de outubro de 2017 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de outubro de 2019.

33 Cfr. ANTUNES, Maria João - Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida.

34 O Professor Germano Marques da Silva chama ainda a atenção das dificuldades desde logo de alcançar o que são entidades equiparadas e as diversas designações que encontram na legislação avulsa. Cfr. SILVA, Germano Marques - A pessoa coletiva como arguida no processo penal, pp. 2-3.

nos casos de insolvência³⁵, mas ainda andarão longe da segurança jurídica a que o Professor Guedes Valente nos alerta ser urgente resolver no capítulo relativo às alterações processuais penais e a criminalidade económica financeira, “adiamos o assumir de um Código de Processo Penal que garanta, acima de tudo, a segurança jurídica que se impõe a um Estado de direito e democrático, como princípio basilar de uma democracia constitucional como a portuguesa”³⁶.

Só neste particular da pessoa coletiva arguida no processo penal como já se disse, levantam-se diversos aspetos problemáticos quanto à sua posição processual, o Professor Germano Marques da Silva num dos seus artigos³⁷ (em complemento ao que se disse acima acompanhando Maria João Antunes) aborda a efeito processual da extinção, a fusão e cisão da pessoa coletiva, a sua representação, alteração e irregularidades desta representação, o próprio ato de constituição como arguida, as medidas de coação que lhe podem ser aplicáveis, a forma de notificação, as declarações naquela qualidade ou ainda o conflito de interesses que possa surgir entre a defesa da pessoa coletiva e o seu representante no caso de responsabilidade cumulativa, ou seja, quando também ele seja arguido enquanto pessoa física e singular. Deste catálogo que parece ser eco em parte da doutrina³⁸, conclui o Professor “dizer simplesmente, ser urgente que o legislador atente nas lacunas da lei adjetiva no que respeita à intervenção processual da entidade coletiva como arguida no processo penal”³⁹.

35 A circular dita o seguinte a propósito da constituição das pessoas coletivas como arguidas: “1 – Nos casos em que existam fundadas suspeitas da prática de factos ilícitos penalmente imputáveis a uma pessoa coletiva, os Magistrados e Agentes do Ministério Público deverão instruir o órgão de polícia criminal, no qual deleguem competência para a investigação ou a realização de diligências, no sentido de procederem à sua constituição como arguida, através dos seus atuais representantes legais; 2 – O disposto no número anterior aplica-se ainda no caso de ter sido declarada a insolvência da pessoa coletiva, mantendo-se, até ao encerramento da liquidação, a representação legal nos termos estatutários. 3 – A constituição da pessoa coletiva como arguida não prejudica a eventual constituição e interrogatório como arguidos dos representantes legais da pessoa coletiva que possam ser pessoal e individualmente responsabilizados pelos factos que constituem objeto do inquérito.” Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/circulares>.

36 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica, p. 211.

37 Cfr. SILVA, Germano Marques – A pessoa coletiva como arguida no processo penal.

38 Cfr. ANTUNES, Maria João – Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida; ANTUNES, Maria João – A representação da pessoa coletiva arguida no processo penal. In MOUTINHO, José Lobo et al. Coordenação – Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva; MEIRELES, Mário Pedro – A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Pela ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas; ANTUNES, Maria João – Direito Processual Penal. 3^a Edição.

39 SILVA, Germano Marques – A pessoa coletiva como arguida no processo penal, p.19.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, Maria João – A representação da pessoa coletiva arguida no processo penal. In MOUTINHO, José Lobo et al. *Coordenação – Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2020, volume III, p. 1787-1797. – ISBN 9789725406915.
- ANTUNES, Maria João – *Direito Processual Penal*. 3^a Edição. Coimbra: Almedina. 2021. ISBN 978-972-40-9149-5.
- ANTUNES, Maria João – *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*. Coimbra: Almedina. 2020. ISBN 978-972-40-8355-1.
- LEITE, André Lamas – Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas coletivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e *compliance* – breves notas. *Revista do Ministério Público*. (Em linha). N.º 161, (janeiro:março 2020), pp. 139-170. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/126907/2/393389.pdf>.
- LOUREIRO, Flávia Novera Loureiro – A insustentável ausência de normas processuais penais para pessoas coletivas. in MOUTINHO, José Lobo et al. *Coordenação – Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2020, volume II, pp 893-927. ISBN 9789725406908.
- MEIRELES, Mário Pedro – A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Pela ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. *Julgar*. (Em linha). N.º 5, (maio-agosto 2008), pp. 121-138. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-M%C3%A1rio-Pedro-Meireles-Resp-Penal-Pess-Coletivas.pdf>.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico. *Católica Law Review*. (Em linha). Volume 1, n.º 3, (novembro 2017), pp. 91-113. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/1990>.
- RODRIGUES, Anabela Miranda – *Direito Penal Económico: Uma Política Criminal na Era Compliance*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina. 2020. ISBN 978-972-40-8435-0.
- SILVA, Germano Marques da – A pessoa coletiva como arguida no processo penal. *Publicações Carlos Pinto de Abreu e Associados Sociedade de Advogados*. (Em linha). Pp. 1-20. Disponível em: https://carlospintodeabreu.com/public/files/a_pessoa_colectiva_como_arguida_no_processo_penal.pdf.
- SOUSA, Susana Marias Aires de – *Societas Publica (Non) Delinquere Potest: Reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*. In: *Actas do XV Encuentro AECA “Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos*. (Em linha). Setembro de 2012, pp. 1;14. ISBN: 978-84-15467-51-9. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.
- TOMBS, Steve e WHYTE, David – *The Corporate Criminal: Why corporations must be abolished*. (em linha) Nova York, 2015. Routledge. ISBN: 978-0-203-86940-6. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282918404_The_Corporate_Criminal_Why_corporations_must_be_abolished.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica*. Lisboa 2020. ISBN 978-972-99118-2-8.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Processo Penal: Tomo I*. 3^a Edição. Coimbra: Almedina. 2020. ISBN 978-972-40-4207-7.

Questões Prementes do Direito Penal: Breve reflexão sobre o Direito Policial¹

Pressing Criminal Law Issues:
Brief Reflection on Police Law

BERNADETE LIMA DOMINGUES²

bernadedetomingues@yahoo.com.br

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 75-80
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.6>
Submitted on November 10th, 2020 . Accepted on July 14th, 2021
Submetido em 10 de Novembro, 2020 . Aceite a 14 de Julho, 2021

RESUMO A Polícia exerce papel essencial e constitucional na defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais. A liberdade, direito natural e princípio constitucional, é sobreposta à segurança, igualmente, tida como bem jurídico vital. Impõe-se buscar um novo equilíbrio do Direito Penal, dentro da dimensão axiológica e teleológica da CRP, a conjugar o imperativo da segurança com a consideração aos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE Direito penal; Polícia; Direito Policial; Liberdade; Segurança.

ABSTRACT The Police play an essential and constitutional role in the defense and guarantee of fundamental rights and freedoms. Freedom, a natural right and constitutional principle, is superimposed on security, which is also considered a vital legal asset. It is necessary to seek a new balance of Criminal Law, within the axiological and teleological dimension of the CRP, to combine the imperative of security with the consideration of fundamental rights.

KEYWORDS Criminal law; Police; Police Law; Freedom; Security.

1 Este artigo corresponde a um relatório científico da Unidade Curricular de Doutoramento em Direito – *Direito: da norma ao procedimento e à fase aplicativa* – lecionada pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, em 2019, que mereceu alguns ajustes após o debate realizado em sala de aula.

2 Mestre e Licenciada em Direito. Frequentou o curso de doutoramento na Universidade Autónoma de Lisboa.

A Constituição da República Portuguesa de 1976³ (doravante CRP) comporta uma ordem ou sistema de valores, fruto de toda uma construção dogmática, de onde se permite extrair sua identidade axiológica e todo o sistema de coordenadas ideológicas a ela subjacentes. Em seu artigo inaugural, a CRP elege Portugal como uma República que se baseia na dignidade da pessoa humana, nomeando cada ser humano como razão do Estado e do Direito, “justificando o propósito de construção de uma sociedade globalmente mais humana e solidária”⁴. No sentido de dignificar cada ser humano, a Lei Fundamental coloca como pedra angular do sistema “os valores da liberdade, da justiça e da solidariedade”⁵.

A CRP funda-se em princípios humanistas que legitimam a intervenção penal, destacando-se dentre eles o princípio da liberdade que se encontra assegurado em vários dispositivos constitucionais⁶, sendo a liberdade consagrada como um direito natural, um valor sagrado e ideal supremo, que busca proteger a livre ação do indivíduo e cidadão, garantindo-lhe defesa e segurança *erga omnes*. O primado ganha maior destaque nomeadamente no Direito penal processual, porquanto instrumento de maior importância quando da atuação dos atores sociais de intervenção (saúde e segurança pública), da justiça e da Polícia, nomeadamente da Polícia judiciária. Portanto, para fins de consecução dessa tarefa estatal de defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais, é a atividade da Polícia que exerce papel essencial, não obstante a existência de outros importantes atores, a exemplo do Ministério Público⁷.

O artigo 27^o da CRP, n.º 1, assegura a todos o direito à liberdade e à segurança, nesta ordem⁸. Conforme salienta GUEDES VALENTE⁹, tal estrutura normativa não é displicente, porquanto quis mesmo o legislador constitucional garantir especificamente a liberdade – seja como princípio, seja como direito – sobreposta à segurança. Igualmente se extrai da alínea b) do artigo 9^o, que cumpre ao Estado a tarefa constitucional de garantir os direitos e as liberdades fundamentais, enquanto à Polícia cumpre, como missão constitucio-

3 O art. 2^o da CRP consagra que Portugal é um Estado de direito democrático. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

4 “A ideia de Direito reconduz-se a um Estado de direitos humanos” e “Os critérios teleológicos do projecto político identificam-se com um Estado de Direito democrático”. OTERO, Paulo – *Direito Constitucional Português*. 1^o v: *Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2017. p.21-23.

5 OTERO, Paulo – *Op. Cit.*, p.31.

6 CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

7 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral do Direito Policial*. 5^a Ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 38-39 e 16.

8 CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

9 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral*.... 5^a Ed., p.445.

nal, igualmente basilar, “garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”¹⁰. Não obstante a ideia prevalente de que segurança significa coacção ou restrição de direitos, a noção correta é de que se trata de um “bem jurídico vital para garantia dos demais bens jurídicos fundamentais da vida humana”¹¹.

A Política criminal, considerada uma “ciência não jurídica teleologicamente orientada para a prevenção criminal”¹² (princípio *ne peccetur*), encontra seus fundamentos na Constituição Penal, e sua importância é acentuada na atividade preventiva e repressiva exercida pelos atores da justiça criminal¹³. Cumpre a ela definir os limites da punibilidade (define o se e o como), revelando-se como “padrão crítico tanto do direito constituído como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação”¹⁴.

É de se observar que, sob a ótica contemporânea do Direito, inexistem diferenças entre o Direito Público e Direito Privado, considerando que normas do primeiro simultaneamente tutelam normas do segundo, podendo ambas serem executadas pela Polícia. É que ambas as normas fazem parte das atividades de Polícia (jurídico-administrativa e jurídico-criminal policial)¹⁵. Guedes Valente defende a sistematização do Direito Policial e a sua inserção nas Ciências Jurídicas como ramo do Direito Público.¹⁶ Não obstante a acção penal residir fora da esfera da liberdade, a CRP resguarda e protege os direitos, liberdades e garantias fundamentais ao longo do processo de investigação criminal, sendo a norma diretamente aplicável e com força vinculante às entidades públicas e privadas¹⁷.

O Direito penal do ser humano, que afirma a dignidade da pessoa humana, como “fim e limite de toda ação do Estado”¹⁸ e como sustentáculo da justiça, resulta do Estado de Direito e do Estado Democrático: o Estado que se alinha aos direitos e garantias funda-

10 Assim dispõe o art. 272^o da CRP sobre as funções da Polícia. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

11 Essa é uma “visão humanista e humanizante” da segurança. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5^a Ed., pp. 121-122.

12 O Direito Penal é uma ciência global ou conjunta que reúne várias outras ciências consideradas autônomas, como é o caso da Política criminal. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos Político-Criminais*. Lisboa: Manuel Monteiro Guedes Valente, 2017. 284p. p.21

13 Destacam-se como atores a Polícia e o Ministério Público. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos*...., p. 17.

14 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos*, p. 124.

15 Cfr. n.1. do art. 18^o da CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

16 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5^a Ed., pp. 38-39.

17 Necessário delimitar os grupos de normas jurídicas, seu campo de aplicação, para averiguar a atuação da Polícia no caso concreto. Há atuações da Polícia que podem gerar responsabilidade civil, por exemplo. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5^a Ed., pp. 43-44.

18 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O Progresso ao Retrocesso*. 3^a ed. Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2019, p. 76.

mentais do cidadão, porquanto é o Direito penal *a ultima et extrema ratio*, cujo objetivo primário é o de equilibrar e limitar a ação punitiva descomedida do Estado. Contudo, a hiper-criminalização ocorrida nos últimos tempos, resultado do terrorismo, dentre outros, levou o Direito penal a adquirir uma envergadura tal que esse equilíbrio está em perigo de desaparecer¹⁹. Isso posto, impõe-se hoje uma obrigação aos operadores do Direito de buscar um novo equilíbrio, de maneira a conjugar o imperativo de segurança nacional com a consideração aos direitos fundamentais.

Essa hiper-criminalização que provoca uma crise no sistema penal é decorrente, mas não somente disso, da sociedade de risco de que trata Ulrich Beck²⁰ tendente a disseminar o medo e o terror, gerando a desconfiança do cidadão frente ao Direito penal. O que se percebe é uma forte inclinação securitária do Direito penal, com conseqüente reforço dos poderes e competências da Polícia. Essa mudança de paradigma ocorrida levanta a seguinte questão: que Direito penal (material, processual e penitenciário) se quer ter? E onde está o “calcanhar de Aquiles” que levou à situação atual? Estará, por acaso, na lei penal ou na hermenêutica, quem sabe na atuação das polícias ou do Ministério Público, na reação da sociedade frente aos riscos, ou na presença ou ausência excessiva do Estado²¹.

Considerando que o “Direito tem a incumbência de preservar a identidade axiológica do sistema social”, porquanto é ele “o reflexo do pensar cultural de um povo”²² e que ordem jurídica nada mais é do que resultado e a representação da estrutura cognitiva da sociedade em face dos valores morais e éticos, bem como dos costumes e da visão dos problemas que a abarcam, o legislador tem o dever de acompanhar a evolução natural da sociedade e modificar a legislação no que preciso for. Contudo, defende Guedes Valente que “esses valores morais não podem ser a medula legitimadora e fundante da intervenção penal”²³, sob pena de o Direito penal perder sua primordial função de equilíbrio.

O legislador deve se ater à Constituição, porquanto a ela cumpre determinar os critérios de seleção quanto ao bem jurídico a ser resguardado pela norma penal, sendo certo

19 Houve uma “mudança de paradigma” do Direito penal material, processual e penitenciário. No domínio do DP material, apontam-se “o aumento da moldura abstrata das penas, ampliação do âmbito da punibilidade dos atos preparatórios e dos atos de execução, aumento dos tipos legais de perigo abstrato”; no âmbito do processual, apontam-se a “diminuição das garantias processuais penais, aumento das competências policiais criminais sem prévio controlo e autorização das autoridade judiciárias”, bem como do Direito penal penitenciário, com a “transformação das penas de prisão em medidas de segurança privativas de liberdade por tempo indeterminado”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal Inimigo e o Terrorismo*... 3.^a Ed., pp. 86-87.

20 BECK, Ulrich – *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2016.

21 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*... 3.^a Ed., p. 8.

22 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas: Reflexões sobre o Quadro Legal*. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 38.

23 A norma penal somente pode intervir como *ultima ratio*, máxima ligada ao princípio *in dubio pro libertate*, que impõe provar se a tutela da norma penal é necessária. A Intervenção penal requer análise dos critérios de subsidiariedade. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas*... 7.^a Ed., p. 57.

que não é qualquer moral que se torna bem jurídico a proteger. Considerando ser a intervenção penal uma excepcionalidade, a conduta humana somente pode ser incriminada quando os demais instrumentos do âmbito civil e administrativo já tiverem sido aplicados. Tome-se, como exemplo, o consumo de drogas. A criminalização da conduta de consumir drogas não se pode dar com base em critérios morais. Cabe inclusive questionar se ao Direito penal é legítimo intervir no consumo de drogas, considerando o direito da pessoa de dispor do próprio corpo.²⁴ Não é objetivo aqui discorrer contra ou favor da criminalização do consumo de drogas, mas tão-só levantar discretamente um véu sobre a questão da legitimidade do Direito penal, quando este intervém na esfera da liberdade do ser humano e igualmente trazer à reflexão o papel do legislador na formulação da política criminal.

É que a Justiça tem como escopo garantir a liberdade, conforme dito, sendo igualmente certo que à Política criminal cumpre concretizar o princípio por meio de ações estatais, preventiva e repressiva, próprias de um Direito penal material, processual e penitenciário, garantista e humanista. Disso resulta o equilíbrio do Direito penal. A lógica constitucional é o de respeitar o princípio da não violência, dentre outros, que se pauta na justiça, nos valores democráticos e no modelo garantista²⁵.

Os princípios da política criminal são axiomáticos e devem reger todas as ações da Polícia, tanto a preventiva como a penal. É a denominada “política criminal do Ser Humano”²⁶, assentada em quatro princípios constitucionais que a legitimam, tais sejam: i) da legalidade, ii) da culpabilidade, iii) da humanidade, iv) da recuperação ou ressocialização ou do tratamento. Daí dizer que é a política criminal que dita o se e o como do Direito penal, devendo tanto a decisão de criminalizar ou não certa conduta guardar inteira consonância com a dimensão axiológica e teleológica constitucional.

Voltando ao exemplo do combate à droga, o princípio da prevenção vem consagrado no RCM 46/99 que aprova a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga²⁷, segundo o qual

24 A Lei nº 30/2000, sobre a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga (ENLCD), em seu art. 2º, descriminaliza a aquisição e a detenção e posse de estupefacientes (drogas) para consumo privado, e dispõe que a conduta constitui contra-ordenação. LEI Nº 30/2000. Diário da República. I-A Série. [Em linha]. Nº 276 (29-11-2000), Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34545875/view?w=2011-11-30>.

25 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos...* pp. 25-27.

26 Uma “Teoria Geral do Direito Policial” é defendida por Guedes Valente, significando, em linhas gerais, a existência de uma Teoria Geral incidente sobre o “Direito de Polícia ou Direito Policial em sentido estrito, ou seja, aquele que confere legalidade e legitimidade às suas ações desenvolvidas para materialização da sua tarefa”. É parte da Teoria Geral do Direito em sentido lato, não podendo se afastar dos “princípios gerais do direito, dos princípios gerais de cada ramo do direito, do direito positivado (supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional), da jurisprudência e da doutrina”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral...* 5ª Ed., pp. 33-35.

27 Cabe destacar que a RCM é de convicção humanista e pragmática que propõe o combate ao tráfico ilícito de drogas ao branqueamento de capitais. RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros nº 46/99. Diário da República, I-B Série. [Em linha]. Nº 122 (26-05-1999), p.2972-3029. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/resolconsmi/46/1999/05/26/p/dre/pt/html>.

se deve evitar, primeiramente, que o perigo das drogas se transforme em risco e consequente dano àqueles que seguirem o caminho das drogas. E a prevenção especial²⁸ ocorre em outro momento, tal seja, quando o já denominado toxicodependente decide pelo tratamento. Vale ressaltar que o legislador optou pela descriminalização²⁹ e não despenalização do consumo, escolheu a via teleológica da prevenção, de caráter humanista e programática, que requer dos atores da política criminal, bem como da sociedade como um todo, atitudes que proporcionem resultados práticos positivos e inovadores, que levem ao mesmo tempo ao combate à droga e à preservação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BECK, Ulrich – *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2016. 978-972-44-1857-5.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1521 p. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. *Diário da República*, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.
- HESPANHA, António Manuel – *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático: Prospectivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7950-9.
- LEI N.º 30/2000. *Diário da República*. I-A Série. [Em linha]. N.º 276 (29-11-2000), Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2000-34545875>.
- MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. 562 p. ISBN 978-972-40-7217-3.
- OTERO, Paulo – *Direito Constitucional Português*. 1º v: *Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-4149-0.
- RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 46/99. *Diário da República*, I-B Série. [Em linha]. N.º 122 (26-05-1999), p.2972-3029. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/46-316939>.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos Político-Criminais*. Lisboa: Ed. de autor, 2017. ISBN 978-972-99118-1-1.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas: Reflexões sobre o Quadro Legal*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7804-5.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral do Direito Policial*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7017-9.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord) – *Os Desafios do Direito (Penal) do Século XXI*. Lisboa: Legit Edições, 2018. ISBN 978-972-8973-51-3.

28 A prevenção especial consiste em suspensão provisória do processo, com a ocorrência do tratamento do toxicodependente. LEI N.º 30/2000. *Diário da República*. I-A Série. [Em linha]. N.º 276 (29-11-2000), Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34545875/view?w=2011-11-30>.

29 A rigor, trata-se de descriminalização em sentido técnico e estrito, porquanto não se trata da despenalização da conduta de consumir, lembra Manuel Valente. O consumo de drogas passou a ser considerado um ilícito de mera ordenação social e não mais um crime. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas...* 7ª Ed., p. 35.

RECENSÕES
REVIEWS

Recensão Crítica da Obra «*Perda das Vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação*»

Critical review of the book «*Loss of the advantages of crime in criminal law. Extended confiscation and confiscation without conviction*»

MARIA DA GRAÇA ESTEVES¹

graca.a.esteves@gmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 83-88

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.1.01>

Submitted on June 22th, 2021. Accepted on July 16th, 2021

Submetido em 22 de Junho, 2021. Aceite a 16 de Julho, 2021

Esta recensão crítica tem como objeto de sua análise a obra organizada por Adriano Teixeira, publicada em São Paulo, no ano de 2020, pela editora Marcial Pons e intitulada *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*, cuja tradução dos textos em língua não portuguesa incumbiu a Tatiana Badaró e Rinuccia Faria La Ruina.

A obra em comento, dedicada a apresentar e aprofundar a temática do confisco de bens provenientes do crime e a recuperação de ativos por parte do Estado, está estruturada na exposição de *sete artigos* de distintos intelectuais originários de variados países – Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos da América, Itália, Inglaterra e Portugal –, precedidos de uma breve apresentação realizada pelo próprio organizador da obra: Adriano Teixeira.

Nesta apresentação, além de uma sucinta exposição de elementos de ordem *teórico-conceituais*, pode verificar-se que a obra organizada por Teixeira (2020), ao propor uma inserção teórica relacionada ao tema do confisco de bens à luz do Direito Penal, pretende, não raro, inserir-se, de um lado, no debate internacional da temática, oportunizando-se, de outro lado, nomeadamente aos leitores, em especial brasileiros, a sua apresentação, tanto no debate jurídico-penal pátrio – recentemente modificado com a inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019 (chamada comumente de “Lei Anticrime”), a acrescer o art. 91^o-A ao Código Penal brasileiro, normatizando o *confisco alargado* – quanto no debate internacional, objecto de escrutínio nos artigos dos juristas internacionais que enriquecem a obra (Teixeira, 2020: 10-11).

¹ Mestranda em Direito, especialidade em Ciências Jurídicas, e Licenciada em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Neste diapasão, tocou inicialmente a Rodrigo Sánchez Rios e a Victor Cezar Rodrigues a tarefa de refletir sobre a realidade brasileira no artigo inaugural da obra em comento, no qual os autores se valem precisamente daquela alteração outorgada pela Lei nº 13.964/2019 para avaliar aspectos gerais a respeito do *confisco alargado*, conforme prescrição do art. 91.º-A, especialmente no que toca *a) o contexto fático* da sua incorporação no ordenamento jurídico-penal brasileiro, *b) a brevíssima exposição* deste instituto na experiência comparada, em especial a sua evolução na Europa, *c) a natureza jurídica* do confisco – tema, ademais, fulcral na maioria dos artigos que avançam na temática ao longo da obra, *d) a compatibilidade* entre o confisco alargado e o ordenamento jurídico brasileiro, e *e) as avaliações críticas* a respeito deste confisco alargado na experiência brasileira à luz da apreciação do art. 91.º-A do Código Penal vigente (Rios & Rodrigues, 2020).

Notemos, contudo, que tanto a apreciação do tema do confisco na experiência internacional, quanto à sua avaliação crítica no ordenamento jurídico-penal brasileiro, parecem-nos demasiado introdutória e geral, especialmente no caso desta última, ao tomar, por exemplo, que o § 2º do art. 91.º-A inserido no Código Penal brasileiro se encontra em flagrante *inversão do ônus da prova*, ao facultar ao condenado a prerrogativa de demonstrar a inexistência de incompatibilidade ou a

procedência lícita do seu patrimônio, sem que, no entanto, esta constatação mereça maior aprofundamento crítico por parte dos autores brasileiros (Rios & Rodrigues, 2020: 33).

A primeira insuficiência que indicamos, porém, não parece ser problema de maior envergadura, dado que os demais artigos colacionados na obra em comento, frutos da reflexão generosa de intelectuais de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, parecem servir justamente para condensar a experiência comparada sobre a matéria, oportunizando-se, no caso do leitor brasileiro, um vasto panorama útil antes de confrontar tais realidades com o caso nacional; a segunda questão indicada, ademais, acha-se superada, dentre outros, ao nosso sentir, no artigo subsquente, apresentado no texto do jurista português, Manuel Monteiro Guedes Valente.

Manuel Guedes Valente avança para o exame crítico da evolução do regime de perda de bens em Portugal, assentando olhar atento à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a agregar disposições da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, que, a rigor, «ampliou o âmbito ou o catálogo de tipos legais de crime que admite o regime especial da perda alargada» (Valente, 2020: 43).

Destacamos, da análise crítica de Guedes Valente, a capacidade do autor em supe-

rar o horizonte imediatista que, *por ventura*, possa informar a evolução, a ampliação e o aprofundamento da perda das vantagens, produtos e instrumentos apreendidos ou arrestados em processo-crime, «face a uma nova matemática sistémica emergente de uma cognitividade de perigos e de riscos, a serem enfrentados pelo Direito Penal, quando confrontada com as funções do Direito penal» (Valente, 2020: 37). A proteção de *bens jurídicos*, continua Valente (2020), reclama equilíbrio entre a sua *efetividade* e a *proteção do agente criminoso* contra o manancial persecutório e punitivo do Estado². Neste condão, mais que restringir-se à apreciação crítica da evolução do instituto na realidade portuguesa, o autor trava importantes considerações que servem para elucidar os desafios vindouros em matéria de política-criminal neste tempo histórico; destas considerações, chamou-nos atenção o exame daquilo que o autor denominou como uma «tetralogia de princípios normativos» específicos (Valente, 2020: 53) determinantes da *perda alargada*, iniciado no item 4.1 do seu artigo. As conclusões do jurista português-demonstram uma cautela necessária para que os novos instrumentos de constrição patrimonial, normatizados como resposta à criminalidade reditícia, às organizações criminosas transfronteiriças e aos crimes económico-financeiros, não atropelem os

pilares do Estado Democrático de Direito, encerra seu contributo de forma louvável, deixando espaço para novas investigações que, naquele artigo, não puderam ser escrutinadas.

De maneira bastante didática, Isidoro Blanco Cordero inicia o terceiro artigo juntado na obra em comentário, a dedicar-se ao exame do confisco de bens à luz do Código Penal espanhol, especialmente através da análise da transposição da Diretiva 2014/42/UE, a balizar a reforma de 2015 e a introduzir distintas modalidades de *confisco alargado* no ordenamento jurídico-penal da Espanha.

A cooperação internacional na matéria tratada constitui, segundo Blanco Cordero (2020), um importante pilar da política criminal da União Europeia, no intento de lutar contra os delitos cometidos com o desígnio de obter vantagens económicas. A Diretiva 2014/42/UE marca, neste sentido, «os esforços da UE para aproximar o Direito penal substantivo e facilitar desta maneira à cooperação penal no espaço europeu» (Blanco Cordero, 2020: 763). Ainda neste diapasão, vê-se que a *necessidade de atender compromissos internacionais* fora levantada pelo legislador espanhol como fundamento a justificar a reforma ocorrida em 2015 no Código Penal, visando transpor a política criminal europeia em matéria de confisco ao ordena-

2 Na linha do que defende quanto às funções do Direito penal – garantia, segurança, coesão social e equilíbrio (VALENTE 2020: 131-138).

3 Tradução do espanhol nossa.

mento jurídico nacional (Blanco Cordero, 2020: 79). A partir de então, o autor realizará um escrutínio das distintas formas de confisco introduzidas no ordenamento jurídico-penal espanhol, desde o *decomiso ampliado*, dividido em *decomiso ampliado básico*, do art. 127.º bis e o *decomiso ampliado reforzado*, arts. 127.º quinquies e 127.º sexies CP (Blanco Cordero, 2020: 108); passando pelo *decomiso sin condena*, do art. 127.º CP; e desaguando, por último, no *decomiso de terceros*, art. 127.º quáter CP, incorporado no bojo da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, de forma a atender a prescrição exposta no art. 6º da Diretiva 2014/42/UE.

O artigo de Francesco Viganó trata do *confisco “de prevenção”*, disposto no art. 24.º do *Código Antimáfia* italiano, à luz de uma rigorosa análise constitucional e convencional, tendo como fundamentos teóricos-jurídicos [a] a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e [b] a experiência americana do *civil forfeiture* (Teixeira, 2020: 14), oferecendo-nos, a exemplo dos trabalhos anteriores, importantes ponderações sobre os limites, a natureza e a aplicação daquela forma de confisco na realidade material daquele país que, no entanto, servem ao aprofundamento da matéria em termos gerais.

Compreender qual é, afinal, a verdadeira natureza jurídica do confisco de “prevenção”, nos termos do art. 24.º do *Código Antimáfia* italiano, transforma-se num dos principais objetivos da contribuição de Viganó (2020). Compreendê-la,

adverte o autor, não se restringe a mera *questão teórica*, pois, em última instância, «reconhecer ao confisco em questão uma natureza substancial de pena significa, ao mesmo tempo, afirmar que a sua previsão normativa e a sua aplicação no caso concreto devem submeter-se às garantias que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e, antes disso, a própria Constituição estabelecem em matéria penal» (Viganó, 2020: 154), com todo rol de consequências que esta subordinação implicaria.

A garantia dos *direitos fundamentais* dos sujeitos atingidos pela intensa carga repressiva do confisco – e de demais medidas de constrição patrimonial – deve ser observada, na perspectiva do intelectual italiano, com rigor; o sucesso obtido por tais medidas, cada vez mais utilizadas no contexto da política criminal italiana, não pode servir de óbice à designação do estatuto de garantias, constitucionais e convencionais, aplicáveis ao confisco “de prevenção”, de forma que a sua rotulação, falsa segundo o autor, enquanto *medida de prevenção* não lhe permite assegurar (Viganó, 2020: 183-184).

Ao reescrever-se estruturalmente as questões relativas ao confisco de bens na realidade alemã, através da aprovação, em abril de 2017, da *nova lei sobre a reforma de confisco penal de propriedade*, abre-se uma janela de reflexões acerca de questões como (i) o *locus jurídico* e *dogmático* do confisco – se atinente ao âmbito civil, penal

ou administrativo; (ii) a *extensão* deste confisco; e (iii) os *limites constitucionais*, seja do *confisco alargado*, seja do *confisco autônomo*, isto é, o confisco não baseado em uma condenação; conjunto de questões que, com rigor, serão avançadas no artigo de Frank Saliger.

A realidade alemã, a exemplo dos demais países apresentados ao longo da obra em comento, atravessada por este forte movimento do direito que regula a perda de propriedade, centra-se diante de contradições jurídicas e doutrinárias, das quais o artigo de Saliger (2020) procura dar algumas respostas. Das que nos sobressaem à vista, destacamos a compreensão de que o confisco deve situar-se nos *fundamentos do direito penal*, o que, por sua vez, encaminha conclusões críticas do autor: a primeira, a respeito da inconstitucionalidade da ampliação do rol de delitos-base alcançados pelo confisco alargado a todos os tipos penais; a segunda, sobre a necessidade de se atentar se, do conjunto daquela reforma do confisco penal, não se extrai uma tendência para utilizar o processo penal como *instrumento fiscal-arrecadatório*⁴.

Os dois últimos trabalhos expostos na obra em comento estão dedicados à aproximação da matéria através do *Common Law* que, já na sua apresentação, Adriano

Teixeira (2020) alerta sobre sua influência cada vez mais sensível na temática do confisco de bens provenientes de crime.

Deste modo, Peter Alldridge, da Inglaterra, oferece-nos o exame da evolução e aplicação do *Proceeds of Crime Act*, de 2002 (POCA), trazendo à colação a análise de casos concretos, a reflexão a partir de questões como as implicações da tributação, a recuperação civil, os *balanços contábeis* que, adiante, serão confrontadas com aspectos de cunho probatório no processo de confisco de bens provenientes do crime, para, ao final, mostrar-se pouco reticente quanto às possíveis controvérsias envolvidas na matéria (Alldridge, 2020).

O último artigo apresentado, de Stefan D. Cassella, avalia a perspectiva estadunidense de recuperação de produtos de crime em processos criminais e processos não baseados em condenação, tendo a questão da criminalidade transfronteiriça e a alegada dificuldade dos Estados Unidos de alcançar ativos transferidos para além das fronteiras nacionais como núcleo analítico (Cassella, 2020).

Julgamos que a obra organizada por Adriano Teixeira (2020), ao dar-nos a possibilidade de nos defrontarmos com contributos de intelectuais a abordar a temática não só a partir de distintos países, realidades ou ordenamentos jurídico-penais,

4 Apenas para fins de reflexão sobre as ponderações de Saliger (2020: 216), deixamos o *sítio* oficial do Ministério Público Federal brasileiro, reservado a divulgar os resultados, inclusive patrimoniais, obtidos com a assim chamada *Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 01 de julho de 2021.

mas, em especial, através de perspectivas que, por vezes, parecem divergir quanto à matéria e alguns dos seus pontos que suscitam maior polémica, consegue, *a um só tempo*, condensar uma apresentação através de rigorosas análises e suscitar outras divergências que, de um lado, enriquecem o trabalho apresentado, ao mesmo tempo que, de outro, fazem avançar o debate especializado e crítico em torno da temática.

Parece-nos, também, bem delimitada na obra em questão – em alguns autores (Blanco Cordero, 2020; Saliger, 2020; Valente, 2020), noutros menos (Alldridge, 2020; Rios & Rodrigues, 2020) – que, muito embora a realidade material pareça impor formas mais aptas de sustar os crimes económico-financeiros, as organizações criminosas transnacionais e a criminalidade reditícia, não se torna viável fazê-lo distante de uma rigorosa observância dos *direitos e garantias fundamentais* que, em última instância, estruturam o Estado Democrático de Direito, sob pena dos *fins* passarem a justificar os *meios empregados*, como acertadamente, ao nosso sentir, concluiu Valente (2020).

BIBLIOGRAFIA

- Alldrige, P. (2020). Legislação sobre produtos de crime desde 2003 – duas áreas-chave. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 217-242). São Paulo : Marcial Pons .
- Cassella, S. D. (2020). A perspectiva americana sobre recuperação de produtos de crime em processos criminais e processos não baseados em condenação. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. (pp. 243-258). São Paulo: Marcial Pons.
- Blanco Cordero, I. (2020). El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime em Direito Penal: confisco alargado e confisco sem pena* (pp. 73-150). São Paulo: Marcial Pons.
- Rios, R. S., & Rodrigues, V. C. (2020). Confisco alargado: a ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019 (“Lei anticrime”). Em A. Teixeira, *Perdas das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 17-34). São Paulo: Marcial Pons.
- Saliger, F. (2020). Questões fundamentais do confisco de bens. Em A. Teixeira, *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 185-216). São Paulo : Marcial Pons.
- Teixeira, A. (2020). *Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons .
- Valente, M. M. G. (2020). Da perda de bens e direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: as controvérsias de um regime em ‘apuração’. Em A. Teixeira, *Perdas das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 35-72). São Paulo: Marcial Pons.
- (2020). *Direito Penal do Inimigo: o «progresso ao retrocesso»*. 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- Viganó, F. (2020). Reflexões sobre o Estatuto Constitucional e Convencional do Confisco “de prevenção” no ordenamento italiano. Em A. Teixeira, *Perdas das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação* (pp. 151-184). São Paulo: Marcial Pons.

