

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME I
n.º 3
nov. 2017

DIREITO PENAL

Anabela Miranda Rodrigues

Claudio Brandão

Leonardo Siqueira

Eduardo Demetrio Crespo

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Luís Greco

Paulo de Sousa Mendes

José Manuel Damião da Cunha



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA · PORTO

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME I \ n.º 3 \ novembro 2017

DOCTRINA

Anabela Miranda Rodrigues

Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Claudio Brandão

Catedrático de Direito Penal Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Damas da Instrução Cristã e Universidade Federal de Pernambuco

Leonardo Siqueira

Professor do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Direito Penal. Universidade de Castilla – La Mancha

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Assessor do Conselho de Administração da CMVM
Investigador do CEDIS (Nova Direito)

Luís Greco

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal,
Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt,
de Berlim, Alemanha

Paulo de Sousa Mendes

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

José Manuel Damião da Cunha

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

Proprietário

Católica Research Centre for the Future of Law
Católica Law Review
VOLUME I \ n.º 3 \ novembro 2017

Conselho de Direção

Rui Medeiros
Catarina Santos Botelho
Elsa Vaz de Sequeira
Gonçalo Almeida Ribeiro
Maria d'Oliveira Martins
Sofia Pais

Redação e Administração

Católica Research Centre for the Future of Law
Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 21 721 41 78 | Fax. (351) 21 721 41 77
catolicallawreview.fd@ucp.pt | www.fd.lisboa.ucp.pt

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto Ref.ª UID/DIR/04859/2013

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial	António Brás
Capa e conceção gráfica	Ana Luísa Bolsa 4 ELEMENTOS
Paginação	acentográfico
Impressão	Sersilito – Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal	420225/17
Data	novembro 2017
Tiragem	300 exemplares
Periodicidade	quadrimestral
ISSN	2183-9336



Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

ÍNDICE

9 Nota da Direção

DOCTRINA

- 11 O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade
– o caso do abuso de mercado

Anabela Miranda Rodrigues

Resumo: Objetivo do presente estudo é apreciar a legitimidade da Diretiva Abuso de Mercado (2014/57/UE), do ponto de vista do critério da necessidade da intervenção penal nos termos consagrados no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE. A questão é qualitativamente diferente da que se coloca ao nível nacional, ligando-se ao princípio da subsidiariedade do direito da União. Exige uma interpretação «constitucional» e «restritiva» daquela norma, mediante a «prova», em termos concretos e não abstratos, do caráter «essencial» da intervenção penal para assegurar a eficácia do direito da União numa área que tenha sido objeto de medidas de harmonização. O critério teve já consagração na jurisprudência do TJUE, que reclamou «prova factual clara» na sua densificação. Da análise dos argumentos da Proposta de Diretiva conclui-se que eles são vagos, genéricos e simbólicos e não conferem substância à necessidade de intervenção penal, a nível europeu, para lutar contra as fraudes graves ao regime dos mercados financeiros.

Palavras-chave: Diretiva Abuso de Mercado. Mercados Financeiros. Princípio da subsidiariedade. Luta contra as fraudes.

Abstract: The aim of this study is to assess the legitimacy of the Market Abuse Directive (2014/57/EU), from the point of view of the criterion of the need for criminal intervention in the terms set out in Article 83 (2) TFEU. The question is qualitatively different from the one posed at the national level, which is linked to the principle of subsidiarity of Union law. It requires a 'constitutional' and 'restrictive' interpretation of that rule by means of 'evidence', in concrete rather than abstract terms, of the 'essential' nature of criminal proceedings in order to ensure the effectiveness of Union law in an area subjected to harmonization measures. The criterion was already enshrined in the jurisprudence of the CJEU, which called for 'clear factual evidence' in its densification. The analysis of the arguments in the Proposal of the Directive concludes that they are vague, generic and symbolic and do not give substance to the need for criminal intervention at European level to combat serious fraud in the financial market regime.

Keywords: Market Abuse Directive. Financial Markets. Principle of subsidiarity. Fight against fraud.

- 43 Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro

Claudio Brandão \ Leonardo Siqueira

Resumo: A omissão é um dos mais controversos temas da ciência penal. O objeto dessa investigação se debruça sobre as características desse instituto penal e o que se objetiva é a compreensão do sentido e do alcance do conceito de exigibilidade no referido instituto.

Palavras-chave: Omissão. Exigibilidade. Tipicidade.

Abstract: The omission is one of the most controversial themes in the criminal science. The purpose of this investigation is based in the characteristics of this penal institute and what is intended is the understanding of the meaning and scope of the concept of exigibility in this institute.

Keywords: Omission. Exigibility. Typicity.

- 71 A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito

Eduardo Demetrio Crespo

Resumo: No presente trabalho, o Autor parte da consideração da crise do modelo garantista num Direito Penal contemporâneo sujeito a um processo, não apenas de mudança e transformação, mas de verdadeira metamorfose, no sentido de propor uma nova leitura do garantismo penal fiel à sua proposta originária como verdadeiro modelo de deslegitimação. Apenas, então, se tornando capaz de restituir ao Direito Penal o papel de garante de Direitos Fundamentais, consentâneo com a função crítica que lhe cumpre assumir num Estado de Direito democrático, fundado no valor supremo da consideração da pessoa como plenamente dotada de dignidade.

Palavras-chave: Metamorfose. Garantismo. Estado de Direito. Direitos Fundamentais.

Abstract: In this study the Author sets out to consider the current crisis of the garantistic model of contemporary criminal law as this is subject to a continuous process, not of mere change and transformation, but of true metamorphosis. The Author does so with the confessed purpose of conveying a new approach to the criminal garantistical tradition that is able to recall its original source as a model of true deslegitimation. Only then will it be possible to reinstate criminal law in its role as a guarantor of human rights, in a way that is congruent with the critical function it must perform

in a State subject to the rule of law, hence reliant on the affirmation of individual dignity as the supreme value recognized in each individual person.

Keywords: Metamorphosis. Garantism. Rule of law. Human rights.

91 Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico
Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Resumo: A evolução tecnológica e a globalização económica têm criado enormes desafios aos sistemas penais tradicionais, especialmente no domínio da criminalidade económica e do combate ao crime organizado. Muitas das tendências que se identificam na evolução do Direito Penal nestas últimas décadas acentuam linhas de desenvolvimento que revelam alguma capacidade de adaptação dos sistemas penais tradicionais. Noutros casos, os novos desafios e as respostas que têm sido ensaiados criam pontos de possíveis ruturas ao nível dos princípios e dos valores do sistema penal. O presente estudo identifica algumas dessas tendências e alguns temas que podem gerar alterações na evolução do sistema penal português, em diferentes domínios: na construção da tipicidade, na revisão do conteúdo das estruturas de imputação, na organização do sistema de fontes, na relação do sistema nacional com soluções oriundas de sistemas penais diferentes do nosso ou na articulação do processo penal com realidades que se desenvolvem fora dele (como os sistemas de *compliance* e os programas de auditoria).

Palavras-chave: Criminalidade económica, tipicidade, tipos abertos, normas penais em branco, interpretação contextualizada, sistema de fontes, codificação, sistema em rede, imputação subjetiva, normatização do dolo, controlo do risco, ignorância deliberada, *plea bargaining*, *compliance*, auditoria, prova, investigação criminal.

Abstract: Technological developments and economic globalization have created enormous challenges to traditional criminal systems, especially in the field of economic crime and the fight against organized crime. The trends of criminal law in recent decades reveal some capacity for adapting by the traditional criminal systems. In other cases, the new challenges and the responses that have been offered create breaches of main principles and fundamental values of the criminal justice system. This study identifies some of these tendencies and some topics that can generate changes in the evolution of the Portuguese penalty system, in different domains: the organization of criminal laws and the legal description of criminal offences, the content of main imputation concepts (mostly *mens rea*), the organization of the sources of law, the relation between criminal law and regimes from other branches of the legal system, or the articulation of the criminal process with realities that develop outside of it (such as compliance and audit programs).

Keywords: Economic criminality, typicity, open ended typical norms, indeterminate criminal norms, context based interpretation, system of sources, codification, network based system, subjective imputation, normativization of mens rea, risk control, deliberate ignorance, plea bargaining, compliance, audit, evidence, criminal investigation.

115 Por que inexitem deveres absolutos de punir
Luís Greco

Resumo: Verifica-se, no moderno Direito Penal internacional, amplo consenso sobre a existência de um dever de punir graves violações de direitos humanos. Não tão uniforme, mas bastante difundida é também uma opinião a respeito da qualidade desse dever: não se trataria de um dever condicionado, tampouco *prima facie*, e sim de um dever absoluto. Em nome desse dever absoluto caíram as barreiras da soberania e da prescrição; agora são criticados a anistia e os acordos de paz. O *slogan* em que se baseia essa crítica é a chamada luta contra a impunidade. Objeto de minhas reflexões serão esses afirmados deveres absolutos de punir; tentarei demonstrar por que eles inexitem.

Palavras-chave: Direito Penal internacional; violação de direitos humanos; dever absoluto de punir.

Abstract: There is a broad consensus in modern international criminal law on the existence of a duty to punish serious human rights violations. Not so uniform, but quite widespread is also an opinion about the quality of this duty: it is not be a conditioned duty, not *prima facie*, but an absolute duty. In the name of this absolute duty the barriers of sovereignty and statute of limitations rules fell; amnesty and peace deals are now criticized. The slogan on which this criticism is based is the so-called fight against impunity. These so-called absolute duties to punish will be the object of my reflection; I will try to demonstrate why they do not exist.

Keywords: International criminal law; violation of human rights; absolute duty to punish.

127 A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia
Paulo de Sousa Mendes

Resumo: O atual foco no autobranqueamento de capitais despreza as razões de política criminal que levaram à criminalização do branqueamento de capitais, enquanto instrumento de descoberta do rasto do dinheiro e confisco das vantagens provenientes do ilícito antecedente, além de que

esbanja os escassos recursos humanos do sistema de administração de Justiça na instrução e julgamento de processos-crime desnecessariamente complexos quando o beneficiário económico da atividade criminosa já está naturalmente referenciado nos autos, enquanto agente do crime principal. No presente texto, procuraremos demonstrar que a punição do autobranqueamento é uma fuga para a frente, destinada a desviar as atenções do fracasso da estratégia de política criminal implementada através da punição do branqueamento de capitais. Criticamos a opção de política criminal que levou à criminalização do autobranqueamento de capitais num número crescente de países e, em alternativa, procuraremos tirar as devidas ilações daquilo que tem corrido mal na punição do branqueamento de capitais, especialmente no tocante à eficácia de tal punição para o desmembramento das associações criminosas e a recuperação dos ativos que têm origem na atividade criminosa altamente organizada.

Palavras-Chave: Confisco, branqueamento de capitais, crime principal, autobranqueamento de capitais.

Abstract: The current focus on self-money laundering ignores the criminal policy reasons that led to the criminalization of money laundering as an instrument for discovering the money trail and confiscating the assets obtained through the predicate offence, and disperse the scarce human resources of the system of administration of justice in the making of unnecessarily complex criminal proceedings when the economic beneficiary of the criminal activity is already referenced in the file, as the person who is involved in the commission of the predicate offence. The punishment of self-money laundering is a wrong sign, which was designed to divert attention from the failure of the criminal policy strategy implemented through the punishment of money laundering. We criticize the criminal policy option that has led to the criminalization of self-money laundering in a growing number of countries and, as an alternative, we intend to draw the proper inferences from what went wrong in punishing money laundering, especially as regards the effectiveness of such punishment for the dismemberment of criminal associations and the recovery of assets obtained through highly organized criminal activities.

Keywords: Confiscation, money laundering, predicate offence, self-money laundering.

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

- 157 Dez anos depois: quando se recorre diretamente para o STJ?
José Manuel Damião da Cunha

Nota da Direção

O terceiro número da *Católica Law Review* apresenta-se com sete textos de elevadíssima qualidade científica sobre temas relacionados com o Direito Penal. Inserindo-se ainda no ano inicial da revista, optou-se por, à semelhança do que sucedeu com os dois primeiros números, não fazer uso do recurso a *call for papers*. Todos os artigos são, pois, fruto de convites dirigidos aos seus autores.

O presente número conta, na parte doutrinal, com os contributos de Anabela Miranda Rodrigues (Coimbra), de Claudio Brandão e Leonardo Siqueira (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Eduardo Demetrio Crespo (Universidade de Castilla – La Mancha); Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Nova-Lisboa); Luís Greco (Universidade Humboldt, Berlim) e Paulo de Sousa Mendes (Universidade de Lisboa). Inclui ainda um comentário de Damião da Cunha (Católica-Porto).

A revista reúne assim artigos de Professores de reconhecido mérito, agregando temas variados e de grande atualidade. O texto de Anabela Miranda Rodrigues versa sobre a legitimidade da Diretiva Abuso de Mercado (2014/57/UE), do ponto de vista do critério da necessidade da intervenção penal. O contributo de Claudio Brandão e Leonardo Siqueira oferece um enquadramento penal da omissão e trata sobre a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro. Eduardo Demetrio Crespo trata sobre a crise do modelo garantista num Direito Penal contemporâneo sujeito a um processo de metamorfose e à necessidade da sua urgente re-consideração. Frederico de Lacerda da Costa Pinto mostra como o Direito Penal tradicional tem respondido aos desafios colocados pela evolução tecnológica e pela globalização económica. Luís Greco põe em causa os deveres absolutos de punir. Paulo de Sousa Mendes, numa crítica à opção da criminalização do autobranqueamento de capitais, tomada em muitos países, tira ilações daquilo que tem corrido mal na punição do branqueamento de capitais, especialmente no tocante à eficácia de tal punição para o desmembramento das associações criminosas e a recuperação dos ativos que têm origem na atividade criminosa altamente organizada.

Este número inclui ainda um comentário de Damião da Cunha (Católica-Porto) ao Acórdão n.º 5/2017 de uniformização de Jurisprudência.

Editorial Note

The third issue of *Católica Law Review* brings us seven articles of very high scientific quality. All seven articles are related with subjects of criminal law. In this first year of the *Católica Law Review*, it was the Editors' decision not to call for papers. Therefore, all articles are the result of invitations addressed to their authors.

This issue counts in the doctrinal part with the contributions of Anabela Miranda Rodrigues (Coimbra), Claudio Brandão and Leonardo Siqueira (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla – La Mancha); Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Nova-Lisboa); Luís Greco (Humboldt University, Berlin) and Paulo Sousa Mendes (Universidade de Lisboa). It also includes a commentary by Damião da Cunha (Católica-Porto).

The *Católica Law Review* gathers articles of well-known teachers about current wide-ranging themes. The text by Anabela Miranda Rodrigues addresses the legitimacy of the Market Abuse Directive (2014/57/EU), from the point of view of the criterion of the need for criminal intervention. The contribution of Claudio Brandão and Leonardo Siqueira offers a criminal framework of omission and deals with the function of enforceability in the Brazilian Penal Code. Eduardo Demetrio Crespo is about the crisis of the protectionist model in a contemporary criminal law, subject to a metamorphosis process, and the need for its urgent re-consideration. Frederico de Lacerda da Costa Pinto shows how traditional criminal law has responded to the challenges posed by technological evolution and economic globalization. Louis Greco denies the existence of absolute duties of punishment. Paulo de Sousa Mendes, in a critique of the option of criminalization of self-money laundering, taken in many countries, shows what went wrong in punishing money laundering, especially as regards the effectiveness of such punishment for the dismemberment of criminal associations and the recovery of assets obtained through highly organized criminal activities.

This issue also includes a commentary by Damião da Cunha (Católica-Porto) to the Acórdão n.º 5/2017.

O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso de mercado

Anabela Miranda Rodrigues

Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

Introdução

- I. A máxima da eficácia e o Direito Penal da União Europeia
- II. A «necessidade» da intervenção penal a nível da União Europeia
- III. A concluir

Introdução

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa constitui, do ponto de vista político-criminal, um enorme desafio para a União Europeia (UE). Abrem-se-lhe as portas para a criação de um direito penal europeu – no sentido de um direito penal criado a nível da UE – que, de acordo com a Comissão¹, lhe permita assegurar «a execução eficaz» do direito da União. O disposto no artigo 83.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) veio precisamente atribuir competência ao legislador europeu para adotar diretivas em matéria penal, desde que «a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros» se afigure «indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização».

Desta forma, é a questão do desenvolvimento do Direito Penal europeu à luz de uma máxima de eficácia que aqui está em causa. Neste contexto, em que uma renovada «consistência» e «coerência»² se exige à atuação do legislador europeu, o objetivo do presente estudo é apreciar a primeira manifestação do exercício desta competência – a Diretiva relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de mercado (Diretiva Abuso de Mercado)³ – do ponto de vista do princípio da necessidade da intervenção penal, a nível da União, de acordo com o critério enunciado pelo legislador europeu constituinte.

Foi logo em 2009, no «dia seguinte» à crise financeira que abalou o Mundo, que Klaus Luderssen questionava se ela não traria consigo «novas perspetivas de criminalização»⁴. E, na verdade, o reclamo por respostas mais punitivas no âmbito económico e no domínio dos mercados financeiros não tardou a fazer-se ouvir, num clamor a que a União Europeia não foi insensível. A intervenção legislativa que foi levando a efeito, de salvaguarda da estabilidade e consolidação da confiança no bom funcionamento do sistema financeiro, tendo em vista a realização do mercado único europeu, constitui, com efeito, um sinal de uma atitude crescentemente sancionatória, com o apelo à utilização, por parte dos Estados-membros, de sanções «efetivas, proporcionadas e dissuasoras», que, para além de civis e administrativas, também podiam ser penais. Intervenção

1 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efetiva das políticas da UE», COM (2011) 573 final, 20 de setembro de 2011, p. 1.

2 Assim, COM (2011) 573 final, p. 3.

3 Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado).

4 KLAUS LUDERSSEN (2010), p. 290.

que pode tomar-se como paradigma de um processo de «europeização penal» conduzido pela via do direito comunitário, como o demonstra as diretivas de 1989⁵ e de 2003⁶, encaradas⁷ como vestígios de uma espécie de aplicação sub-reptícia e *ante litteram* do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE.

I. A máxima da eficácia e o Direito Penal da União Europeia

1. É sabido que a máxima da eficácia entronca no dever mais geral de lealdade, hoje consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE), que tem desempenhado um papel crucial na exigência de «garantir a execução»⁸ do direito da UE. A força integradora de um princípio de eficácia foi, desde sempre, evidente no desenvolvimento do direito da União Europeia, como mostrou a jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde logo no caso *Francovich*⁹, famoso entre os casos seminais da União, e reafirmou em casos mais recentes, como o caso *Mangold*¹⁰ ou *Kucukdeveci*¹¹. Neste sentido, o princípio, tal como vem sendo considerado pelo Tribunal, de uma forma geral, exige que os direitos nacionais não tornem impossível ou excessivamente difícil, na prática, o gozo dos direitos europeus pelos cidadãos europeus. Aqui radicam as teorias do efeito indireto e da responsabilidade estadual pela aplicação do direito da União e se enquadra o cânone do primado do direito europeu.

Foi à luz daquele princípio que se deram os primeiros desenvolvimentos do Direito Penal «europeu», no sentido de Direito Penal nacional criado nos Estados-membros em execução das obrigações resultantes do direito da União Europeia.

Assim¹², é reconhecido que, muito antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça se debruçou sobre a questão da relação entre o direito da União Europeia e os direitos penais nacionais. Foi na base da necessidade de assegurar a eficácia daquele direito que o Tribunal explicitou e fez frutificar o princípio da assimilação, a partir da década de 70 do século xx, não

5 Diretiva 89/592/CEE, de 13 de novembro de 1989, relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados.

6 Diretiva 2003/6/CE, de 28 de janeiro de 2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado).

7 Neste sentido, FOFFANI (2015), p. 227.

8 Cf. artigo 4.º, n.º 3, 2.º inciso, do TUE.

9 Caso C-6 e C-9/90 *Francovich* (1991).

10 Caso C-144-04, *Mangold contra Helm* (2005).

11 Caso C-555/07, *Kucukdeveci* (2010).

12 Sobre esta dimensão vertical do princípio da eficácia, cf. RODRIGUES (2017), pp. 327 s.

tinha ainda ele obtido consagração expressa no Tratado de Maastricht, como veio a acontecer depois¹³.

Observa-se, então, que, já na base deste princípio (da assimilação), a jurisprudência mostra uma evolução que, do nosso ponto de vista, tem vindo a acentuar, em nome da eficácia, a intervenção penal ao nível dos Estados-membros, favorecendo potencialmente a expansão «deste» Direito Penal europeu, sendo isto muito evidente ao nível sancionatório¹⁴. Assim¹⁵, no Acórdão *Amsterdam Bulb* (1977), dava-se aos legisladores nacionais a liberdade de adotar as medidas que consideravam adequadas, «incluindo sanções que podiam mesmo ter a natureza criminal»¹⁶. No caso do «milho grego» (1989), o Tribunal consagrou o princípio da assimilação, isto é, o dever de se sancionar as violações ao direito comunitário em condições, materiais e processuais, análogas às previstas para as violações ao direito nacional de «natureza e importância similares», que implicava, quanto às sanções, que estas deviam ser «efetivas, proporcionadas e dissuasoras»¹⁷. E, no Acórdão *Zwartveld* (1990), apoiando-se, de resto, no caso do «milho grego», o Tribunal, pela primeira vez, referiu-se à natureza «penal» que podiam ter as medidas nacionais adotadas «para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário»¹⁸. Posteriormente, no Acórdão *Nunes e de Matos* (1999), explicitou que essas medidas podiam incluir sanções penais, «mesmo quando a regulamentação comunitária só previsse uma sanção civil»¹⁹. Pode, de resto, falar-se de uma jurisprudência reiterada neste sentido: Acórdãos *de Andrade* (2000)²⁰, *Hannl-Hofstetter* (2002)²¹ ou *Aklagaren contra Akerberg Fransson* (2013)²².

Entretanto, é em sede do desenvolvimento do Direito Penal europeu em sentido próprio, isto é, criado pelo legislador penal europeu ao nível da União Europeia que importa considerar o princípio da eficácia (do direito da União) e o papel fulcral que aí desempenhou.

13 Cf. artigo 280.º, n.º 2, do Tratado da Comunidade Europeia (TCE). O princípio da assimilação é um derivado do princípio da lealdade comunitária, ao tempo consagrada no artigo 10.º do TCE, podendo revelar-se um princípio mais restrito do que o da eficácia, para que aponta o princípio da lealdade.

14 Sobre isto, RODRIGUES (em curso de publicação, *New Journal of European Criminal Law*), «Fundamental rights and punishment – is there a EU perspective?».

15 Sobre esta evolução, com este sentido, *vide* RODRIGUES (2008), pp. 90 s.

16 Cf. Processo 50/76, de 2 de fevereiro de 1977, § 32.

17 Cf. Processo 68/88, de 21 de setembro de 1989, §§ 23 a 25.

18 Cf. Processo C-2/88, de 13 de julho de 1990, § 17.

19 Cf. Processo C-186/98, de 8 de julho de 1999, § 14.

20 Processo C-213/99, de 7 de dezembro de 2000.

21 Processo C-91/02, de 16 de outubro de 2003.

22 Processo C-617/10, de 26 de fevereiro de 2013.

Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Comunidade Europeia não tinha competência penal. Mas vale a pena lembrar como este aspeto esteve sempre envolto em polémica, exatamente pelo que se refere a uma eventual competência penal da Comunidade em ordem a assegurar a realização eficaz das suas políticas²³.

Na verdade, a ideia da ausência de competência penal da Comunidade foi contestada pela Comissão desde os finais dos anos 80. Por ocasião da discussão de duas diretivas, uma sobre operações de iniciados no domínio da bolsa²⁴ e outra relativa ao branqueamento no setor dos serviços financeiros²⁵, a Comissão defendeu que um instrumento de direito comunitário podia conter obrigações de previsão de sanções penais para comportamentos que ali se proibiam, quando a natureza penal das sanções fosse necessária para garantir a eficácia das proibições. Esta tese não fez vencimento. E o entendimento diferente foi mesmo reforçado, pelo que se refere à iniciativa quanto ao branqueamento, com uma declaração subscrita pelo Conselho aquando da adoção da Diretiva, que exprimia um compromisso sobre a necessidade de, no futuro, se incriminar, a nível da União, o branqueamento²⁶.

A Comissão, entretanto, não desistiu da sua ideia e, na véspera da adoção pelo Conselho de uma Decisão-Quadro sobre a proteção penal do ambiente, propôs uma diretiva para esse mesmo efeito²⁷. A Comissão, na sua proposta, colocava em evidência que as sanções previstas pelos Estados-membros «não eram sempre suficientes para garantir um respeito absoluto pelo direito comunitário» porque «nem todos os Estados-membros previam sanções penais contra as violações mais graves da legislação comunitária de proteção do ambiente»²⁸. O que apontava, muito claramente, para a legitimidade da utilização do Direito Penal europeu na base do princípio da eficácia.

Um recurso de anulação da Decisão-Quadro interposto pela Comissão esteve na origem do marcante Acórdão Ambiente, como é conhecido, do Tribunal de Justiça da União²⁹. Onde se decidiu que, apesar de, como regra geral, nem

23 Esta tese, como é sabido, foi defendida por teorizadores do Direito Penal europeu e, desde cedo, avançada por advogados gerais do Tribunal de Justiça, designadamente o Advogado-Geral Jacobs, no seu Parecer (§12) no Caso *Alemanha contra Comissão* (Caso C-240/90), 1992.

24 Diretiva 89/592/CEE (nota 5).

25 Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de branqueamento de capitais.

26 Cf. RODRIGUES (2016), pp. 995 s.

27 Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do ambiente pelo Direito Penal (COM/2001/0139 final), de 13 de março de 2001.

28 Cf. Exposição de Motivos, 1. Justificação.

29 Processo C-176/03, de 13 de setembro de 2005.

a matéria de Direito Penal nem de direito processual penal serem da competência da Comunidade, tal não impedia o legislador comunitário de, sempre que a aplicação de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasoras pelas autoridades nacionais competentes fosse uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves ao ambiente, tomar medidas relacionadas com o Direito Penal dos Estados-membros que considerasse necessárias para garantir a eficácia plena das normas que estabelecesse em matéria de proteção do ambiente³⁰. Importa-nos sublinhar como o Tribunal justificou a atribuição de competência à Comunidade na base da necessidade de assegurar a eficácia de uma política comunitária, no caso em matéria ambiental, o que foi considerado por aquela instância judiciária como constituindo um objetivo essencial da Comunidade. Para além deste princípio, no entanto, o Tribunal não especificava, neste Acórdão, as medidas que o legislador comunitário estava habilitado a tomar na prossecução deste objetivo de eficácia do direito comunitário.

O essencial desta argumentação sobre a eficácia foi reiterado no segundo caso que se lhe seguiu sobre a poluição causada por navios³¹. Acrescentou-se, entretanto, de uma forma revolucionária, que, quando a aplicação de «sanções criminais» efetivas, proporcionadas e dissuasoras a nível nacional constitui um medida «essencial» para combater as ofensas graves ao ambiente, o legislador comunitário pode exigir aos Estados-membros que prevejam tais sanções para assegurar a plena eficácia do direito comunitário nesse domínio³². De qualquer modo, na delimitação da competência penal clarificou-se que não relevava da competência da Comunidade a determinação do tipo e do nível das sanções penais a aplicar³³.

Esta jurisprudência desencadeou um vivo debate sobre a extensão e os limites da competência que o Tribunal tinha em vista. De qualquer modo, na sequência desta evolução, foram adotadas algumas diretivas em matéria penal, que visam assegurar a eficácia do direito da União. Referimo-nos, desde logo, às duas diretivas de 2008 e de 2009, respetivamente relativas à «proteção do ambiente através do direito penal»³⁴ e à «poluição por navios e introdução de

30 Cf. §§ 47 e 48.

31 Processo C-440/05, de 23 de outubro de 2007. O Advogado-Geral sustentou que seria desejável uma base legal «específica» para atribuição de uma mais ampla competência no domínio penal (cf. Parecer do Advogado-Geral Ján Mazák, de 28 de junho de 2007, § 122).

32 Cf. Processo C-440/05, § 66.

33 Cf. *ibidem*, § 70.

34 Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa à proteção do ambiente através do Direito Penal. Como é sabido, o legislador europeu teve em vista assegurar a proteção do ambiente através do Direito Penal com a adoção de uma Decisão-Quadro, de 27 de janeiro de 2003, que foi anulada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2005. Na mesma altura e em paralelo, a Comissão adotou uma Proposta de Diretiva sobre a proteção do ambiente pelo Direito Penal, de 13 de março de 2001, que foi abandonada na sequência da recusa

sanções em caso de infrações»³⁵. Ambas visam assegurar a política comunitária no domínio do ambiente, e, designadamente, a proteção do ambiente no domínio marítimo, obrigando os Estados-membros, nas respetivas legislações nacionais, a incriminar certos comportamentos e a prever sanções penais, que exigem que sejam «efetivas, proporcionadas e dissuasoras»³⁶. Também a diretiva que estabelece sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, de 2009³⁷, visa, no âmbito da política migratória da União, lutar contra a imigração clandestina mediante o combate ao emprego ilegal. E, para o efeito, obriga os Estados-membros a incriminarem e punirem com sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasoras as violações dolosas, ocorridas em certas circunstâncias, da proibição de emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular no território da União³⁸.

Independentemente das questões de legalidade e de legitimidade material das referidas intervenções legislativas, cuja apreciação não está agora em

do Conselho de trabalhar na base dessa Proposta, e relativamente à qual o Parlamento Europeu se pronunciou, em Relatório adotado em 9 de abril de 2002. A presente Diretiva de 2008 foi adotada com base no artigo 175.º, n.º 1, do Tratado da Comunidade Europeia. Depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o ambiente constitui uma das políticas a desenvolver pela União Europeia (Título XX, Parte III, do TFUE), devendo a intervenção penal a nível da União ser levada a efeito, do nosso ponto de vista, com base no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE.

35 Diretiva 2009/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que altera a Diretiva 2005/35/CE relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infrações, adotada com base no artigo 80.º, n.º 2, do Tratado da Comunidade Europeia. Tal como se verificou no domínio da proteção do ambiente, foi adotada uma Decisão-Quadro, de 12 de julho de 2005, visando a repressão penal no caso da poluição causada por navios, e uma Diretiva, de 7 de setembro de 2005, relativa à poluição causada por navios e à introdução de sanções em caso de infrações. Também aquela Decisão-Quadro foi anulada pelo Tribunal de Justiça, com o Acórdão de 23 de outubro de 2007, tendo a Comissão apresentado, em 11 de fevereiro de 2008, uma proposta que visava modificar a diretiva existente e para aí consagrar as disposições penais anteriormente previstas na Decisão-Quadro. Depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esta matéria releva da política dos transportes, tratada no Título VI, Parte III, do TFUE, devendo a intervenção penal a nível da União ser levada a efeito, do nosso ponto de vista, com base no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE.

36 No caso da Diretiva 2008/99/CE, cf., designadamente, Considerando n.º 10 e artigos 1.º, 3.º, 4.º e 5.º (apesar de, neste dispositivo, se dispor que as infrações referidas nos artigos 3.º e 4.º sejam puníveis com «sanções» efetivas, proporcionadas e dissuasivas); no caso da Diretiva 2009/123/CE, cf., designadamente, Considerando 8 e artigos 4.º, n.º 1 (na redação do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2008/99/CE), 5.ºA, n.º 1 (na redação do artigo 1.º, n.º 5, da Diretiva 2008/99/CE) e 8.ºA, dispondo que certas infrações sejam puníveis com «sanções penais» efetivas, proporcionadas e dissuasoras (na redação do artigo 1.º, n.º 7, da Diretiva 2008/99/CE).

37 Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

38 Cf. artigos 9.º e 10.º, Diretiva 2009/52/CE.

causa³⁹, verifica-se que o princípio da eficácia se tornou o motor da evolução constitucional do Direito Penal europeu⁴⁰.

Pode dizer-se que o legislador constituinte verteu no Tratado de Lisboa a «interpretação funcionalista»⁴¹ do Direito Penal feita pelo Tribunal de Justiça da União. E, nesta medida, o artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, considera-se herdeiro das suas decisões. Foi, no entanto, mais longe, ao conferir uma dimensão nova⁴² – horizontal –, no âmbito penal, ao princípio da eficácia do direito da União, acompanhando a evolução, em geral, do princípio da eficácia, utilizado como um «*slogan* constitucional»⁴³ para justificar a intervenção legislativa a nível da UE⁴⁴.

Isto significa que o princípio da eficácia surge, no contexto da justificação da competência penal da União Europeia, agora no quadro da relação entre direito da União e Direito Penal da União. E não – ou não apenas, dizendo melhor – no quadro da relação entre direito da União e Direito Penal dos Estados-membros.

É esta atribuição expressa de competência penal à União Europeia, de acordo com o disposto no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, «para assegurar a execução eficaz» das suas políticas que se tem em vista, ao apreciar a intervenção penal europeia ao nível do abuso de mercado.

2. Na construção do mercado interno, a União Europeia vem procurando lutar contra as fraudes cometidas nesse âmbito, designadamente respondendo à crise financeira iniciada em 2008 e na busca de maior confiança nos mercados.

Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, desde os anos 70, a Comissão lutou para defender a necessidade de assegurar a proteção dos

39 Sempre se dirá, entretanto, já que releva no âmbito da questão da necessidade da intervenção penal ao nível da União Europeia que se coloca no presente estudo, que a intervenção penal se justifica, no primeiro caso, com base apenas na consideração de que os regimes de sanções existentes «não têm sido suficientes» para garantir a «observância absoluta» da legislação sobre proteção do ambiente (Diretiva 2008/99/CE, Considerando 3); e, no segundo caso, sem uma palavra sobre a necessidade de criminalização e punição (Diretiva 2009/123/CE). Já no terceiro caso, a necessidade da intervenção penal nos Estados-membros faz-se assentar no facto, como se refere expressamente nos considerandos desta Diretiva (Diretiva 2009/52/CE, Considerando 21, de «as sanções administrativas, só por si, serem provavelmente insuficientes para dissuadir certos empregadores sem escrúpulos». Designadamente, a transposição da Diretiva teve, entre nós, como é sabido, a consequência da incriminação da utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal, aditando-se o artigo 185.º-A à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho (que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional), através da Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto.

40 Neste sentido, HERLIN-KARNELL (2010), pp. 1121 a 1123; *id.* (2014), pp. 267 s.

41 Assim, MITSILEGAS (2014), p. 420.

42 Neste sentido, MITSILEGAS (2014), p. 417; e HERLIN-KARNELL (2014), pp. 269 e 270. Assim, também, RODRIGUES (2017), p. 321.

43 Nas palavras de HERLIN-KARNELL (2014), p. 270.

44 Cf. Casos *Mangold* (nota 10) e *Kukukdeveci* (nota 11). Contrariava-se, assim, a perspetiva defendida no sentido do não efeito horizontal das diretivas: cf. Caso *Marshall*, Processo 152/84, 1986.

interesses financeiros comunitários através do Direito Penal. Chegou mesmo a apresentar uma proposta de alteração dos Tratados incidindo sobre a questão⁴⁵, que não teve seguimento. Aquando da instituição da União Europeia, em Maastricht, foi prevista uma base jurídica específica para assegurar a proteção daqueles interesses⁴⁶, reforçada em Amesterdão com a consagração do artigo 280.º do antigo Tratado da Comunidade Europeia. O n.º 4 deste dispositivo fornecia uma base jurídica que parecia traçar com clareza a linha de demarcação das competências da Comunidade e dos Estados-membros em matéria penal: o direito comunitário podia conter disposições destinadas a lutar contra as fraudes lesivas dos seus interesses financeiros com o limite de elas não poderem dizer respeito à aplicação do Direito Penal nacional ou à administração da justiça nos Estados-membros.

É conhecida a viva discussão que, no entanto, sempre envolveu esta disposição (o artigo 280.º, n.º 4, do TCE), projetando-se sobre a competência penal da Comunidade para legislar neste domínio e sobre a utilização daí decorrente do instrumento jurídico próprio do então primeiro pilar e do seu processo de adoção, opondo um entendimento restritivo da norma à sua consideração como a base legal adequada para a adoção, não levada por diante, de uma diretiva «penal» comunitária na matéria⁴⁷. Foi num quadro de competências penais limitadas ao quadro do terceiro pilar que, antes de Lisboa, a União erigiu, pois, no domínio comunitário, uma trama sancionatória intrincada no âmbito dos poderes que detinha no domínio do mercado interno (artigo 94.º do TCE, atual artigo 114.º do TFUE)⁴⁸.

De qualquer modo, é de assinalar que, apesar da consagração, com o Tratado de Lisboa, de uma norma como a constante no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, a questão da base legal em que se atribui competência penal à União para legislar em um domínio como o da proteção dos seus interesses financeiros não deixou de se colocar por referência ao artigo 325.º, n.º 4, do TFUE, com a

45 Proposta da Comissão, de 10 de agosto de 1976 (JOCE, C 222, de 20 de setembro de 1976).

46 Artigo 209.ºA, do Tratado da Comunidade Europeia (TCE).

47 É também conhecido como esta discussão opôs o Conselho e a Comissão: o primeiro, na via de um entendimento restritivo da norma, tendo escolhido uma base jurídica do terceiro pilar para adotar uma convenção – a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, de 26 de julho de 1995 –, seguida de três protocolos adicionais, sobre a proteção dos interesses financeiros da Comunidade, o Primeiro e o Segundo Protocolos à Convenção, respetivamente, de 27 de setembro de 1996 e de 19 de junho de 1997, e o Terceiro Protocolo, relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, a título prejudicial, da Convenção, de 20 de maio de 1997, todos instrumentos adotados na base do artigo K 3 do Tratado da União Europeia; a Comissão, apresentando, em 2002, uma proposta que visava substituir a Convenção e os Protocolos por uma diretiva comunitária, adotada na base do artigo 280.º, n.º 4: proposta modificada de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção penal dos interesses financeiros da Comunidade, COM/2002/0577 final, de 16 de outubro de 2002, apresentada pela Comissão com base no artigo 250.º, n.º 2, do Tratado da Comunidade Europeia.

48 Cf. *infra*, no domínio financeiro, para o segmento do abuso de mercado.

supressão aí verificada, relativamente ao artigo 280.º-A, n.º 4, do TCE, da reserva que excluía das medidas de luta contra os interesses financeiros da União as que dissessem respeito à aplicação do Direito Penal nacional e à administração da justiça nos Estados-membros. Até ao ponto de a Comissão se ter sentido confortada para apresentar, em 2012, uma proposta de diretiva relativa à luta contra os interesses financeiros da União através do Direito Penal (Proposta de Diretiva PIF)⁴⁹, tendo por base jurídica o artigo 325.º, n.º 4, do TFUE. A diretiva foi, entretanto, adotada pelo Conselho, em 25 de abril de 2017, com base no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE⁵⁰, na sequência das dúvidas levantadas quanto à adoção daquela base jurídica (artigo 325.º, n.º 4, do TFUE) pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu. Aquele, em parecer dos seus serviços jurídicos⁵¹, sustentando que o artigo 83.º, do TFUE, de acordo com o disposto nos seus números 1 e 2, constituem bases jurídicas «exclusivas» para estabelecer regras mínimas no que diz respeito à definição de infrações e sanções penais, «inclusive no que se refere às infrações penais no domínio da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União»; e a comissão dos assuntos jurídicos do Parlamento Europeu⁵² fazendo ressaltar, em relatório, que «proceder à harmonização penal sobre uma base jurídica diferente (do artigo 83.º) levaria a contornar o mecanismo de proteção estabelecido pelo Tratado»⁵³.

Importa-nos salientar que a ideia comum que aqui está presente é a de que a consagração da nova norma prevista no artigo 83.º do TFUE, designadamente no seu número 2, confirma a especificidade do Direito Penal e a vontade de

49 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do Direito Penal, COM (2012) 363 final, de 11 de julho de 2012.

50 Quando for votada pelo Parlamento Europeu, a diretiva será publicada no Jornal Oficial e os Estados-membros disporão de 24 meses para transporem as disposições para os respetivos direitos nacionais.

51 Cf. Posição do Conselho em primeira leitura tendo em vista a adoção da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do Direito Penal, adotada em 25 de abril de 2017 (6182/1/17 VER 1 ADD 1). O texto da posição do Conselho referida «reflete integralmente o compromisso alcançado entre os dois legisladores [...]» (ponto III.A.) e, nesse contexto, defende-se que «os artigos 83.º, n.º 1, e 83.º, n.º 2, do TFUE, constituem bases jurídicas exclusivas para estabelecer regras mínimas no que diz respeito à definição de infrações e sanções penais, inclusive no que se refere às infrações penais no domínio da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União», decidindo-se que a Diretiva será adotada «com base no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE» (ponto III.B.).

52 Relatório do Parlamento Europeu sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do Direito Penal, de 25 de março de 2014, A7-0251/2014 (relatores: Ingeborg Grassle, Juan Fernando López Aguilar). O Parlamento Europeu adotou o seu Parecer sobre a Proposta de Diretiva em primeira leitura em 16 de abril de 2014. A Comissão dos Assuntos Jurídicos decidiu «por unanimidade, por 17 votos a favor e sem abstenções», recomendar que «a base jurídica adequada para a proposta de diretiva em questão seja o artigo 83.º, n.º 2, do TFUE» (pp. 34 e 35).

53 Cf. Relatório do Parlamento Europeu (nota 52), p. 34.

os autores do Tratado assegurarem uma legitimação material «acrescida»⁵⁴ e limites particulares à intervenção penal à luz do princípio da eficácia do direito da União, designadamente quanto ao carácter «essencial» daquela intervenção penal a que se procede⁵⁵.

Em consonância com as preocupações da União Europeia em matéria económica, que se têm alargado, nos anos mais recentes, à necessidade de adoção de medidas para estabilizar os mercados, em especial na esfera financeira, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram, em 2014, a diretiva relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de mercado (Diretiva Abuso de Mercado), tendo por base legal o artigo 83.º, n.º 2, do TFUE⁵⁶. Na verdade⁵⁷, a regulação do sistema financeiro diz respeito, tradicionalmente, não só à eficiência, transparência e integridade do mercado, mas também à proteção dos investidores. E se essa regulação não fez parte das respostas iniciais da UE à crise de 2008, a mudança de agenda foi notória, incluindo-se nela a legislação de carácter penal. Do «pacote de resgate» da União passaram a fazer parte crimes financeiros, designadamente o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado.

A adoção da Diretiva Abuso de Mercado tem de ser contextualizada num cenário estratégico mais vasto de regulação do mercado levada a efeito pela União Europeia para incutir e restabelecer a confiança, designadamente no setor financeiro. A Comunicação da Comissão tendo em vista «impulsionar a retoma europeia»⁵⁸ destaca, a este respeito, as conclusões do Grupo da Alto Nível (Grupo *Larosière*)⁵⁹, que enfatiza a importância da confiança e a necessidade da sua garantia para o bom funcionamento dos sistemas financeiros. Por isso, a sua reorganização centrou-se na melhoria da integridade dos mercados e na proteção dos investidores, assumindo aqui uma relevância crucial o desenvol-

54 Sobre a expressão de «necessidade» da intervenção penal aqui presente, cf. RODRIGUES (2017), p. 322.

55 Deve afastar-se o perigo de uma legitimação da intervenção penal puramente funcional e não material. Este é o caso da fundamentação da Proposta de Diretiva PIF (proposta na base legal do artigo 325.º, n.º 4, do TFUE): fundamenta-se, tão-só, na necessidade de obter um efeito «dissuasor» e uma «proteção efetiva» com as medidas penais adotadas. Afirma-se, sem mais, evidenciando a dimensão exclusivamente simbólica da intervenção penal proposta: «Para assegurar um efeito preventivo neste domínio é necessário o Direito Penal, com a ameaça de sanções penais e o seu efeito na reputação dos eventuais infratores, que terá desde logo um forte efeito dissuasor para cometer atos ilegais.»

56 Diretiva 2014/57/UE (nota 3).

57 Segue-se, HERLIN-KARNELL (2012), pp. XI s; *id.* (2015), pp. 50 s; *id.* (2015a), pp. 3 s.

58 Comunicação dirigida ao Conselho Europeu da Primavera. Impulsionar a retoma europeia. Volume I [COM (2009) 114], ponto 2, pp. 4 s.

59 Grupo de Alto Nível, presidido por Jacques de Larosière, para analisar possíveis melhoramentos ao nível da supervisão e da regulamentação. Relatório (http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report-en.pdf).

vimento «de um conjunto de normas fundamentais harmonizadas aplicáveis em toda a UE»⁶⁰, designadamente em matéria de sanções⁶¹.

A harmonização tinha começado na década de 80, com o estabelecimento de um quadro legislativo para regular as trocas no mercado comum, que visava introduzir um modelo de reconhecimento mútuo e de harmonização mínima tendo em vista consolidar o mercado europeu e abri-lo ao investimento. Entre as medidas adotadas, a Diretiva, de 1989, já referida, relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados⁶² foi a primeira a proibir a informação privilegiada a nível da União Europeia. Definia nove ilícitos em matéria de *insider trading*, em grande medida inéditos para o Continente europeu⁶³, que secundava com a cominação – mais ao jeito de advertência – aos Estados-membros de que deviam estabelecer sanções «suficientes» para «incitar ao respeito» das disposições previstas⁶⁴. E, em 1999, a Comissão adotou o Plano de Ação para os Serviços Financeiros (PASF)⁶⁵, onde se preconizavam 42 medidas legislativas, entre elas, a diretiva relativa ao abuso de mercado, que veio a ser ultimada em 2003. Esta Diretiva alargava o abuso de mercado à manipulação de mercado e procedia a um enquadramento jurídico muito detalhado, tendo em vista «proteger a integridade do mercado»⁶⁶; no aspeto sancionatório, a referência era expressa, apenas, quanto à necessidade de os Estados-membros preverem sanções *administrativas*, que deviam ser «efetivas, proporcionadas e dissuasoras», deixando-se inteira liberdade aos legisladores nacionais para imporem sanções penais, *se, quando e como* entendessem⁶⁷.

60 COM (2009) 114, ponto 2.2, p. 6.

61 Tal como salientado no Relatório *Larosière*: «A supervisão não pode ser eficaz se os regimes de sanções são fracos e apresentam uma grande variabilidade. É essencial que dentro e fora da UE todas as autoridades de supervisão estejam em condições de recorrer a regime de sanções suficientemente convergentes, estritos e dissuasores» (§ 201).

62 Diretiva 89/592/CEE.

63 Sobre a «americanização» deste setor das normas penais que, no espaço europeu, protegem o mercado, cf. NIETO MARTÍN (2007), pp. 124 s.

64 Cf. artigo 13.º, Diretiva 89/592/CEE.

65 Comunicação da Comissão. Aplicação de um enquadramento para os mercados financeiros: plano de ação. COM (1999) 232 final, de 11-05-1999.

66 Cf. Considerando 11, Diretiva 2003/6/CE. Saliente-se que estiveram na base destas alterações a consideração das «inovações financeiras e técnicas» que «aumentam os incentivos, meios e oportunidades de abuso de mercado, através de novos produtos, das novas tecnologias, de um número cada vez maior de atividades transfronteiriças e da utilização da internet» (cf. Considerando 10).

67 Cf. artigo 14.º, n.º 1, Diretiva 2003/6/CE: «Sem prejuízo do direito de imporem sanções penais, os Estados-membros asseguram, nos termos da respetiva legislação nacional, que possam ser tomadas medidas administrativas adequadas ou aplicadas sanções administrativas relativamente às pessoas responsáveis por qualquer incumprimento das disposições aprovadas por força da presente diretiva. Os

O *Processo Lamfalussy*⁶⁸ e a atividade legislativa que se lhe seguiu, que, numa primeira abordagem dizia respeito ao «*hard core*» da regulação financeira, dirigiu-se, então, posteriormente, ao domínio sancionatório. A Diretiva, de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF I)⁶⁹ foi aqui um dos instrumento mais importantes, tendo tido como objetivo melhorar a resiliência dos mercados da União Europeia através da sua transparência e da proteção dos investidores. Tendo sido alterada de modo substancial em diversas ocasiões, foi adotada, em 2014, uma nova Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF II)⁷⁰, fundada na necessidade, apontada pela Comissão, de um sistema harmonizado de cooperação fortalecida que melhoraria a efetiva deteção das violações ao mercado de instrumentos financeiros.

Foi nesta via que a Comissão se propôs, igualmente, no contexto do reforço em curso da estabilidade e integridade dos mercados, encetar a revisão da Diretiva ao tempo em vigor relativa ao abuso de mercado, de 2003⁷¹. Na verdade, verificava-se que, por efeito da adoção desta diretiva, bem como da que a antecedeu, de 1989⁷², tinha-se criado na União Europeia uma espécie de «euro-delitos» de informação privilegiada e de manipulação de mercado, gerando-se, inclusivamente, por livre opção político-criminal nacional⁷³, um movimento de criminalização muito significativo nos Estados-membros⁷⁴. Entretanto, a resposta dos legisladores nacionais quanto aos tipos de sanções penais a prever foi muito diferenciada. Um estudo sobre a avaliação de impacto da diretiva de 2003 feito pela Comissão⁷⁵ evidenciava as divergências sancionatórias

Estados-membros asseguram que estas medidas sejam *efetivas, proporcionadas e dissuasivas*» (itálicos nossos).

68 O Processo Lamfalussy refere-se ao processo conduzido por um Comité de Sábios relativo à Regulação dos Mercados Europeus de Ativos, presidido por Alexander Lamfalussy, que produziu um Relatório Final contendo recomendações quanto à regulação futura dos mercados europeus de ativos: *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets* (Feb. 15, 2001) (http://ec.europa.eu/internal-market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf).

69 Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Diretivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 93/22/CEE do Conselho.

70 Diretiva 2014/65/UE, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/UE.

71 Diretiva 2003/6/CE (nota 6).

72 Diretiva 89/592/CEE (nota 5).

73 Acentuando também este aspeto, FOFFANI (2015), p. 233.

74 Por força destas intervenções legislativas comunitárias verificou-se um movimento de criminalização nos Estados-membros, cujo efeito foi o de que 28 em 29 Estados da UE (exclusão da Bulgária) incriminaram a informação privilegiada; e que 25 em 29 Estados da UE (exclusão da Bulgária, Eslováquia, Eslovénia e Áustria) incriminaram a manipulação de mercado.

75 Cf. *Commission Staff Working Paper. Impact Assessment, SEC (2011) 1217 final* (Oct. 20, 2011),

existentes nos Estados-membros⁷⁶, em face de uma disposição⁷⁷ que apenas lhes exigia que fossem aplicadas sanções administrativas. Assim, na Comunicação de 2010, tendo em vista «reforçar o regime de sanções no setor dos serviços financeiros»⁷⁸, a Comissão sugere «medidas que a UE poderia adotar para aumentar a convergência e a eficácia» dos regimes sancionatórios⁷⁹. É aqui que, *pela primeira vez*, se refere expressamente a possibilidade de «introdução de sanções *penais* para as infrações mais graves às disposições legais sobre os serviços financeiros», mas apenas «quando e onde» tal se revelasse *essencial* para «garantir a execução eficaz dessa legislação»⁸⁰. A Comissão preconizava que a «abordagem legislativa» no domínio dos regimes de sanções fosse «setorial» e «estritamente limitada a certos elementos dos regimes de sanções»⁸¹, apontando, desde logo, como bases legais para a ação da UE neste âmbito (sancionatório), designadamente, «as disposições relativas ao mercado interno do Tratado que regem a aproximação das legislações (artigo 114.º do TFUE)» e que «fornecem ao legislador da UE a possibilidade de adotar medidas para a aproximação das legislações nacionais, com o objetivo de melhorar as condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno»; e, para além disso, a base legal constante do artigo 83.º do TFUE, para a definição das infrações penais e respetivas sanções, «quando a aproximação das legislações se revelar essencial para garantir a execução eficaz de uma política da União numa área que foi sujeita a medidas de harmonização»⁸².

Na sequência desta Comunicação, a Comissão apresentou, em 20 de outubro de 2011, o seu «pacote» contra o abuso de mercado: a proposta de diretiva

pp. 15 s. Vide, no mesmo sentido, *Committee of European Securities Regulators. Executive Summary to the Report on Administrative Measures and Sanctions as well as the Criminal Sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive (MAD)*, in www.cesr-eu.org. (trata-se de um estudo comparativo, levado a efeito em 2008, nos 27 Estados-membros da União Europeia, a que acrescem a Noruega e a Islândia, sobre as sanções penais e administrativas previstas para o abuso de mercado).

76 Dá conta da heterogeneidade das sanções penais, a partir de dados extraídos do *Executive Summary* 2008 (nota anterior), FOFFANI (2015), p. 231. Observa-se, assim, que, para o crime de informação privilegiada, nos 27 em 29 Estados que preveem a pena de prisão, ela oscila, no seu limite máximo, entre um ano na Bélgica, doze anos em Itália ou quinze anos na Letónia; e que, para o crime de manipulação de mercado, nos 25 Estados em 29 que preveem a pena de prisão, ela oscila, no seu limite máximo, entre dois anos na Bélgica, doze anos na Itália e quinze anos na Letónia.

77 Cf. artigo 14.º, n.º 1, já citado (nota 67), Diretiva 2003/6/CE.

78 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Reforçar o regime de sanções no setor dos serviços financeiros, COM (2010) 716 final, de 8-12-2010.

79 COM (2010) 716, ponto 1, p. 4.

80 COM (2010) 716, ponto 4.1., p. 12 (itálicos nossos).

81 COM (2010) 716, ponto 4.1., p. 12.

82 Cf. COM (2010) 716, ponto 4.1., p. 12.

relativa a sanções penais⁸³ e a proposta de regulamento relativa a sanções administrativas⁸⁴, ambas dirigidas ao problema do abuso de mercado.

A proposta de diretiva impunha que os Estados-membros adotassem sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasoras⁸⁵ para os crimes de informação privilegiada e de manipulação de mercado, quando cometidos com dolo⁸⁶, mas não determinava nem espécies nem medidas abstratas de penas. O que o Relatório de avaliação, apresentado em 2012, pelo Comité dos Assuntos Monetários e Económicos do Parlamento Europeu, entre outras alterações, propôs: pena de prisão para os crimes cometidos com dolo, cujo limite máximo se devia estabelecer entre os limites mínimos de dois e cinco anos⁸⁷. Em 25 de julho de 2012, a Comissão tinha já apresentado uma proposta alterada de diretiva relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de mercado, na sequência do «escândalo» das taxas EURIBOR e LIBOR⁸⁸. O Conselho de Justiça e Assuntos Internos, de 6 e 7 de dezembro de 2012, deu o seu acordo a esta proposta que esteve na base das negociações com o Parlamento Europeu e da Diretiva Abuso de Mercado adotada em 2014. Sendo, em bom rigor, a primeira iniciativa penal da União Europeia em matéria de abuso de mercado, ela prossegue na via já encetada de harmonização de atividades ilícitas de informação privilegiada e de manipulação de mercado – sendo, neste sentido, pouco inovadora – que, «em casos graves» e quando cometidos «com dolo», *devem* constituir *crimes* e ser *obrigatoriamente* punidos com *sanções penais*, e não meramente administrativas como era o caso, *efetivas, proporcionadas e dissuasivas*⁸⁹; sanções que, acrescente-se, devem ser de «*prisão*», indicando-se o limite da pena máxima não inferior a quatro e a dois anos, consoante os crimes em causa⁹⁰.

A questão que se coloca é a da necessidade desta intervenção penal, a primeira iniciativa levada a efeito, como já se referiu, na base do disposto no

83 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado), de 20-10-2011, COM (2011) 654 final.

84 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado), de 20-10-2011, COM (2011) 651 final.

85 Cf. artigo 6.º, COM (2011) 654.

86 Cf. artigos 3.º e 4.º, COM (2011) 654.

87 Cf. Relatório do Parlamento Europeu relativo à Proposta de Diretiva Abuso de Mercado [COM (2011) 654], *Committee on Economic and Monetary Affairs. Rapporteur: Arlene McCarthy* (19-10-2012-A7-0344/2012).

88 Cf. Proposta COM (2012) 420 final: inclui-se uma definição de «parâmetros de referência» no artigo 2.º e abrange-se no crime de manipulação de mercado a manipulação dos próprios parâmetros de referência [artigo 4.º, alínea e)]. De notar que estas alterações foram consagradas na Diretiva Abuso de Mercado de 2014: artigo 2.º, n.º 6, e artigo 5.º, n.º 2, alínea d).

89 Cf. artigo 7.º, n.º 1, Diretiva Abuso de Mercado.

90 Cf. artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, respetivamente, Diretiva Abuso de Mercado.

n.º 2, do artigo 83.º do TFUE. Um aspeto que assume, assim, particular importância, dada a orientação político-criminal manifestada pelo legislador europeu que pode revelar.

II. A «necessidade» da intervenção penal a nível da União Europeia

1. A questão da necessidade da intervenção penal no domínio do abuso de mercado a nível da UE envolve uma dimensão que faz dela uma questão qualitativamente diferente da que se coloca quando a pergunta é feita a nível meramente nacional.

Sabido que o legislador europeu exerceu a sua competência para legislar em matéria penal neste domínio na base do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, o aspeto que é preciso apreciar é, na verdade, o de saber se a sua intervenção penal é «indispensável» para assegurar a «execução eficaz» do direito da União neste domínio.

Recordámos já⁹¹ que a aplicação do direito da UE através do Direito Penal foi tradicionalmente deixada aos Estados-membros. E que a evolução desta questão culminou na consagração de um dispositivo, no número 2 do artigo 83.º do TFUE, de acordo com o qual se atribui competência ao legislador europeu para ser ele a assegurar a aplicação do direito da União através do Direito Penal, conferindo, ele próprio, eficácia ao direito da UE.

Neste ponto, deve começar por se sublinhar que o critério da eficácia dá à União Europeia «carta-branca»⁹² para legislar: assegurar a eficácia do direito da UE não é, por si só, um limite constitucional válido à criminalização nem o critério da eficácia é adequado para constituir o seu fundamento⁹³. Este requisito tem de ser ligado ao pressuposto de que a intervenção penal pelo legislador europeu é *essencial* («indispensável») para assegurar aquela eficácia. É esta condição que funciona como fundamento e limite – material – da intervenção penal em causa levada a efeito a nível da União. Quer isto dizer que a intervenção penal a nível europeu exige uma legitimação autónoma, isto é, implica a prova do carácter essencial – da *necessidade* – do Direito Penal da União. O que vale por dizer, a prova, como começámos por adiantar, de que o Direito Penal europeu tem um valor qualitativamente diferente, que o deve legitimar, do Direito Penal nacional.

91 Cf. *supra*, parte I, 1.

92 Assim, OBERG (2014), p. 378.

93 No sentido de que é um critério enganador, ambíguo e vago, HERLIN-KARNELL (2010), pp. 1122 s; *id.* (2014), pp. 270 s.

A questão do recurso ao Direito Penal europeu tem de ser, assim, avaliada e demonstrada pelo legislador (penal) da União, ao nível europeu, de acordo com o critério fornecido no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE: ser a intervenção penal a nível da UE essencial para assegurar a eficácia do direito da União. Exprimindo o princípio da *proporcionalidade em sentido amplo* ou da *necessidade* da intervenção penal, que traduz o carácter de *ultima ratio* do Direito Penal, é este um critério que se liga, desta forma, ao princípio da subsidiariedade do direito da União: deve ser demonstrada a necessidade de intervenção da UE⁹⁴. A subordinação do Direito Penal europeu àqueles princípios da necessidade e *ultima ratio* e a um programa político-criminal europeu a nível constitucional, como hoje é o caso com o Tratado de Lisboa, faz incidir uma nova luz sobre a sua legitimação quando está em causa assegurar a eficácia do direito da União.

Na verdade, o critério de *ultima ratio* do Direito Penal, que tem funcionado a nível estadual como critério político-criminal que norteia a evolução dos direitos penais nacionais dos Estados-membros – e que radica, além do mais, em muitos textos constitucionais destes Estados, constituindo o parâmetro de um programa político-criminal a ser desenvolvido pelos legisladores nacionais –, pode ser uma fonte da compreensão do critério de intervenção penal do legislador europeu.

Assim, importa referir que, desde a sua criação, em 1992, o artigo F das disposições comuns do Tratado da União Europeia – tal como hoje, o artigo 6.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia – prevê o respeito, pela União, dos direitos fundamentais, «tal como os garante a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros». E que o compromisso de respeito pelos direitos fundamentais ganhou consistência com a adoção da Carta, que tem hoje – artigo 6.º, n.º 1, do TUE – «o mesmo valor jurídico que os Tratados». Uma norma como a que hoje está prevista na Carta de Direitos Fundamentais, no artigo 52.º, n.º 1 – quando estatui que qualquer restrição dos direitos e liberdades consagrados nesse diploma deve observar o *princípio da proporcionalidade* e «só pode ser introduzida se for necessária e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros» –, tem o alcance de exprimir, agora a nível europeu, aquele critério criminalizador que, a nível estadual, tem provado ao longo dos séculos ser de préstimo para legitimar e limitar a intervenção penal.

94 No sentido da ligação do princípio da necessidade e *ultima ratio* ao princípio da subsidiariedade, cf. Recomendação do Parlamento Federal alemão, *German Bundestag, Recommendation for a resolution and report by the Committee on Legal Affairs (6th Committee), 23 May 2012, printed paper 17/7918 No. A.3, n.º 4 e também n.º 3*. Na doutrina, KUP (2012), p. 6.

Evidencia-se, ainda, além disso, que um mero objetivo de *harmonização* para ultrapassar a disparidade das legislações penais dos Estados-membros não constitui, em si mesmo, legitimação do Direito Penal europeu⁹⁵.

A posição da Comissão Europeia a este respeito tem-se revelado equívoca. Logo em 2011, na sua Comunicação relativa ao desenvolvimento de uma política criminal europeia para assegurar a execução eficaz das políticas da União, procurou salientar o «valor acrescentado»⁹⁶ da harmonização do Direito Penal substantivo alargada a novos domínios. O que fez⁹⁷ apelando a aspetos tão díspares como evitar o *forum shopping* ou aumentar a confiança mútua por parte das autoridades judiciais dos Estados-membros e a confiança dos cidadãos no exercício do seu direito à liberdade de circulação. Para além disso, e apesar de ter enunciado os princípios que devem orientar a criminalização – e que incluem a necessidade ou proporcionalidade em sentido amplo (*ultima ratio*) e o respeito pelos direitos fundamentais⁹⁸ –, a elaboração da «lista»⁹⁹ de domínios de políticas da União elencados onde o Direito Penal pode ser chamado a intervir surge como o objetivo principal da Comunicação. Porque, na verdade, nada se adianta sobre os critérios que conduziram à identificação destes domínios, que vão desde o dos transportes rodoviários, passando pelo da proteção de dados ou da política das pescas até ao das políticas do mercado interno, para só darmos alguns exemplos. Pelo que os princípios referidos, em bom rigor, não foram feitos funcionar no sentido de «limitar» a «lista», antes a «lista» sufraga uma «expansão» do Direito Penal europeu.

Neste ponto, é curioso considerar como são significativas as diferenças de perspetivas político-criminais das várias instâncias da União. Pode-se dizer que a visão do Conselho Europeu, designadamente se confrontarmos o Programa de Estocolmo, está mais de acordo com a visão funcionalista da Comissão, enquanto o Conselho¹⁰⁰ e o Parlamento Europeu¹⁰¹ colocam a ênfase nos limites à intervenção penal. No Relatório em que respondeu à Comissão, este órgão parlamentar sublinhou como o Direito Penal «deve respeitar plenamente os direitos fundamentais das pessoas», designadamente, fazendo notar a

95 Para uma análise de que a aproximação das legislações penais nacionais (harmonização), desde a sua origem, não é um fim em si mesmo, cf. RODRIGUES (2008), pp. 67 s.

96 COM (2011) 573 (nota 1), p. 2.

97 Cf. p. 5.

98 Cf. pp. 6 s. (ponto 2.).

99 Cf. pp. 9 s. (ponto 3.).

100 Cf. *Conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal* (doc. 16542/2/09 VER 2 JAI 868 DRIPEN 160), disponível também em versão inglesa.

101 Relatório sobre uma abordagem da UE ao Direito Penal [2010/2310 (INI)], Comissão das Liberdades Cívicas (Relator: Cornelis de Jong), 24-04-2012, A7-0144/2012.

necessidade de que a neocriminalização deve ser «demonstrada» por «factos» que, de um lado, tornem claro a danosidade dos comportamentos e, de outro lado, que «não existem medidas menos drásticas adequadas para lidar com os comportamentos em questão» e que «a gravidade das sanções propostas não é desproporcional à infração penal praticada», de acordo com o artigo 49.º, n.º 3, da Carta de Direitos Fundamentais. Para além disso, num nítido intuito limitador, não deixou de fazer, aqui, valer os critérios que presidem à criação de Direito Penal europeu nos seus domínios tradicionais de intervenção, e de apontar a exigência da comprovada «mais-valia» de uma «abordagem comum da União» à criminalidade em causa, que deve ser «particularmente grave e com dimensão transfronteiriça»¹⁰².

A Diretiva Abuso de Mercado deve ser apreciada à luz das considerações que vimos fazendo. Na fundamentação da sua proposta defende-se, por um lado, que o direito da União que conforma o regime do abuso de mercado mostrou ser insuficiente e que as autoridades supervisoras devem ser providas de mais poderes; e, por outro lado, que os regimes sancionatórios dos Estados-membros são vistos, em geral, como sendo brandos e heterogêneos. De acordo com a Comissão, o abuso de mercado pode não conhecer fronteiras e esta divergência mina o mercado interno e deixa uma certa margem aos seus autores para levarem a efeito as suas atividades em Estados que não as incriminam. Por isso, a Diretiva pretende alterar este estado de coisas, tornando o direito da União, neste domínio do abuso de mercado, mais eficaz, através da intervenção penal. Numa argumentação pouco consistente, defende-se que sanções criminais para combater o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado, são necessárias para proteger os valores que se pretendem garantir: o regular funcionamento do mercado interno e, em particular, para assegurar a integridade do mercado. Como já se salientou¹⁰³, o problema é que a Comissão não definiu o que é integridade do mercado, embora a Diretiva se mova nesse contexto. Normalmente, a integridade do mercado é definida pela negativa, como «o ponto até ao qual os investidores levam a efeito atividades proibidas de negociação», o que traz a dificuldade de que a integridade do mercado não é necessariamente a ausência de abuso de mercado.

Também o limite da harmonização prévia, que o legislador europeu introduziu no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, não se pode considerar aqui suficiente. Na verdade, no direito atual da UE não há muitos aspetos que não tenham sido já

102 Cf. Relatório (nota anterior), *Proposta de Resolução do Parlamento Europeu*, ponto Q, 2. e 3.

103 HERLIN-KARNELL (2014), p. 271, no sentido de que a ausência de abusos de mercado pode ser condição necessária mas não suficiente para assegurar a integridade do mercado.

objeto de alguma espécie de harmonização e que não possam, assim, não ser ligados àquele limite tal como é apontado naquele dispositivo.

2. Neste contexto, a Diretiva Abuso de Mercado é um bom campo de observação para avaliar da aplicação do critério da necessidade consagrado no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, como critério legitimador da intervenção penal levada a efeito. E é motivo de preocupação que, na sua Proposta, a Comissão refira apenas que a definição de infrações e de sanções penais «*podem revelar-se úteis*» – «*may prove to be essential*», na versão inglesa¹⁰⁴ – «a fim de garantir a efetiva execução da legislação da UE relativa aos serviços financeiros». Acrescentando-se, de seguida, que isso «inclui uma avaliação, baseada em dados claros e factuais, [...] dos regimes de execução nacionais em vigor e do valor acrescentado de normas mínimas comuns no âmbito da UE em matéria de Direito Penal, tendo em conta os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade»¹⁰⁵. No entanto, estes «dados claros e factuais» são difíceis de encontrar na proposta. Mais. A Comissão, depois de referir que as infrações penais entre os Estados-membros divergem «consideravelmente» e de assinalar de forma vaga que «carecem de impacto» e que não são «suficientemente dissuasivas», afirma que «normas mínimas sobre infrações e sobre sanções penais por abuso de mercado [...] podem contribuir para assegurar a eficácia da política da União neste domínio, refletindo uma desaprovação social de uma natureza qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização previstos pelo direito civil»¹⁰⁶. Convoca-se, assim, a abstrata dimensão simbólica do Direito Penal para o legitimar – uma desaprovação social «qualitativamente diferente» do Direito Penal – e não se faz prova, como deve, da sua necessidade em concreto.

Uma apreciação desta intervenção do legislador europeu no domínio penal tem de ter em conta que ela abre caminho a um novo direito penal europeu que encerra o perigo de não satisfazer as exigências de uma neocriminalização europeia autonomamente legitimada a partir de uma ponderação de critérios político-criminais, mas sim por referência a uma ponderação que releva da necessidade de realização de outras políticas e não da política criminal em si mesma. O que traz consigo o risco de transformar o Direito Penal num instrumento para a realização de fins que lhe são estranhos e, no caso, levar a uma expansão «funcional» do Direito Penal europeu.

Uma exigência de fundamentação da intervenção penal é tanto maior quanto, com o Tratado de Lisboa, resultou para a União um poder de criar direito

104 COM (2011) 654 (nota 83), p. 3, *itálicos nossos*.

105 Cf. pp. 2 e 3.

106 Cf. p. 3.

penal numa base «funcionalista». Do nosso ponto de vista, o que acentua a questão da legitimidade que está em causa com a atribuição desta nova competência penal ao legislador europeu em relação à intervenção penal nos domínios tradicionais dos euro-crimes. Para o dizer de uma forma clara: enquanto na intervenção penal clássica a questão tem sido mais a dos parâmetros constitucionais gerais de competência da proporcionalidade e da subsidiariedade, com a nova intervenção penal o problema não pode correr o risco de se resolver num problema de mera competência e deve centrar-se na legitimidade da intervenção de acordo com um rigoroso princípio da necessidade ou *ultima ratio*.

Esta preocupação foi especificamente manifestada pelo Tribunal Constitucional alemão, que, em 2009, expressou reservas a uma excessiva utilização por parte da União em relação às suas novas competências penais¹⁰⁷. O Tribunal sublinhou que a competência atribuída no artigo 83.º, n.º 2, «traz consigo o risco de poder ser ilimitada»¹⁰⁸. E que, precisamente para o evitar, deve ser feita uma «interpretação constitucional» e «restritiva» desta norma. O que é possível, tendo em conta que se deve «provar» que a adoção de legislação penal europeia é «essencial para assegurar a execução eficaz das políticas da União na área que já tenha sido sujeita a medidas de harmonização». Sendo que, para o Tribunal, como consequência, «deve ser demonstrado que realmente existe um sério défice relativamente à aplicação (do direito da União) e que só pode ser resolvido com a ameaça de sanção (criminal)»¹⁰⁹.

Adiante-se, desde já, que, na Recomendação do Parlamento Federal alemão, de 2012, sobre a proposta de diretiva relativa ao abuso de mercado, se conclui expressamente que ela «não satisfaz estas exigências»¹¹⁰.

É, pois, importante ter em conta que é uma consideração do caráter «essencial» da intervenção penal baseada em prova relevante a partir de investigação criminológica e de dados empíricos e literatura científica que pode fazer com que aquela condição funcione realmente como limitador da utilização do Direito Penal e se assuma como um critério legitimador materialmente definido¹¹¹. Só esta abordagem baseada em prova pode fornecer o consistente lastro a um juízo material sobre a necessidade de uma legítima intervenção penal concreta. Como referiu exemplarmente o Advogado-Geral *Ján Mazák*, no seu parecer no

107 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional alemão, de 30 de junho de 2009 [Case 2 BvE 2/08, BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, BvR 1022/08, BvR 1259/08, BvR 182/09 (2009)], n.ºs 226 e 358, no sentido de o artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, dever ser interpretado restritivamente.

108 Cf. n.º 361.

109 Cf. n.º 362.

110 Cf. *German Bundestag, Recommendation* (nota 94), n.º 6.

111 Sobre a questão, cf., designadamente, MIGLIETTI (2014), pp. 16 s; J. OBERG (2014), pp. 376 s; e G. FAURE e LEGER (2015), pp. 417 s.

Acórdão Poluição, «pode ser demasiado simples defender que o Direito Penal é sempre o remédio adequado para a falta de eficácia»¹¹².

A jurisprudência do Tribunal de Justiça, em sede de eficácia do direito comunitário é, aliás, de auxílio a suportar a (espécie de) demonstração exigida da necessidade ao legislador europeu em ordem a legitimar a intervenção penal que se verifique com base no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE¹¹³. Como bem se salienta, se se considerar «suficiente» ver o Direito Penal europeu «como um *símbolo* para preencher a condição da eficácia, contradiz-se a asserção de que o princípio da eficácia deve basear-se em critérios objetivos»¹¹⁴.

Assim, nos *Casos Espanha contra Conselho* ou *Kadi II*, o Tribunal aponta para a exigência de «prova relevante» em qualidade e quantidade – no sentido de referência a «dados empíricos em combinação com argumentos adequados»¹¹⁵ –, em ordem a apreciar se a discricionariedade do legislador europeu «tendo em conta os efeitos futuros de uma regulamentação a adotar, quando esses efeitos não podem ser previstos com exatidão»¹¹⁶, foi corretamente exercida. Assim, naquele primeiro caso, embora reconhecendo o «alcance limitado da fiscalização jurisdicional» em relação ao «amplo poder de apreciação do legislador comunitário», afirma-se, por um lado, que este «não se aplica exclusivamente à natureza e ao alcance» do ato legislativo a adotar, mas também, ao «apuramento», «apresentação» e «exposição», de «forma clara e inequívoca», dos dados de base» tidos em conta na sua adoção, e, por outro lado, que aquela fiscalização jurisdicional «exige» que as instituições comunitárias, autoras do ato (legislativo) em causa, «estejam em condições de demonstrar ao Tribunal de Justiça que (ele) foi adotado mediante um exercício efetivo do seu poder de apreciação, que pressupõe» – insiste-se – «a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes da situação»¹¹⁷. E, no segundo caso, o Tribunal, no mesmo diapasão, aprecia se foram apresentados «elementos de informação ou de prova» suficientes para fundamentar a adoção, no caso, de medidas restritivas¹¹⁸.

112 Cf. Parecer do Advogado-Geral Ján Mazák, no Caso C-440/05 (cit., nota 30), § 117, referindo-se, implicitamente, à importância de se obterem contributos criminológicos.

113 Nesta via OBERG (2014), pp. 379 s, que se segue.

114 HERLIN-KARNELL (2010), p. 1124.

115 Nestes termos, OBERG (2014), pp. 379 e 380.

116 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de setembro de 2006, *Reino de Espanha contra Conselho da União Europeia* (C-310/04), § 120.

117 Cf. Caso C-310/04, §§ 121, 122 e 123. Ver, ainda, § 133, onde se conclui que «o Conselho, autor do Regulamento [...], não demonstrou ao Tribunal que o novo regime [...] instituído por este regulamento tinha sido adotado mediante um exercício efetivo do seu poder de apreciação, que implicava a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes do caso em apreço [...]».

118 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 18 de julho de 2013, *Comissão Europeia e outros contra Kadi* (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P), §§ 151 a 1163.

Não se deve obscurecer o facto de que a questão dos limites ao exercício do poder de fiscalização do Tribunal relativamente à «necessidade» da intervenção legislativa comunitária em ordem a realizar objetivos visados revela, por vezes – sendo, como é, uma questão controvertida –, uma abordagem muito deferente daquela Instância em relação ao poder legislativo. Já defendeu, designadamente, que só o carácter «manifestamente inadequado» de uma medida «em relação ao objetivo que a instituição competente pretende prosseguir pode afetar a legalidade de tal medida»¹¹⁹. E, no exercício desse poder de fiscalização no âmbito penal, o mesmo Advogado-Geral *Ján Mazak*, que advertia para um juízo simplista na utilização do Direito Penal¹²⁰, não se coibiu de defender – em nosso entender, de acordo com uma perspetiva que resvala para o mais puro funcionalismo – que o ponto de vista do Conselho segundo o qual medidas penais são «indispensáveis» ou «necessárias» para assegurar a execução eficaz de uma política comunitária (no caso, ambiental) constitui prova suficiente desse critério de necessidade¹²¹.

Está em causa, entretanto – tendo em atenção que estamos no domínio da intervenção *penal*, particularmente gravosa dos direitos fundamentais das pessoas –, não abdicar do reconhecimento da raiz do poder de fiscalização judicial da atividade legislativa. Que radica no «dever dos tribunais» de «proteger o princípio do Estado de Direito»¹²². Desta forma, nem a avaliação da necessidade pode ser uma questão meramente política, nem a sua demonstração pode ser evasiva. Aceitar que assim pudesse ser significaria, por parte do Tribunal, eximir-se da sua responsabilidade de «garantir que o que pode ser politicamente eficiente num dado momento» deve estar «em conformidade com o princípio do Estado de Direito» e, assim, de «reafirmar os limites que o Direito impõe a determinadas decisões políticas». É neste sentido que se defende¹²³ que o Tribunal deve apreciar a fundamentação e a prova que o legislador está obrigado a apresentar, tendo em vista a legitimação da opção penal que toma para

119 Cf., a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14 de dezembro de 2004, *Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd contra Secretary of State For Health* (C-210/03), § 48 (*vide*, também, §§ 36 a 45). Sobre esta jurisprudência, cf. OBERG (2014), p. 381.

120 Cf. *supra*, nota 112.

121 Cf. Parecer (nota 31), §§ 102, 112, 119. Ver, designadamente, este último parágrafo, onde se aduz que as questões de saber se as medidas penais são «indispensáveis» ou necessárias requerem, «não só uma análise “objetiva” do fundamento jurídico ou da política em causa, mas também uma margem de apreciação. De acordo com esta perspetiva, não foi por acaso que o Tribunal de Justiça fez referência às medidas de direito penal que o legislador comunitário “considera necessárias” e que declarou que o “Conselho entendeu que as sanções penais eram indispensáveis”» (itálico nosso).

122 Assim, Parecer do Advogado-Geral Poiares Maduro, apresentadas em 23 de janeiro de 2008, no Processo C-415/05 P *Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias*, § 35. Cf., também, para o que se segue, §§ 34 e 45.

123 Aponta neste sentido OBERG (2014), p. 384.

assegurar a execução eficaz do direito da União naquele específico domínio em que se propõe intervir¹²⁴.

O que se pretende evidenciar é, assim, que um correto entendimento do poder de fiscalização judicial da atividade do legislador europeu – para que se aponta, indo ao encontro, de resto, também, da jurisprudência do Tribunal de Justiça – ou, de acordo com outra perspetiva, que *rule of law* implicam para o legislador o dever de apresentar elementos precisos e concretos que, em função das circunstâncias da situação em causa, justificam a *necessidade* da intervenção *penal* para assegurar a eficácia do direito da União.

3. A questão que importa agora colocar é a de saber se a Diretiva relativa ao abuso de mercado satisfaz as exigências que o respeito pelo critério da necessidade coloca à intervenção penal neste domínio a nível da União Europeia. Trata-se¹²⁵, assim, de apreciar se é fornecida pelo legislador europeu prova suficiente de que – tal como já referimos que defendeu o Tribunal Constitucional Alemão¹²⁶ – existe um défice de execução do direito da União que só pode ser ultrapassado através daquela intervenção penal.

124 No sentido do reconhecimento, por parte do Tribunal de Justiça, do seu dever, de acordo com os Tratados, de controlar judicialmente o exercício das competências do legislador europeu, cf., *Caso Reino de Espanha contra Conselho*, já referido (nota 116), e *Caso Kadi II*, também já referido (nota 118), §§ 118, 119 e 124 [destaca-se, do § 118: «[...] o juiz da União deve verificar o respeito pela autoridade competente da União [...] do dever de fundamentação previsto no artigo 296.º do TFUE [...], nomeadamente, o carácter suficientemente preciso e concreto dos fundamentos invocados» (itálicos nossos); do § 119 «[...] a fiscalização jurisdicional não se limita à apreciação da probabilidade abstrata dos motivos invocados, tendo antes por objeto a questão de saber se estes motivos [...] têm fundamento»; e do § 124: «Se [...] a autoridade competente da União fornecer informações ou elementos de prova pertinentes, o juiz da União deve verificar a exatidão material dos factos alegados [...] e apreciar a força probatória destes últimos em função das circunstâncias do caso concreto [...]»; e, ainda, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 2000, *República Federal da Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco)*, Caso C-376/98, §§ 84, 85 e 86 [destaca-se, do § 84: «[...] se a mera constatação de disparidades entre as regulamentações nacionais bem como do risco abstrato de entraves às liberdades fundamentais ou de distorções de concorrência fosse suficiente para justificar a escolha do artigo [...] como base jurídica, a fiscalização jurisdicional do respeito da base jurídica ficaria privada de eficácia. O Tribunal de Justiça seria então impedido de exercer a função, que lhe incumbe por força do artigo 164.º do Tratado CE (atual artigo 220.º da CE), de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado» (itálicos nossos); do §85: «É assim que [...] o Tribunal de Justiça deve verificar se o ato cuja validade é posta em causa prossegue efetivamente os objetivos invocados pelo legislador comunitário. [...]» (itálicos nossos); e do § 86: «É um facto que [...] o recurso ao artigo [...] como base jurídica é possível a fim de evitar o aparecimento de obstáculos futuros às trocas [...]. Todavia, o aparecimento de tais obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve destinar-se à sua prevenção» (itálicos nossos)].

125 Não se cura aqui de identificar qual o bem jurídico que está em causa proteger, eventualmente através do Direito Penal. Sobre esta discussão, que se faz quer de uma perspetiva nacional quer europeia e internacional, vide, por todos, PINTO (2000), pp. 64 s e 93 s.

126 Cf., *supra* nota 107, § 362.

Como decorre do que vimos dizendo, só a demonstração, em termos concretos, de que a execução do direito da União levada a efeito nos Estados-membros não é suficiente vai ao encontro da interpretação restritiva (também), exigida pela própria letra do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, ao atribuir uma competência penal *anexa* ao legislador europeu. Assim, apelar abstratamente, como se faz para fundamentar a proposta de Diretiva, à necessidade de realização do objetivo de assegurar a execução da política da União Europeia no combate ao abuso de mercado através da harmonização penal das legislações nacionais não satisfaz o critério da necessidade de acordo com o sentido que se lhe vem atribuindo¹²⁷.

A análise dos argumentos apresentados na proposta para fundamentar a intervenção penal permite-nos avançar que eles são vagos, genéricos e simbólicos.

Assim¹²⁸, afirma-se que o abuso de mercado «pode ocorrer além-fronteiras» e que «as abordagens divergentes nos Estados-membros quanto à imposição de sanções penais [...] permitem uma certa margem de manobra aos infratores que, muitas vezes, aproveitam os sistemas de sanções mais permissivas. [...]. Contar com normas mínimas no quadro da UE sobre as formas de abuso de mercado consideradas condutas criminosas contribui para solucionar este problema»¹²⁹. Quanto a este aspeto, chama-se a atenção, desde logo, para que a Comissão não suporta esta asserção em referências concretas – o que o Parlamento Europeu não deixou de assinalar, embora não retirasse daí conclusões. E, conseqüentemente, para o facto de que a mera invocação da adoção de regras mínimas pela União poder solucionar o problema resultante do carácter transfronteiriço das infrações, sem uma clara fundamentação do valor acrescentado da intervenção a este nível, significa cair numa justificação tautológica da harmonização¹³⁰ levada a efeito com base nessa mesma natureza transfron-

127 Cf., a este propósito, Conselho Federal alemão, *Decision of the Bundesrat. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for insider dealing and market manipulation*, 646/11 (*Decision*), 16-12-11, p. 3, 2.º travessão: «Defender, como é o caso na proposta de diretiva, que (a legislação penal ao nível da UE) pode contribuir para ultrapassar um problema ou pode ter um efeito positivo para atingir um objetivo não constitui a *substantivação* da natureza essencial de tal legislação» (itálico nosso). No mesmo sentido, *vide* Parlamento Federal alemão (nota 94), n.º 6, p. 5.

128 Note-se que os argumentos avançados para justificar a intervenção penal a nível europeu, atinentes ao «*forum shopping*», ao «reforço da perseguição» e ao «efeito dissuasivo» (que, de seguida, se referem em texto) não foram demonstrados em concreto na avaliação de impacto levada a efeito pela Comissão, que se socorreu de generalizações não fundamentadas. Cf. *Impact Assessment* (nota 75), pp. 27 e 53 (quanto ao argumento *forum shopping*); p. 166 (quanto ao reforço de perseguição penal); e pp. 28, 52 a 53; 126, 165 e 168 (quanto ao argumento dissuasivo da lei penal).

129 COM (2011) 654 final, ponto 3.3.2., p. 5. Cf., também, Considerando n.º 7.

130 Neste sentido, MIGLIETTI (2014), p. 17. Note-se que o argumento do *forum shopping*, recorrentemente invocado, não se suporta em dados empíricos que permitam sustentar a deslocalização do crime nessa base. Assim, especificamente para o crime de informação privilegiada, FAURE e LEGER (2015), chamam a

teiriça das infrações. Depois, defende-se na proposta que «contar com normas mínimas comuns sobre a definição das infrações penais [...] facilita a cooperação das autoridades da União, sobretudo tendo em conta que as infrações, em muitos casos, assumem uma dimensão transfronteiriça»¹³¹. Mas, tal como já evidenciámos em relação à harmonização, também a facilitação da cooperação não é um fim em si mesmo, o que, a não se entender assim, faria do princípio da necessidade letra-morta. Para além disso, a Comissão aduz ainda que «as normas mínimas sobre infrações penais e sobre sanções penais por abuso de mercado [...] podem contribuir para assegurar a eficácia desta política da União, refletindo uma desaprovação social de uma natureza qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização previstos pelo direito civil»¹³². É, agora, o apelo à função dissuasiva em geral do Direito Penal que se faz, sem a necessária justificação substancial da sua bondade no domínio específico da luta contra o abuso de mercado.

Em suma: todas as hipóteses levantadas pela Comissão podem ter algo por si, mas os elementos de prova para o sustentar não são apresentados, como aliás lamenta o Conselho Federal alemão, referindo a falta de «prova concreta» quanto aos problemas suscitados e às consequências derivadas da existência de sistemas sancionatórios divergentes¹³³.

O défice de fundamentação da proposta não é ilidido pelos resultados das consultas às partes interessadas ou das avaliações de impacto. Com efeito, foram levados em conta diversos documentos¹³⁴ e resultados de diversas conferências públicas e de consultas, que não fornecem «prova factual clara» da necessidade de intervenção penal a nível europeu¹³⁵. E no relatório de avaliação de impacto observa-se ainda que, ao arrepio da conclusão assertiva constan-

atenção para o facto de a entrada em vigor da Diretiva Abuso de Mercado só levar à criminalização *ex novo* em um Estado-membro – a Bulgária –, pelo que o argumento careceria que se demonstrasse com prova empírica que esse Estado estava flagelado por práticas graves de informação privilegiada (p. 420). Por seu turno, salientando que o argumento assenta na presunção de que as pessoas que cometem este tipo de crime são conhecedoras do Direito Penal comparado e fazem escolhas fundadas nessa base, o que não foi, até agora, provado, KUP (2012), p. 4.

131 COM (2011) 654 final, ponto 1, p. 4. Cf., também, Considerando n.º 7.

132 COM (2011) 654 (nota 83), I, ponto 1, p. 2. Cf., também, Considerando n.º 6.

133 Cf. *Decision of the Bundesrat* (nota 127), p. 3, 3.º travessão, 1.ª Parte.

134 Cf. o relatório CARMEVM 08-099, fevereiro de 2008, publicado pelo Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários (CARMEVM sobre medidas e sanções administrativas, bem como sanções penais, nos Estados-membros, de acordo com a diretiva relativa ao abuso de mercado), referido em COM (2011) 654 final, ponto 2., pp. 4 e 5, que, como já foi assinalado [MIGLIETTI (2014), p. 18], fornece uma panorâmica sobre as diferenças nos Estados-membros, mas não «uma avaliação das possíveis ações da União neste domínio».

135 Neste sentido, MIGLIETTI (2014), pp. 20 e 21. Salientando que os argumentos apresentados na fundamentação da Diretiva são «abstratos» e «simbólicos», na medida em que se baseiam em conferências e consultas, FAURE e LEGER (2015), p. 421.

te da proposta de diretiva – no sentido de que era essencial *impor* aos Estados-membros a introdução de sanções penais¹³⁶ –, a Comissão reconheceu que, de uma forma geral, os diversos contributos ofereceram uma resposta «muito mesclada» à questão da harmonização de sanções *penais* no domínio dos mercados financeiros¹³⁷. Em especial, o relatório da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) expressa reservas pela opção criminal a nível europeu, perante a complexidade, duração e custos inerentes à investigação criminal em face das vias administrativa ou civil¹³⁸. O que «explica» a conclusão inconsistente constante da avaliação de impacto de que a previsão de incriminações e de sanções penais ao nível da União «*parece poder conduzir* ao êxito da perseguição das atividades de abuso de mercado e contribuir para assegurar o funcionamento eficaz do mercado interno»¹³⁹. O que não satisfaz, como resulta claro, o nível de exigência colocado pelo critério de necessidade consagrado no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE.

É o Conselho Federal alemão que o afirma¹⁴⁰: a Diretiva não trata da questão de saber «se» e «porquê» a harmonização do Direito Penal neste domínio seria necessária («essencial») para dar execução à política da UE de luta contra as mais graves formas de abuso de mercado.

O que significa, note-se, não justificar *materialmente* a intervenção penal a nível europeu. Com efeito, e continuando a apelar-se à decisão do Conselho Federal alemão¹⁴¹, lamenta-se a falta de «prova concreta» das consequências da divergência de legislações nacionais, designadamente a «deslocação das atividades criminosas». Chama-se a atenção para que a «possibilidade meramente teórica» de que se retirem vantagens das diferenças entre os sistemas nacionais é apresentado como uma «consideração geral teórica», válida para todos os domínios em que os direitos penais nacionais não estão harmonizados e «não pode

136 Assim, COM (2011) 654 (nota 83), ponto 2, p. 5: «A avaliação de impacto concluiu que [...] era essencial *impor* aos Estados-membros a introdução de sanções *penais* para as infrações mais graves de abuso de mercado, de maneira a assegurar a execução eficaz da política da União em matéria de abuso de mercado» (itálicos nossos).

137 Cf. *Impact Assessment* (nota 75), p. 55. Acrescente-se, ainda, que muitos contributos não se referem ou não levantam questões quanto ao recurso a sanções penais, chamando a atenção para o efeito dissuasor de certas sanções administrativas.

138 Cf. *European Securities and Market Authority response to the Communication on reinforcing sanctioning regimes in the financial services sector*, 2011 (ESMA/2011/64). Note-se a referência (p. 9) a que a escolha do tipo de sanção, criminal ou de outra natureza, a prever para as infrações no setor financeiro devia ser deixada aos Estados-membros e a como a vasta gama de sanções administrativas disponíveis na sequência da adoção da diretiva relativa ao abuso de mercado de 2003 se tinha revelado positiva (itálicos nossos).

139 Cf. *Impact Assessment* (nota 75), p. 57. Esta conclusão reforça o facto de que o critério da «necessidade» não foi satisfeito.

140 Cf. *Decision of the Bundesrat* (nota 127), p. 3, 1.º travessão.

141 Cf. 3.º travessão, 1.ª parte.

servir para demonstrar a natureza essencial das medidas propostas». E acrescenta-se¹⁴² que fundamentar a intervenção penal na natureza transfronteiriça da criminalidade apenas vale para os domínios da criminalidade elencados no n.º 1, do artigo 83.º, do TFUE, onde o abuso de mercado não está incluído.

Na linha da mesma exigência de justificação da intervenção penal a nível europeu, também o Parlamento Federal alemão afirmou¹⁴³ que «não é claro» porque, para proteger o valor do «mercado financeiro íntegro e eficiente», o sancionamento penal proposto é «essencial», de acordo com a interpretação restritiva exigida nos termos do disposto no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE. Este critério «não é satisfeito», acrescenta-se, através de «meras referências vazias formuladas quanto às diferenças sancionatórias nos Estados-membros»¹⁴⁴, o que, no limite, se concorda que «poderia justificar uma intervenção penal do legislador europeu em todos os domínios em que as legislações penais nacionais são divergentes»¹⁴⁵.

A conclusão que se oferece é, assim, a de que o critério não se satisfaz quando a Comissão não fornece, num domínio particular, «explicações específicas»¹⁴⁶ sobre as razões pelas quais o direito existente na União Europeia, de carácter não penal, não pode assegurar nos Estados-membros uma execução eficaz, no caso, da disciplina do abuso de mercado. Só a satisfação desta exigência fundamenta a necessidade da intervenção legislativa a nível da União, que vincula os Estados-membros à criminalização e correspondente sancionamento penal das atividades graves de abuso de mercado.

III. A concluir

Foi a própria Comissão Europeia a anunciar, já em 2011, a sua intenção de prosseguir uma política criminal europeia mais consistente e mais coerente¹⁴⁷. A realização deste objetivo – que não deixa de manifestar uma espécie de *mea culpa* da União em face de um direito penal europeu criado muitas vezes sob o impulso da urgência¹⁴⁸ – ganhou premência depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e da consagração da tão controversa competência penal anexa da União Europeia.

142 Cf. 3.º travessão, 2.ª parte.

143 Cf. *German Bundestag* (nota 94), p. 1, A.

144 Cf. n.º 4.

145 Cf. n.º 7, 1.ª parte.

146 Assim, expressamente, *German Bundestag* (nota 94), n.º 7, 2.ª parte.

147 Cf. COM (2011) 573 (nota 1), p. 3 (cf. nota 2).

148 Desde sempre denunciando este estigma do Direito Penal europeu, RODRIGUES (2008), pp. 120 s.

Trata-se de uma questão que assume relevo ao nível da legitimação do Direito Penal europeu, convocando a identificação e a densificação dos critérios que justificam que a iniciativa de intervenção penal ocorra ao nível da União em vez de se verificar nos Estados-membros. O «valor acrescentado», para nos exprimirmos como a Comissão o fez, do Direito Penal europeu deve procurar-se, para cada iniciativa legislativa, como é o caso aqui apreciado da Diretiva Abuso de Mercado, nos aspetos que conferem substância à necessidade da intervenção penal a nível europeu para lutar contra as fraudes graves ao regime dos mercados financeiros. Em ligação com o princípio da subsidiariedade da intervenção da UE, o critério da necessidade revelou-se a partir da sua validade como princípio político-criminal utilizado nos Estados-membros e teve consagração na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que contribuiu para a sua identificação, logo no Acórdão Ambiente, e densificação, reclamando «prova factual clara».

Pela via comunitária, tinha-se operado um efeito integrador muito relevante ao nível da disciplina dos mercados financeiros, com efeitos notórios e visíveis ao nível das legislações penais nacionais. O movimento de criminalização fez-se sentir na esmagadora maioria dos Estados-membros, apesar da ausência de obrigação formal de incriminação. Como já referimos, quanto às infrações, escassíssimos Estados-membros não incriminaram a informação privilegiada ou a manipulação de mercado, embora no domínio sancionatório o panorama fosse diferente, revelando-se grandes disparidades a esse respeito.

A Diretiva Abuso de Mercado, em 2014, surge neste cenário, não logrando, como se evidenciou, fundamentar-se em dados concretos que justificassem, *a nível europeu*, a necessidade da intervenção penal. E, algo paradoxalmente, perante uma incriminação generalizada das atividades ilícitas mais graves de abuso de mercado, a atenção do legislador europeu continuou a concentrar-se na definição de comportamentos ilícitos e menosprezou o lado sancionatório, onde existem diferenças «espantosas e surpreendentes»¹⁴⁹ entre as penas previstas nos ordenamentos nacionais. A ter-se comprovado a necessidade da intervenção penal, ela estaria justificada neste domínio sancionatório. Sendo de esperar, então, que tivesse aproveitado a oportunidade para dar um salto qualitativo na definição da política criminal europeia pelo que a este domínio respeita. O que não fez, permanecendo preso ao velho modelo com origens no «milho grego» e ao enganador sistema dos limites mínimos da pena máxima de prisão, de escasso efeito harmonizador, por um lado, mas com repercussões na exasperação punitiva, de outro lado¹⁵⁰.

149 Assim, FOFFANI (2015), p. 231.

150 Sobre a necessidade de se refletir sobre o modelo «quantitativo» de indicação da gravidade abstrata da pena de prisão, RODRIGUES (*New Journal of European Criminal Law*, em curso de publicação); vide, sobre

Desta forma, é, mais uma vez, para o perigo de um direito penal europeu securitário que cabe alertar. Sendo que, por sobre tudo isto, a questão da legitimidade da intervenção penal a nível europeu no domínio do abuso de mercado não foi respondida pelo legislador europeu: é necessária?

Bibliografia

- CAEIRO, Pedro (2013), «A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu», O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes/The EU area of freedom, security and justice: recent developments (Coordenadora: Constança Urbano de Sousa), Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa, pp. 241 s.
- FAURE, Michael G., e LEGER, Claire (2015), «The directive on criminal sanctions for market abuse: a move towards harmonizing inside trading criminal law at the EU level?», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial and Commercial Law*, Volume 9, Issue 2, pp. 387 s.
- FOFFANI, Luigi (2015), «Politica criminale europea e Sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato», *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico. Università degli Studi de Milano, 29-30 de mayo de 2014 (a cargo de Luz María Puente Aba), Universidade da Coruña. Servizio de Publicacións, 2015, pp. 225 s.*
- HERLIN-KARNELL, Ester (2010), «What principles drive (or should drive) european criminal law?», *German Law Journal*, Vol. 11 No.10, pp. 1115 s.
- (2012), «White-collar crime and european financial crises: getting tough on EU market abuse», *European Law Review*, 57, Issue 10, pp. ix s.
- (2014), «Effectiveness and constitutional limits i european criminal law», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 267 s.
- (2015), «Constructing Europe's area of freedom, security, and justice through the framework of 'regulation': a cascade of market-based challenges in the EU's fight against financial crime», *German Law journal*, Vol. 16 No. 01, pp. 49 s.
- (2015 A), «The fight against white-collar crime as European financial crisis rescuer: regulatory challenges and the tough on crime approach», <http://ssrn.com/abstract-2702667> (acesso em julho, 2017).

a questão, CAEIRO (2013), pp. 254 e 255, que aponta para um modelo de «escalas de penas», das «muito leves» às «mais graves», de «dupla qualificação», combinando «juízos europeus e nacionais».

- KLIP, André (2012), «European criminal policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 20, pp. 3 s.
- LUDERSSEN, Klaus (2010), «Funzionalità dei mercati finanziari e diritto penale dell'economia – la “crisi finanziaria” apre nuove prospettive di criminalizzazione?», DONINI, M/PAVARINI, M (cur), Sicurezza e diritto penale, Atti del convegno di Modena del 20-21 marzo 2009, Bologna, BUP, 2010, pp. 289 s.
- MIGLIETTI, Marta «The first exercise of Article 83(2) TFEU under review: an assessment of the essential need of introducing criminal sanctions», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 1, 2014, pp.16 s.
- MITSILEGAS, Valsamis (2014), «From over criminalisation to decriminalisation. The many faces of effectiveness in european criminal law», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3.
- NIETO MARTÍN, Adán (2007), «americanización o europeización del derecho penal económico», *Revista Penal*, 2007, pp. 120 s.
- OBERG, Jacob (2014), «Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law?», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 370 s.
- PINTO, Frederico Costa (2000), *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Almedina.
- RODRIGUES, Anabela Miranda (2008), *O direito penal europeu emergente*, Coimbra Editora, 2008.
- (2016), «O crime de branqueamento – evolução e perspectivas de política criminal na União Europeia», *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Volume I, Direito Constitucional. Direito Constitucional Europeu, Direito Europeu, Almedina, pp. 985 s.
- (2017), «Direito penal europeu pós-Lisboa – um direito penal funcionalista?», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 4004, maio-junho, pp. 320 s.

Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo:

o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro

Claudio Brandão

Catedrático de Direito Penal
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
Faculdade Damas da Instrução Cristã e Universidade Federal de Pernambuco

Leonardo Siqueira

Professor do Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã

SUMÁRIO

1. Dimensão da investigação e objeto da pesquisa
2. Consolidação da conduta como elemento da dogmática penal
3. A viragem metodológica do positivismo e os problemas decorrentes do não fazer
4. As abordagens da omissão a partir do finalismo
5. O embate sobre o conceito material e a posição da exigibilidade dentro da dogmática penal: a delimitação imposta pelo pensamento de Freudenthal
6. A consolidação da exigibilidade como elemento exclusivo do juízo de reprovação pessoal: a sua estreita vinculação com o conceito material de culpabilidade
7. Conclusão: a exigibilidade e a omissão no direito penal brasileiro

1. Dimensão da investigação e objeto da pesquisa

O Código Penal brasileiro inicia o título correspondente ao crime com referências expressas a ação e a omissão. Estabelece o referido diploma legal que «*considera-se causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*». Neste panorama, a estrutura da teoria do crime se baseará em uma conduta (ação ou omissão), que necessitará ter causado o resultado, sem a qual não se farão os juízos referentes às instituições penais do delito, nomeadamente a tipicidade, a antijuridicidade e a culpa (no Brasil normalmente denominada de culpabilidade e aqui tomadas como palavras sinônimas).

As primeiras referências à omissão nasceram juntas com a própria origem da dogmática penal¹. Nesse panorama, Silva Sanches afirma-nos que

o problema da punibilidade das omissões e, mais concretamente, o da possível equiparação de algumas delas às comissões ativas de delitos preocupa os juristas desde a antiguidade. A discussão sobre o conceito de omissão como problema jurídico-penal é, sem embargo, um problema muito mais recente. Seu início deve situar-se no último terço do século XIX, em pleno período de domínio do *causalismo naturalista* na dogmática penal alemã².

Entretanto, a afirmação de Silva Sanchez segundo a qual o tratamento penal da omissão é um problema recente, que somente se iniciou no último terço do século XIX, é equívoca, porque induz a um dado inverídico, a saber, ser o conceito de omissão tratado pela dogmática penal em época muito posterior a do tratamento penal do conceito de ação.

A dogmática do Direito Penal aborda, no mesmo período histórico, os conceitos de ação e de omissão. Com efeito, foram os penalistas hegelianos que introduziram o conceito de ação na teoria do delito³. Note-se que os conceitos de ação e de delito eram, para esses penalistas, substancialmente identificados, pois a referida ação não possuía a conotação que ganhou a partir dos autores do positivismo naturalista, dentre os quais se destaca Franz von Liszt. Nesse panorama, os hegelianos construíram o conceito de ação na base da *teoria da imputação*.

1 Registre-se que no direito romano, já estava regulado que *Non faceretur quod debet facere* (D. 42, 8). Também TAVARES (2012), p. 31, ressalta que desde o século XIV as Ordenações Filipinas capitulavam crimes omissivos.

2 SILVA SANCHEZ (2003), p. 3.

3 JESCHECK (1981), p. 273.

O primeiro penalista hegeliano que inseriu a ação na teoria do delito foi Albert Friedrich Berner, na primeira edição do seu *Tratado de Direito Penal Alemão*, de 1857. A ação, para o autor, vem tratada logo na definição de crime, sendo a citada ação o conceito através do qual se exterioriza a vontade moral, o dolo, noção que faz com que a ação seja tomada pelo seu gênero, nomeadamente a *conduta*. Assim, compreende-se nessa definição o conceito de omissão⁴.

Foi o positivismo jurídico – que se caracterizou por substituir a moral pelo naturalismo, como pressuposto epistemológico da teoria do delito – que desenvolveu, nesse mesmo período histórico, as questões referentes aos crimes omissivos, uma vez que para os hegelianos a omissão estava contida no conceito de ação (este último tomado como a conduta que exterioriza a vontade moral). Porém, foi também o positivismo que desenvolveu o conceito de ação, exatamente por conta da referida mudança do paradigma moral pelo paradigma naturalístico, no qual ganha especial destaque o problema da causalidade.

O positivismo naturalístico do século XIX tinha como pressuposto epistemológico da conduta comissiva e da conduta omissiva o tratamento *ontológico* dos conceitos de ação e de omissão, que é tratada metodologicamente como um objeto externo cognoscível, que é produto da vontade hábil para modificar o mundo exterior, o que era idealmente conhecido pela *causalidade*. Sobre o tema, tomemos como caso-limite o que é trazido por Binding, o qual inicia a parte de sua obra correspondente aos crimes omissivos com o título «A omissão como ação» (*Die Unterlassung als Handlung*). Segundo ele, a omissão causa o resultado da mesma forma que a ação, uma vez que ela representa uma subjetividade interna do omitente, o qual impede a conduta que interromperia a modificação do mundo exterior. A decisão interna do omitente de não realizar a conduta que interromperia o evento é causa do resultado. Diz o autor: «A omissão não é apenas uma ação, que é tecida na realidade viva, mas sim seu contraste contraditório.»⁵

Pois bem, a herança que o positivismo naturalístico deixou ao Direito Penal hodierno foi a vinculação da conduta humana comissiva e omissiva à causalidade, sendo o centro de gravidade dos crimes omissivos o seguinte problema, que como um prisma irradiará muitas possibilidades dogmáticas: como se extrai a relação ideal de causalidade através da inação?

Nesse contexto, o Código Penal brasileiro normatiza a causalidade da omissão da seguinte forma:

4 BERNER (1871), p. 107.

5 «Die Unterlassung ist danach nicht nur keine Handlung, die aus lebendiger Wirklichkeit gewoben, sondern deren kontradiktorischer Gegensatz.» Binding (1991), p. 102.

Título II – Do Crime

Relação de causalidade

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1.º *Omissis*

§ 2.º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Com dito anteriormente, é uma herança do positivismo a vinculação das espécies de conduta humana ao problema da causalidade. Por conseguinte, cumpre pôr em relevo que tal vinculação produz efeitos de grande monta na epistemologia penal: os conceitos de ação e omissão são ontológicos e adquirem significado no Direito Penal apenas se forem vinculados, pela causalidade, à produção de um resultado penalmente relevante.

Parafraseando a irreprochável síntese de Gimbernat Ordeig, o Direito Penal tem por objeto, sempre e unicamente, ações e omissões. Nenhuma dessas expressões é um conceito jurídico; comer ou nadar, por exemplo, são ações que estão fora da esfera de pertinência da valoração jurídico-penal. O conceito de ação abarca tanto comportamentos valorados como bons (dar uma esmola), como maus (mentir) ou como indiferentes (sentar em uma poltrona); nessa toada, tem-se que o conceito de ação é ontológico porque pode ser estabelecido sem referência alguma ao mundo dos valores. O conceito de não fazer é igualmente ontológico e não valorativo, enquanto também abarca não fazeres bons (não ridicularizar um surdo-mudo), não fazeres maus (não agradecer a quem nos faz um favor), como não fazeres indiferentes (não se sentar em uma poltrona)⁶.

Tanto as ações quanto as omissões adquirem relevância penal através da moldura da tipicidade, que as torna dignas de uma pena criminal. Tornar um comportamento digno de uma pena é torná-lo desvalioso, pois o envolve na dignidade da esfera da sanção própria do Direito Penal. A tipicidade é o con-

6 GIMBERNAT ORDEIG (1987), p. 579.

tinente da conduta relevante penalmente⁷, pois a *matéria da proibição*⁸ que o tipo individualiza tem o seu núcleo expresso por um comportamento positivo (comissão) ou negativo (omissão). Por isso, o sentido penal do comportamento (comissivo ou omissivo) é conferido através da tipicidade. Isto posto, podemos definir a omissão, à luz da moldura da tipicidade:

A omissão é uma espécie do gênero não fazer, espécie que vem caracterizada porque, dentre todos os possíveis comportamentos passivos, selecionam-se (normativamente) somente aqueles que merecem um juízo axiológico negativo: a omissão é um não fazer que se deveria fazer, ou com outras palavras, a diferença específica da omissão frente ao gênero não fazer, ao qual pertence, é que consiste em um não fazer desvalorado⁹.

Nesse contexto, os requisitos da matéria da proibição que são extraídos da moldura típica normativa da omissão vêm, primeiramente, dos tipos em espécie, gerando a omissão a partir do verbo nuclear do tipo penal, que será chamada de omissão própria, visto que o referido tipo determina um não fazer. Tal é o caso do delito de *omissão de notificação de doença*, previsto no art. 269.º do Código Penal:

Art. 269.º Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Em segundo lugar, através da interpretação sistemática da Parte Geral do Código Penal e dos tipos em espécie, os crimes de ação, que são sempre expressos através de um verbo nuclear enunciativo de uma conduta ativa

7 «A proeminência da tipicidade decorre do fato do tipo penal descrever a ação relevante para o Direito Penal e isto se dá porque o tipo é o instrumento jurídico que torna conhecida a proibição. É vedado ao Direito Penal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, efetuar proibições gerais e associar a elas uma pena, sem que exista a individualização da conduta proibida, isto é, sem que esta conduta se torne molde de uma ação determinada, à qual se comina uma pena; fora deste perímetro, não se pode falar propriamente em tipo penal, pois o tipo materializa uma ação positiva ou negativa proibida [...] Pois bem, o que possibilita a antítese desta generalidade, que fere frontalmente o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, é o comportamento humano, sintetizado na ação, que deve ser o elemento nuclear do tipo penal. A ação é a base comum a todos os delitos, independentemente de sua forma de aparição, é o conceito anteposto ao delito, que serve para a perfeita construção do tipo legal.» BRANDÃO (2014), pp. 45-47.

8 «Desta feita, o tipo penal deve apresentar uma matéria de proibição, que se subsume na individualização de uma ação, de modo que a lei penal apresente um modelo de comportamento proibido sob a ameaça de uma pena.» BRANDÃO (2014), p. 47

9 GIMBERNAT ORDEIG (1987), pp. 579-580.

(v. g., matar, transportar, fraudar, destruir, inutilizar), nas hipóteses taxativamente previstas no anteriormente citado parágrafo segundo do art. 13.º, será possível a realização da *matéria da proibição* do crime comissivo através de uma omissão; por esse motivo, tal modalidade de omissão é chamada de omissão imprópria ou comissão por omissão. É nessa hipótese que a relação ideal de causalidade omissiva apresentará especial relevância¹⁰.

Com efeito, em face da norma penal, para que exista a causalidade na omissão imprópria, para além da responsabilidade do sujeito de garantir a não ocorrência do resultado (que é atribuída a ele por um dever legal de impedir o referido resultado, ou por um dever de impedimento assumido voluntariamente, ou ainda porque com o seu comportamento anterior o sujeito criou o risco da ocorrência do resultado) deve se fazer um juízo de exigibilidade. Isto se dá por conta de ser somente relevante e desvalorada pelo Direito Penal a responsabilidade de impedir o resultado se o sujeito *devia e podia* agir, conforme está expressado nos signos linguísticos do parágrafo segundo citado («A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem»). Destarte, a matéria da proibição dos crimes omissivos impróprios é produto da interpretação sistemática do tipo comissivo com a regra da causalidade ora citada, delimitada por um juízo de desvalor, traduzido na exigibilidade.

A grande questão decorrente dessa relação ideal de causalidade omissiva imprópria é que o juízo de exigibilidade da conduta, que normalmente é feito no âmbito da culpa, é antecipado para a tipicidade.

Vejamos uma hipótese exemplificativa.

Conforme dispõe o Estatuto do Idoso, a família tem o dever legal de cuidar da sua saúde (art. 3.º da Lei n.º 10741/2003). Assim, se o filho que cuida de seu genitor idoso, o qual está em perigo de morte, não ministra o tratamento médico prescrito, responderá pelo dito resultado morte, caso ele ocorra em face da omissão do tratamento. Tal omissão decorre da interpretação sistemática do artigo 121.º do Código Penal (homicídio) e do art. 13.º, § 2.º, «a» do Código Penal.

10 «Em termos explicativos quanto à omissão em si, é de se ver, como já alentado, que nesse universo em construção notam-se, comum e significativamente, duas espécies, ou formas, de condutas omissivas. De um lado, ter-se-iam as omissões próprias, em que a omissão faz parte explícita do tipo penal. De outro, e aqui o motivo de estudo, verificam-se as chamadas comissões por omissão ou omissões impróprias, ou seja, situações em que a comissão se dá pela omissão de fazer algo. Nas palavras de Luden, os crimes omissivos próprios ou puros, seriam aqueles que coexistem na simples violação de uma ordem. Omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, seriam aqueles que se concretizam na violação de uma proibição mediante a abstenção de uma atividade. Justamente a partir dessa distinção é que autores, como Fragoso, acabam por tecer todas as suas ponderações diferenciais sobre o problema da omissão em Direito Penal. Em verdade, grande parte da dificuldade do tema reside especificamente na qualidade do problema visto nos crimes comissivos por omissão, os quais agigantam a questão na quadra atual em termos de sobrecriminalização indireta.» SILVEIRA (2016), p. 80.

Entretanto, a causalidade omissiva imprópria exige que se antecipe o juízo de exigibilidade, que não será realizado aqui em função da reprovação da culpa, mas sim para efeito da imputação típica do resultado.

Assim, na hipótese do tratamento disponível ao idoso importar grande sofrimento físico ou um decréscimo aviltante da sua qualidade de vida, o juízo de exigibilidade, decorrente da análise dos requisitos do poder e do dever de agir será efetuado para excluir a própria tipicidade omissiva. Assim, é problema fulcral da omissão imprópria a antecipação do juízo de exigibilidade do comportamento diverso, que nessa hipótese não será feito no âmbito da culpa, visto que será condição para a imputação do resultado que concretizará a tipicidade da omissão.

2. Consolidação da conduta como elemento da dogmática penal

O conceito de ação tornou-se o centro do sistema dogmático do crime no século XIX, através da obra de Hegel. Foi também nessa época que a busca da causalidade no não fazer, *rectius*, omissão, tornou esse tema uma das questões fulcrais da referida teoria do crime, o que constituiu – não sem razão – um produto das reflexões originadas pelos penalistas de matriz hegeliana.

A matriz hegeliana imperou na dogmática alemã até os anos 80 do século XIX. A aplicação da dialética por ele proposta ao conceito de ação transformou a ação no núcleo central do sistema penal. Com efeito, antes de Hegel, o sistema penal operava com o conceito de vontade, no esteio do *dolus malus* romano, que era classificada segundo a dicotomia vontade livre ou não livre. Hegel relativizou essas oposições e as sintetizou em um conceito superior, que é o conceito de ação.

O conceito de ação de Hegel foi construído a partir do seu método dialético. Tal método é construído a partir de uma proposição e de uma oposição a essa proposição, isto é, a partir de uma tese e uma antítese. Essas oposições são relativizadas por uma síntese, que, em última análise, no plano lógico, supera a oposição entre tese e antítese, racionalizando o objeto cognoscível. A síntese é, portanto, uma imputação, de cariz lógico-racional, que harmoniza a contradição entre tese e antítese, possibilitando o conhecimento do objeto investigado.

A ação é a síntese produzida pela dialética realizada entre os objetos antagônicos liberdade humana e causalidade. O subjetivo humano é livre para vencer as adversidades advindas dos fatores causais externos. Por isso, somente a exteriorização da vontade, capaz de vencer as adversidades dos fatores causais, pode ser considerada como ação. Segundo a teoria hegeliana, a norma, que é um imperativo, um comando de comportamento, é uma imputação em

face de uma vontade e do que ela realiza. A modificação do mundo exterior é tida como uma *ação* quando se apresenta como a realização da vontade de um sujeito, visto que a causação do ser-no-mundo (*Dasein*), somente poderá ser realizada pela vontade. Nesse sentido, somente é ação a vontade manifestada no mundo exterior¹¹. A vontade atuante é finita, pois se dirige a um objeto externo previamente existente a ela, com características determinadas e determináveis. A vontade representa o objeto externo, que, entretanto, pode conter algo diferente de sua representação, já que a representação da vontade poderá ser imperfeita¹².

O conceito hegeliano de ação a inseriu na ciência penal. Radbruch¹³, ao atribuir a paternidade desse conceito penal à Hegel, sentenciou que «a ação fez a sua entrada no sistema de Direito Penal pela porta da imputação»¹⁴. Porém, essa entrada se deu tomando dita definição, por uma metonímia, como o conceito de *conduta humana*.

3. A viragem metodológica do positivismo e os problemas decorrentes do não fazer

No contexto da inserção do conceito de ação na teoria penal, ainda no marco temporal do século XIX, as questões referentes ao não fazer vieram ao lume. Digno de registro é o formulado por Adolf Merkel sobre o tema. Para ele, tanto a ação quanto a omissão se fundamentam em face do mesmo pilar: a lesão ou exposição ao perigo dos interesses protegidos pelo Estado¹⁵, uma vez que o referido Estado exige dos seus súditos uma multiplicidade de ações e modos de agir que fomentem aqueles interesses e cumpram os fins que estão assinalados a eles, através do estabelecimento de preceitos jurídicos. Corresponde a essas exigências estatais é a divisão dos crimes em *delitos comissivos ou de ação* e *delitos omissivos*. Para Merkel, tanto os delitos de ação quanto os delitos de

11 Segundo Hegel: «A manifestação de vontade como subjetiva ou moral é ação. Somente a manifestação da vontade moral é ação. [Die Äußerung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung. [...]. Erst die Äußerung des moralischen Willens ist Handlung].» HEGEL (1911), p. 98.

12 Segundo Hegel: «A manifestação de vontade como subjetiva ou moral é ação. Somente a manifestação da vontade moral é ação. [Die Äußerung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung. [...]. Erst die Äußerung des moralischen Willens ist Handlung].» HEGEL (1911), p. 98.

13 RADBRUCH (2011), p. 110.

14 RADBRUCH (2011), p. 117.

15 Segundo Merkel, «O Estado exige, por uma parte, que nós não lesionemos nem coloquemos em perigo os interesses que se encontram em baixo de sua proteção. Além disso, exige também que fomentemos positivamente, por uma multiplicidade de ações e modos de agir, aqueles interesses. [...] A essa diversidade de exigências por parte do Estado corresponde a divisão dos delitos em *delitos de ação ou comissão* e *delitos de omissão*.» MERKEL (2004), p. 38.

omissão produzem um resultado causalmente verificável. O conceito de omissão proposto é, portanto, vinculado à causalidade.

Os crimes omissivos são traduzidos em violação de preceitos jurídicos, que acarretam culpavelmente que se *deixe de fundar uma situação ou de originar um acontecimento que deveria se realizar no mundo da vida*, já os crimes comissivos são traduzidos em violações de proibições de condutas. A violação das proibições dá também origem, geralmente, a um grau de punibilidade maior que a violação dos correspondentes preceitos. Assim, o assassino, por exemplo, é punido com a pena de morte, enquanto aquele que não impede intencionalmente o assassinato em determinadas circunstâncias, quando devia e podia impedi-lo, somente é punido com a prisão (RStrG., §139).

A omissão imprópria é realizada, segundo o que defende Merkel, por meio da comissão (ação comissiva) concomitante ou precedente, que significa a inação. Isto quer dizer que a omissão imprópria possui uma causalidade real, que faz com que o evento que modifica o mundo exterior seja imputado pela causalidade ao autor da inação.

Defende o autor que a causa do resultado, no delito omissivo impróprio, não está substancialmente na inação, que é o comportamento omissivo, mas na conduta ativa, precedente ou concomitante, que é o suposto condicional do referido comportamento omissivo. A conduta ativa precedente ou concomitante à omissão inclui na inação as propriedades que produzem o efeito de modificação do mundo exterior; portanto, a omissão imprópria é portadora de uma causalidade real.

Segundo Merkel:

Há muitas ações que unicamente são compatíveis com o Direito e com os interesses protegidos pelo Direito, em face do suposto condicional que existam outras ações que andem ao lado delas, as sigam ou as precedam [...] Assim, a edificação de uma casa somente pode se conciliar com os direitos e os interesses dos demais, com a condição que tenham sido tomadas as medidas segundo as quais, conforme ensina a experiência, garantem que a casa não caia e que fiquem sepultados em seus escombros as pessoas que se encontrem sob ela¹⁶.

A causa do resultado nos delitos de omissão imprópria não se verifica na inação mesma, mas sim na conduta comissiva jungida à inação, pois um não fazer não pode gerar nenhum efeito. Os efeitos pressupõem sempre uma

16 MERKEL (2004), p. 113.

comissão, pois em forças que não existem, como é o caso na inação, não se origina modificações no mundo exterior. Merkel escreve textualmente sobre esse tema, *verbis*:

A causa do resultado ou evento nesses delitos deve ver-se não na omissão mesma, mas sim na conduta ativa do sujeito, com inclusão das propriedades que fizeram com que a sua aparição no mundo exterior surgisse como resultado dela. Um não fazer, uma inação não pode, por sua própria índole, produzir nenhum efeito; os efeitos pressupõem alguém que atue, e esse alguém é impossível de se encontrar em forças que não existem ou que, existindo, não se ponham em atividade, como também é impossível encontrar alguém nos fenômenos físicos ou mecânicos que estão fora do agir humano¹⁷.

Nesse contexto, as lesões ou exposições a perigo dos interesses protegidos pelo Estado, decorrentes de omissões, como por exemplo, encarregar-se de cuidar de uma criança ou de um doente, a custódia do fogo, a direção de um serviço de barco ou de trem¹⁸, *causam* um resultado em face da conduta ativa concomitante ou precedente que gerou o efeito produtor da lesão ou do perigo.

Para Merkel, no caso de se omitir culpavelmente a ação complementar, precedente ou concomitante, e por efeito dessa omissão se produzirem as consequências danosas ou perigosas aos interesses protegidos pelo Estado, haverá um verdadeiro delito de ação¹⁹. Nesse contexto, os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios são falsos delitos omissivos. Diz textualmente o autor: «As violações de tais preceitos, produtores de danosas consequências, chamam-se, quando são puníveis, de falsos delitos de omissão.»²⁰

Deve ser dado destaque a um elemento conceitual apresentado por Adolf Merkel. Note-se que o autor já insere na omissão imprópria a referência a um juízo de culpabilidade, pois será necessário que o autor omita culpavelmente a ação complementar, para que haja a comissão por omissão. Tal referência à culpabilidade se dá porque a conduta ativa vinculada à omissão imprópria é decorrente de uma obrigação. O autor exemplifica dizendo que ao mestre de obras não se reprovaria o esquecimento de suas obrigações por haver exposto a ruína de uma casa, mas sim a casa que derrubaria porque o mestre de obras faltou com suas obrigações.

17 MERKEL (2004), p. 115.

18 MERKEL (2004), p. 114.

19 MERKEL (2004), p. 114.

20 MERKEL (2004), p. 39.

A conduta ativa de uma pessoa só dá origem a obrigações da espécie que nos ocupa no suposto de que, não sendo ela realizada assim, nossos atos produziram efeitos juridicamente obrigatórios para nós mesmos, e só se originam essas obrigações dentro dos limites estabelecidos pelos princípios gerais relativos às ações jurídicas e a seus efeitos legais²¹.

Na construção do conceito de omissão, ainda durante o marco temporal do século XIX, tem particular destaque a obra de Franz von Liszt. Segundo ele, a omissão não é tratada no Direito Penal como um simples não fazer, mas sim como um não fazer algo. Isto significa que a omissão representa o não fazer de uma ação determinada.

Von Liszt afirma que o Direito tem o condão de equiparar à causação o não impedimento do resultado. Dito não impedimento deve ser visto como um ato de vontade, pois a omissão – tal como a comissão – não pode ser determinada por uma coação mecânica ou psíquico-física. O conceito de omissão, nesse contexto, é

o não empreendimento de uma ação determinada e esperada. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa e, na verdade, o que era esperado. Não dizemos que uma pessoa deixou de saudar, de visitar, de convidar, se não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite²².

Von Liszt aduz que o Direito só se ocupa com a omissão antijurídica. A omissão será antijurídica quando existir um dever jurídico que obrigar a agir, que pode expresso, por exemplo, por um preceito positivo imposto pelo Direito Penal²³.

Na segunda edição do seu tratado, Von Liszt se utilizou pela primeira vez do vocábulo «transitivo» para designar a omissão, logo ela não se esgota na não realização de uma ação, o que tornaria o não fazer omissivo em um absoluto, mas sim a omissão representa o não fazer o comportamento ordenado pelo direito, logo é ela um conceito transitivo, uma vez que representa o não fazer o que o direito ordena que seja feito.

Silva Sanchez, sobre o tema, nos afirma que «provavelmente é Von Liszt que na primeira edição do seu Tratado já havia posto de manifesto que omitir

21 MERKEL (2004), p. 117.

22 LISZT (1899), p. 208.

23 LISZT (1899), p. 208.

não é um não-fazer-nada, mas sim um não-fazer-algo, quem, na segunda edição, utiliza pela primeira vez o termo transitivo»²⁴.

4. As abordagens da omissão a partir do finalismo

A Parte Geral do Código Penal brasileiro, advinda através da Lei n.º 7.209/84, adotou, por conta das posições defendidas à época pelo coordenador da reforma, as linhas gerais da teoria finalista da ação. Nesse contexto, ganha especial relevância para a interpretação das normas contidas no diploma penal os estudos sobre a citada teoria.

O finalismo, assim como o positivismo naturalístico, também define a omissão a partir de um conceito ontológico, que parte do pressuposto epistemológico que a omissão é um ente com existência real. Welzel trata a conduta como uma estrutura lógico-objetiva, que tem a existência determinada por uma constatação da realidade fenomênica, independentemente do Direito. Assim, por conseguinte, a omissão é um conceito ontológico, tal como o é a ação. Partindo dessa conceituação ontológica, Armin Kaufmann afirma que:

No termo «omitir» reside uma negação, referida ao atuar. Sem embargo, o conceito de omissão não é sinónimo de «não acontecer», de «não modificar a realidade», de «não agir em absoluto», de «inatividade» ou de «quietude física». O omitir não nega o atuar como tal, mas sim um atuar somente em determinada direção²⁵.

Com efeito, Welzel define a omissão como um dado ontológico, tanto que intitula o primeiro item do parágrafo 24 do seu Tratado da seguinte forma: «A estrutura ontológica da omissão» (*Die ontologische Struktur der Unterlassung*)²⁶. Para o pai do finalismo, a omissão em si mesma não existe, pois o não fazer só tem sentido à luz da não realização de uma ação final específica, a qual não é concretamente efetivada pelo sujeito que a estava obrigado a realizar, assim «a omissão está necessariamente relacionada a uma ação: não existe omissão, mas sim uma ação específica»²⁷. Na omissão, o omitente não realiza a ação final, mas possui a capacidade de realizá-la. Isto significa que na omissão há a finalidade potencial, o que faz que nela se resguarde o domínio final do fato.

24 SILVA SANCHEZ (2003), p. 28.

25 KAUFMANN (2006), pp. 45-46.

26 WELZEL (1954), p. 147

27 «Wohl aber ist die Unterlassung notwendig auf eine Handlung bezogen: es gibt keine Unterlassung einer bestimmten Handlung.» WELZEL (1954), p. 147.

Silva Sanchez sintetiza o conceito finalista da omissão afirmando que

o finalismo adota, ante o estudo do conceito de omissão, um ponto de vista ontológico; quer dizer, pretende apreender a estrutura lógico-objetiva do ser do homem, do atuar e do omitir, que determina o juízo de valor subjacente à norma e ao injusto. [...] Entende-se que o Direito, na medida que pretende configurar a vida social, está vinculado as estruturas do ser: da ação, da omissão, etc.²⁸

Note-se que, no contexto da dogmática finalista, Armin Kaufmann formulou novas bases para os crimes omissivos. Segundo ele, a omissão tem uma finalidade potencial, que representa uma decisão dirigida subjetivamente pelo sujeito, que representa a realização de sua vontade²⁹. O sujeito que executa uma ação final tem a capacidade de realizá-la, mas deve-se pôr em relevo que essa capacidade se revela independentemente da execução do próprio ato; quando o sujeito não materializa a capacidade de ação mediante a realização do citado ato, tem-se lugar a omissão³⁰.

Podemos sintetizar a proposição de Kaufmann através do conceito de capacidade concreta de ação, visto que a omissão é a ausência de realização da ação que o sujeito era concretamente capaz de realizar. Nesse panorama, é completamente indiferente para o crime omissivo a existência de um mandado

28 SILVA SANCHEZ (2003), p. 42.

29 «No hay duda de que con estos requisitos externos no se ha avistado todavía la posibilidad de actuar final, la “finalidad potencial”, pues la decisión de actuar, en la fórmula indicada supra, sólo se da por supuesta; esta suposición, sin embargo, sirve simplemente para verificar factores causales externos. La cuestión de la decisión misma y sus requisitos aún no está planteada. La realización de la voluntad no sólo es “posible” cuando están dispuestos el objeto de la actividad y los medios del hecho; hace falta más bien el empleo de estos factores, la “dirección final”. Ésta no se limita a la decisión de alcanzar determinado fin, con la subsiguiente “inervación muscular”, sino que la dirección final requiere supervisión y guía del curso de la acción ya puesto en marcha, hasta tanto se alcanza el fin. Para ello no sólo es necesaria la fuerza de voluntad, sino, asimismo, una medida de intensidad variable —en función de la situación— de saber ontológico y nomológico, de conocimiento o cognoscibilidad del entorno exterior en que opera la dirección final y de los medios con los que opera. Así pues, aun cuando sólo se considera la realización de una decisión dada por supuesta como existente, se requieren más condiciones previas que las puramente físicas. Hace falta que exista cierta medida de conocimiento o cognoscibilidad referidos al curso de la acción.» KAUFMANN (2006), p. 56.

30 «El que ejecuta una acción (final) es capaz de esta acción; esto es evidente. La realización pone de manifiesto la posibilidad de lo realizado; el sujeto agente revela así su capacidad de acción. Pero esta capacidad de acción existe no sólo mientras se realiza el acto, sino también ya al comienzo de la acción. Es independiente de la ejecución del propio acto, conforma el dominio del hecho del autor. Pero si el señor del hecho no actúa, si no materializa su capacidad de acción mediante la realización del acto, entonces omite la acción.» KAUFMANN (2006), p. 55.

ou de uma valoração jurídica, portanto a omissão independe, para Kaufmann, da norma que determina a realização de uma conduta.

Parafraseando Gimbernat Ordieg, podemos dizer que, se Kaufmann tivesse razão, então poderíamos afirmar que se omite a mulher grávida que não cede o seu assento no ônibus ao jovem vigoroso, pois a referida mulher grávida tem a capacidade concreta de executar a ação de se levantar do seu assento³¹. Isto se dá porque a omissão não é definida como a realização de algo que era possível ao sujeito fazer, mas sim o não fazer algo que era devido ao sujeito, em face da exigência de alguma norma. Neste sentido, pode-se concluir que a omissão, como dizia Kaufmann, exige a capacidade concreta de executar uma determinada ação, mas esse conceito somente adquire sentido jurídico à luz de um comando de atividade extraído de alguma norma jurídica.

É do comando normativo que nasce a inserção da exigibilidade, adiante apresentada como introito da investigação e que será adiante desenvolvida. Isto porque da omissão se extrai duas características: uma ontológica, nomeadamente que o sujeito possa faticamente realizar a ação; outra normativa, que seja devido ao sujeito executar a ação omitida.

A questão da exigibilidade, que normalmente é tratada como um dos elementos da culpa, é requisito para a imputação do resultado na omissão imprópria, uma vez que só será penalmente relevante o evento se o sujeito ativo *podia* e *devia* agir para evitá-lo.

5. O embate sobre o conceito material e a posição da exigibilidade dentro da dogmática penal: a delimitação imposta pelo pensamento de Freudenthal

O giro normativo operado por Frank no conceito de culpabilidade penal colocou no centro da discussão a ideia de reprovabilidade³², analisada a partir do inovador conceito de circunstâncias concomitantes. A exigência do momento normativo permitiu imaginar a culpabilidade como um elemento graduável e, para além disso, como um conceito de referência normativa sobre um fato psíquico, pois, como oportunamente falou Mezger, a culpabilidade radica na cabeça dos outros e não do agente que pratica o injusto penal³³. O exemplo que abre a explicação e o exame do elemento normativo da culpabilidade na obra de Frank é um claro direcionamento no sentido acima exposto. No caso de dois agentes cometerem, cada um por si e isoladamente, um furto, deixa claro

31 GIMBERNAT ORDEIG (1987), p 581.

32 FRANK (2002), pp. 29-30.

33 MEZGER (1957), p. 12.

que no âmbito do dolo não existe qualquer diferença culpável entre os delitos, todavia a culpabilidade não poderia se limitar a encontrar apenas a vinculação psíquica que ligasse o autor ao seu fato. Era imprescindível se perguntar pela existência ou não de circunstâncias concomitantes que acabariam diminuindo ou retirando o caráter de normalidade do fato, levando, dessa maneira, a uma diminuição ou até mesmo a exclusão da culpabilidade, melhor dizendo, da reprovabilidade.

Assim, cria-se principalmente uma solução dogmática para o estado de necessidade exculpante, explicando a ausência de culpabilidade apesar da presença do elemento subjetivo. Não podemos dizer que Frank trouxe o conceito de exigibilidade para o seio da culpabilidade, porém foi ele quem criou todas as condições de possibilidade – a partir do revolucionário conceito de circunstâncias concomitantes, que podemos tratar como equivalente funcional da exigibilidade – para essa introdução. Ainda nesse caminho, o autor em comento também inaugurou um outro tradicional e polêmico posicionamento da doutrina alemã, quer dizer, a impossibilidade das circunstâncias concomitantes (exigibilidade) excluïrem a reprovabilidade nos crimes dolosos não previstos em lei – as causas supraleais de exclusão da culpabilidade. Nesse ponto, a ausência de normalidade das circunstâncias fáticas somente excluïriam fora dos casos legais os delitos culposos, mas nunca os dolosos. Inclusive, ainda nos dias atuais, é extremamente cheio de controvérsias a afirmação de causas de inexigibilidade de conduta diversa fora dos taxativamente previstos na legislação.

Após o surgimento da obra de Frank, a culpabilidade normativa passa progressivamente a se desenvolver com as contribuições dos mais diversos penalistas. No contexto do novo horizonte delineado, um original pensamento altera os deslindes e o rumo da ainda incipiente dogmática penal. A obra de Freudenthal³⁴ inaugura uma disputa vencida pelo autor, uma vez que, ao tornar a exigibilidade o elemento central da reprovabilidade e exclusivo da culpabilidade, acaba por limitar a função e importância da exigibilidade dentro da teoria do crime, primordialmente no estudo do injusto penal. Além disso, Freudenthal liga o conceito material de culpabilidade à exigibilidade, criando e desenvolvendo limites rígidos e pouco flexíveis na sua análise. É claro que não poderíamos olvidar do critério individualizador desenvolvido por Freudenthal quando se pergunta, no caso em concreto, se o direito pode exigir do autor do fato típico e ilícito uma conduta diversa da efetivamente realizada – vale ressaltar que a posição de Freudenthal é minoritária e foi substituída na dogmática penal pelo critério do homem médio. Porém, de acordo com a tese que aqui pretendemos defender, desenvolveremos as três questões suscitadas da obra de Freudenthal – delimi-

34 FREUDENTHAL (2006), *passim*.

tação da exigibilidade, o seu critério individualizador, concreto e empírico e, por fim, a conexão entre a exigibilidade e o conceito material de culpabilidade.

Henkel³⁵ afirma que a exigibilidade teria sido subestimada e superestimada ao mesmo tempo por Freudenthal, pois ele teria desprezado o alcance e a função da exigibilidade dentro da teoria do delito, ou seja, que esta não poderia se restringir a culpabilidade – aqui o autor defende uma função muito mais ampla para a exigibilidade, incluindo-a não apenas na verificação das causas de justificação, o que já ocorria inclusive antes do pensamento delimitador de Freudenthal, mas também na tipicidade e nos delitos omissivos, por exemplo – e, da mesma forma, sobrevalorizou e exagerou a sua importância dentro da culpabilidade, tendo em vista que admitiu causas supraleais para os delitos dolosos. Nesse ponto, Freudenthal acabou influenciando boa parte da doutrina e jurisprudência alemã, pois, em um dado momento, reconheceu-se a possibilidade de causas supraleais. Mezger³⁶, ademais, chegou a comungar dessa visão, apesar de sempre pregar cautela na caracterização e confirmação de causas não legisladas. Este último autor, como acabamos de afirmar, apesar de aceitar com prudência causas supraleais, sempre defendeu que o juiz não poderia valorar a exigibilidade, com o fito de excluí-la, tomando como parâmetro valores pessoais ou contrários as valorações estabelecidas pelo legislador, entretanto só poderia aplicar a inexigibilidade de conduta diversa tomando como medida as próprias valorações legais, complementando-as. Contudo, posteriormente, Mezger³⁷ acaba negando a possibilidade de causas supraleais de inexigibilidade, argumentando que não é possível aceitar justificações tão amplas da ação injusta, o que se constituiria num perigo desmedido.

Nesse espeque, mesmo quando ainda aceitava – como já discutimos – a exigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade, Mezger já se opunha a falta de precaução de Freudenthal neste aspecto. Um caso citado por ambos e com conclusões diametralmente opostas acaba por delinear bem os caminhos que tomaram os dois autores em comento. Como falado, Freudenthal encerra a exigibilidade como fundamento geral da culpabilidade tanto para os delitos dolosos e culposos, a tal ponto que o poder – consequentemente, e da mesma forma, a sua ausência – de se comportar conforme o dever é examinado concretamente e de tal forma individualizado que não poderíamos sequer conjecturar sobre a quantidade de hipóteses onde a exigibilidade não estaria presente. Um desses casos ficou bem conhecido na doutrina alemã e foi citado por Freudenthal³⁸ como um exemplo típico de inexigibilidade, que podemos

35 HENKEL (2005), p. 46.

36 MEZGER (1957), pp. 220-221.

37 MEZGER (1958), p. 273.

38 FREUDENTHAL (2006), pp. 86-87.

resumir da seguinte forma: uma parteira foi acusada de falsificar certidões de nascimento dos filhos de alguns trabalhadores de uma empresa de mineração. Ocorre que as falsificações foram solicitadas pelos próprios trabalhadores, em razão da empresa conceder, no dia exato do nascimento do filho, um dia de folga e manter integralmente o salário do respectivo dia. Portanto, quando o filho de um dos trabalhadores da empresa nascia no domingo – ou seja, o funcionário não receberia nenhum dos benefícios por não trabalhar nesse dia –, o pai solicitava da parteira que declarasse informação falsa para receber as benesses da empresa de mineração. A parteira ainda alegou veridicamente que caso não falsificasse o nascimento todos os demais funcionários com mulheres grávidas procurariam outra pessoa para fazer o parto, o que a inviabilizaria do ponto de vista econômico. Como dissemos anteriormente, Freudenthal e Mezger divergem quanto a solução jurídica do presente caso, mesmo quando, vale ressaltar, Edmund Mezger ainda defendia a possibilidade da não exigibilidade de conduta diversa funcionar como causa geral de exculpação.

A solução diametralmente oposta tomada pelos penalistas demonstra como eles seguiram rumos diferentes sobre a importância da exigibilidade como elemento da culpabilidade e, da mesma maneira, a adoção de critérios opostos no estudo da própria culpabilidade. Mezger deixa bem claro que pretende trabalhar com um conceito jurídico de culpabilidade, distanciando-se de uma visão ética. A culpabilidade, mesmo antes de se estabelecer as conexões pessoais do ato com a personalidade do agente – quer dizer, a ação como expressão da personalidade desajustada do indivíduo³⁹ –, deve ser concebida como um instituto jurídico – não ético – orientado para um fim, uma vez que o direito estabelece determinadas exigências normativas às pessoas que pertencem a vida social. Por conseguinte, o direito tende a generalizações que valoram o que é exigível em certas situações «típicas», o que subtrai a preocupação de provar, por exemplo, a existência do livre arbítrio. Culpável será o agente que não cumprir as determinações a ele exigidas pelas valorações jurídicas, o que não importa em constatar empiricamente a real inexistência do poder se comportar conforme as determinações impostas pelo ordenamento. Na verdade, o direito valora e presume como «se» o agente individual não tivesse o poder de agir de forma diversa.

Já Freudenthal trabalha com um conceito de culpabilidade bastante diferente, o que explica resposta jurídica diversa no caso supracitado. Apesar de não falar expressamente, acreditamos que a culpabilidade jurídica de Freudenthal equivale a uma culpabilidade ética, dado que a preocupação do autor é trabalhar com um conceito jurídico concordante com as concepções do profano, o que, então, leva-o a seguinte indagação: é culpável o agente que de acordo com a

39 MEZGER (1956), p. 02.

situação fática agiu como qualquer outro do povo agiria no seu lugar? Para além de buscar uma solução que estabeleça uma ponte entre o abismo criado entre o direito e o povo leigo – muitas vezes, ainda adverte o penalista, o tribunal condena o agente apesar de, para o povo, ele ser inocente –, a resposta que o autor constrói perpassa por um critério completamente individualizador. Freudenthal⁴⁰ defende que a constatação da exigibilidade leve em consideração se no caso em concreto, bem como no tocante ao indivíduo em específico, era possível ele agir de outra maneira, para assim declarar ou não a reprovação sobre a conduta do agente. Nesse ponto, como adverte Gonzalo Fernández⁴¹, o nosso autor reinsere na discussão dogmática a posição e a importância do livre arbítrio dentro da esfera penal, apesar de Freudenthal não problematizar devidamente essa questão dentro da obra. A questão toma uma dimensão extremamente importante dentro da dogmática penal, pois o autor acaba por vincular a exigibilidade de conduta diversa a um conceito material definido – além de exigir, consequentemente, a prova em concreto da falta ou na da exigibilidade, tomando um posicionamento bem diferente do seguido por Mezger – o que, posteriormente, leva a uma vinculação da exigibilidade com o próprio conceito de culpabilidade, esta vista no seu aspecto material. Diga-se, de passagem, que dita vinculação encontra eco ainda no pensamento de autores atuais, apesar de negada pelos mesmos autores, como se verá logo a seguir.

6. A consolidação da exigibilidade como elemento exclusivo do juízo de reprovação pessoal: a sua estreita vinculação com o conceito material de culpabilidade

Com a obra de Welzel, a culpabilidade passa a ser um juízo de reprovação puramente normativo, pois, como é amplamente sabido, o finalismo desloca o dolo em seu aspecto naturalístico para o âmbito da tipicidade, em virtude das exigências do conceito ontológico de ação. Desse modo, consolidou-se também a exigibilidade como elemento próprio da culpabilidade e estreitamente ligado ao conceito material de culpabilidade, pois, tal como Freudenthal, Welzel coloca o livre arbítrio – como poder agir de forma diversa – no centro da reprovação e como resposta à pergunta tida como fundamental, ou seja, a indagação sobre o conteúdo material da reprovabilidade. No fundo, o conteúdo material da culpabilidade do criador da teoria finalista é uma resposta extremamente bem elaborada e fundamentada para uma pergunta que está subjacente – o que não

40 FREUDENTHAL (2006), p. 88.

41 FERNANDEZ (2006), pp. 29-31.

quer dizer menos importante –, quando toda a dogmática se questionou sobre o porquê de se exigir ou não uma conduta diversa do indivíduo. Seguindo uma tradição que se funda principalmente em Freudenthal⁴², surge uma complexa relação entre o conteúdo da exigibilidade e o conceito material de culpabilidade, que encontra em Welzel um dos principais colaboradores e que esboçaremos sucintamente agora.

É muito comum uma atitude pessoal como a descrita por Erasmus de Rotterdam ao afirmar que temos olhos de lince para percebermos as obliterações e defeitos alheios, mas olhos de toupeira para percebermos os próprios⁴³. Isso ocorre muito com Hans Welzel e a sua teoria ontológica. É muito fácil no seio de um estável estado democrático de direito demonstrar as incongruências do pensamento do autor; como o jusnaturalismo envolto no finalismo não é científico e os seus pressupostos totalmente indemonstráveis. O olhar sobre Welzel imbuído das perspectivas modernas e atuais traz ao menos um resultado inequívoco: uma obra deturpada, obnubilada por lentes turvas e sem foco. É preciso entender o finalismo como uma doutrina circunscrita num ambiente pós-Segunda Guerra Mundial – a Alemanha estava completamente destruída e com uma constituição frágil e neófitas⁴⁴ – que precisava se contrapor, inclusive, a mínima tentativa de se restabelecer as atrocidades do regime nazista e, até mesmo, combater doutrinas e afirmações como a de Kelsen, quando disse que o sistema nazista poderia ser considerado como direito válido. Era preciso impor limitações éticas ao legislador⁴⁵; o direito não pode apenas coagir por ser força, mas precisaria obrigar por ser valor⁴⁶. Este desiderato, para além de almejado, poderia ser alcançado caso o legislador percebesse que os deveres jurídicos só existem como deveres éticos, e a sua força obrigatória se extingue quando se desrespeita a autonomia ética do próximo – que é um valor próprio e independente de qualquer busca por finalidades. Qualquer prescrição penal que degrade a autonomia do ser humano acaba transformando-o em objeto ou coisa, e, por este motivo, seria o direito da força e do terror, porém nunca direito que obriga, porque o direito só poderia obrigar se o faz no plano ético, quer dizer, quando o agente internaliza e toma a prescrição penal como modelo de comportamento pessoal. Considerando todos os aspectos referidos, não pode-

42 Sem dúvida poderíamos incluir aqui o pensamento original de James Goldschmidt e a exigibilidade como fundamento da imputação da culpabilidade, todavia, para verticalizar a pesquisa e o objeto que estamos a tratar, não desenvolveremos essa teorização.

43 ROTTERDAM (2002), p. 43.

44 ZAFFARONI (2005), p. 91.

45 É digo de nota, mesmo que por um brevíssimo espaço de tempo, que a jurisprudência alemã chegou a adotar, no pós-Segunda Guerra Mundial, uma espécie de jusnaturalismo nas suas decisões.

46 WELZEL (2006), p. 198.

ríamos imaginar outro fundamento material para o último componente do crime e o único que incide sobre o autor do fato típico e ilícito, senão o poder agir de forma diversa. No tocante ao livre arbítrio, Welzel afirma que os atos do pensamento são independentes de causas, eles se determinam segundo razões videntes, de acordo com a estrutura lógico-objetiva do estado de coisas. Nesse caminho, o ato de conhecer está na dependência tanto do sujeito cognoscente quanto da estrutura do objeto de conhecimento – superando todas as determinações puramente causais – já que o conhecimento tem de ser livre de fatores externos a dito objeto, para que, só assim, seja possível uma determinação conforme o sentido e de acordo com o objeto de conhecimento⁴⁷. Dessa forma, o sujeito cognoscente não seria objeto de seus próprios impulsos causais, mas precisaria possuir, para admitir o livre arbítrio, a capacidade de compreender os impulsos como tarefas incutidas de sentido, que deve ser afirmada frente aos impulsos contrários⁴⁸.

O posicionamento de Hans Welzel acaba por imbricar – como já tínhamos dito – o conteúdo da exigibilidade com o conceito material de culpabilidade de tal forma que comprovada a ausência do livre arbítrio, poderíamos exculpar o agente alegando a superveniência de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, como no caso dos médicos no regime nazista, em face da decisão de Hitler, terem de exterminar os enfermos mentais. Alguns médicos acabaram salvando alguns doentes em detrimento de vários outros enfermos que foram mortos. Assim, os médicos contrariaram – mesmo com o risco pessoal de sofrerem sanções pelo descumprimento da ordem nazista – em parte a ordem de matar todos os enfermos, mas tiveram de eliminar uma grande parte deles. Vale ainda ressaltar que, muito provavelmente, se eles não tivessem cumprido, pelo menos em parte o decreto nazista, teriam sido substituídos e os novos médicos executariam por completo os desígnios de Hitler. Examinando o caso aludido, ainda segundo o nosso autor, não se pode exigir aqui uma conduta conforme o direito exatamente por faltar a liberdade de escolha, o que o levou a admitir a inexigibilidade de conduta diversa nos crimes dolosos, embora não existisse previsão legal para o caso⁴⁹.

Apesar de o conceito de reprovabilidade ser mais amplo que somente a ideia de exigibilidade, fica claro que, em Welzel, a necessidade de um fundamento material da culpabilidade volta-se para cimentar um conteúdo próprio, semelhante ao da exigibilidade, e como causa de exclusão da culpabilidade. No fim das contas, o conceito material serviria para, pretensamente, fugir da tautologia imposta por uma visão apenas formal da reprovabilidade, uma vez

47 WELZEL (2006), p. 38.

48 WELZEL (2002), pp. 142-143.

49 WELZEL (1976), p. 256.

que, ao se perguntar sobre os fundamentos que justificam afirmar que alguém é culpável, a resposta só poderia ser a seguinte: afirma-se a culpabilidade quando se pode reprovar a conduta do agente. Porém, continuando os questionamentos, caso se pergunte pelo porquê de se reprovar a ação do agente, outra não poderia ser a resposta: reprova-se justamente porque o autor é culpável. Apesar da estreita vinculação referenciada e desvendada na obra do autor finalista, o funcionalismo parece, a primeira vista, fugir dessa conexão entre culpabilidade material e exigibilidade. Primeiramente, cabe advertir que o funcionalismo na esfera penal só pode ser tratado como unívoco dentro de classificações arbitrárias, que reduzem as complexidades inerentes aos mais diversos autores. Aqui vamos unicamente desenvolver o pensamento de Roxin⁵⁰, como apenas um modelo, dentro duma diversidade incontável de possibilidades, de sistemas funcionalistas. Pois bem. Roxin⁵¹ é um penalista que sempre buscou vincular o Direito Penal com a política criminal, abrindo o cerrado e intransponível sistema jurídico-penal para as questões provenientes da política criminal. Os horizontes desanuviados pelo autor têm consequências inéditas até os dias atuais, pois a abertura requerida pelo funcionalista ainda permite tanto desbravar aspectos intocados quanto um novo olhar sobre questões amplamente discutidas. Podemos até dizer que Roxin ousou abrir o Direito Penal para infinitas perspectivas, apesar dele se limitar a uma única: a inclusão de considerações relativas as finalidades da pena dentro da teoria do crime. É dentro desses parâmetros que podemos entender a visão de Roxin sobre a culpabilidade e as suas críticas a teoria finalista da ação.

O autor funcionalista trabalha com a ideia de responsabilidade, que seria o terceiro elemento dentro do conceito analítico de crime, como elemento aglutinador da culpabilidade normativa e a necessidade preventiva da pena. Neste ponto, surge uma divergência com o pensamento finalista que precisa ser prontamente pontuada: a possibilidade de causas supralegais de exclusão da culpabilidade em virtude da não exigibilidade. Roxin⁵², coerentemente com os seus postulados, discute o mesmo caso – de Welzel – dos médicos e a eutanásia no regime nazista sob outro aspecto, quer dizer, para ele a culpabilidade dos médicos no caso restaria comprovada, pois, como não existia perigo iminente para a vida deles, poderia ser exigido uma ação diferente. Entretanto, há razões suficientes para se afirmar a falta de necessidade preventiva da pena, tendo em

50 A arbitrária escolha pela teoria funcionalista de Roxin teve fundamento puramente pragmático, pois o autor parece ser o pensador mais conhecido e, conseqüentemente, com as ideias mais divulgadas, discutidas e, talvez junto com Jakobs, o penalista mais seguido dentre todos os funcionalistas. A omissão em relação à visão de Jakobs decorre da completa diferença para o pensamento de Roxin, o que nos obrigaria a explicar minuciosamente a teorização de Jakobs.

51 ROXIN (2002), p. 51.

52 ROXIN (1997), pp. 960-961.

vista que a conduta dos médicos estariam guiadas para salvar vidas e, como a situação extrema vivida pela Alemanha não vai se repetir, não haveria, por isso, a imperiosa necessidade de aplicar uma sanção penal. A questão acaba desvelando a tentativa de Roxin em desqualificar a exigibilidade como o fundamento geral de exclusão da pena. Ainda segundo o autor, a fórmula da exigibilidade é um conceito vazio – aqui o autor cita a obra de Henkel, que será posteriormente examinada –, sem conteúdo definido e, portanto, incapaz de fundamentar o conceito material de culpabilidade. No tocante ao conceito material de culpabilidade, Roxin estabelece a sua importância como o momento adequado para se estudar os pressupostos materiais que fundamentariam a reprovabilidade. Nesse aspecto, mais uma vez, Roxin se contrapõe a visão finalista sobre a matéria. Ele afirma que o livre arbítrio é indemonstrável e não pode ser usado como fundamento material do juízo de reprovação pessoal, desenvolvendo um outro conceito para a questão.

Assim, Roxin fundamenta a culpabilidade como a possibilidade de decisão por uma conduta conforme as normas⁵³. Segundo o autor, esse conceito é um fenômeno científico, pois a psicologia e a psiquiatria podem comprovar empiricamente os casos de restrições à capacidade de se autodirigir. Tal teorização pode ser dividida em dois momentos distintos e individualizados: o primeiro é o dado empírico, quer dizer, capacidade de se motivar conforme as exigências da norma; o segundo é o dado normativo, no sentido da possibilidade, de acordo com a constatação empírica, de conduta conforme o direito. Uma culpabilidade assim concebida seria, para os seus adeptos, uma garantia para o indivíduo e para todo o sistema penal em geral, já que um conceito que pode constatar empiricamente as restrições à capacidade de autocontrole permite estabelecer contornos nítidos ao *ius puniendi* estatal, diferentemente do livre arbítrio e sua impossibilidade de constatação empírica, sobretudo porque deixa a cargo do total arbítrio judicial o poder de decidir sobre a existência ou não da liberdade.

À primeira vista, juntando todas as informações aqui suscitadas, poder-se-ia concluir que Roxin desvincula o conceito de exigibilidade – conceito, em tese, vazio e indefinível – do conceito material da culpabilidade. Sem embargo, pensamos que o próprio autor acaba «expulsando da casa a visita posteriormente recebida pela janela». Num texto bastante esclarecedor⁵⁴, ele acaba iniciando a discussão afirmando que a exigibilidade é totalmente carente de conteúdo e funciona apenas – em consonância com Henkel – como princípio jurídico regulativo, servindo apenas de apoio para o juiz decidir a questão no caso em concreto, concluindo, por conseguinte, que a exigibilidade de conduta diversa não

53 ROXIN (1997), p. 807.

54 ROXIN (1981), pp. 60 e 74.

pode fundamentar materialmente a culpabilidade. Por outro lado, por não ter conteúdo definido, a exigibilidade acaba obscurecendo a questão, posto que, quando perguntamos os motivos para se reprovar a conduta do agente, a resposta no sentido de ser inexigível um comportamento diverso não esclarece as razões para a confirmação da imputação subjetiva. Roxin, então, ao justificar a impossibilidade da exigibilidade fundamentar o conceito material de culpabilidade, acabou conectando – ironicamente –, do mesmo modo que outrora fez Hans Welzel, os dois conceitos. Segundo o autor funcionalista, o obscurantismo imposto pelo livre arbítrio não explicou o fundamento material da reprovabilidade, quer dizer, «[...] segue-se sem saber, e isto é o único importante, *o porquê* se exige (ou, em caso de exclusão da culpabilidade, os motivos para não se exigir) outra conduta»⁵⁵. Voltemos para o conceito de culpabilidade de Roxin e prestemos atenção para um dado indubitavelmente importante e que responde a pergunta feita pelo próprio autor. Consoante Roxin⁵⁶, o seu conceito material de culpabilidade tem um elemento normativo, isto é, a possibilidade de conduta conforme o direito – em outros termos, exigibilidade! – que só pode ser explicada e derivada – e aqui temos o motivo, a resposta para o próprio questionamento anteriormente levantado – da constatação da capacidade empírica de auto-controle ou dirigibilidade normativa. Parece claro que autor busca conceber um significado preciso para a fórmula da exigibilidade – apesar de expressamente afirmar a inexistência de conteúdo específico –, valendo-se inequivocamente do conteúdo material da culpabilidade.

7. Conclusão: a exigibilidade e a omissão no direito penal brasileiro

Roxin é preciso quando afirma que, por exemplo, no excesso na legítima defesa causado por perturbação, medo ou susto existe o poder agir de forma diversa do agente, quer dizer, o ordenamento pode exigir uma conduta diversa do sujeito. Sem dúvida, a liberdade de escolha é indemonstrável e permite uma gama de interpretações, ainda que no mesmo caso, diferentes entre si. Porém, a solução proposta pelo autor também é repleta de questionamentos insuperáveis. Roxin afirma que, no caso citado, a responsabilidade é excluída por faltar a necessidade preventiva da pena. O primeiro questionamento que pode se levantar é a incoerência lógica do argumento utilizado⁵⁷. A pena é considerada

55 ROXIN (1981), p. 60. Grafado pelo próprio autor.

56 ROXIN (1997), p. 810.

57 Lembremos que o principal fundamento para Roxin criticar o livre arbítrio de Welzel é a sua completa indemonstrabilidade científica, o que nos permite concluir que o autor toma os pressupostos científicos

como consequência jurídica do crime e, ao mesmo tempo, como pressuposto para a afirmação da responsabilidade e, por conseguinte, para a confirmação do delito. Há aqui uma incoerência lógica na fundamentação, pois um mesmo elemento (pena) não pode simultaneamente ser causa e consequência, sem se cair numa contradição lógica.

Mesmo deixando de lado o argumento levantado, a resposta de Roxin continua insatisfatória. Quando afirma que falta a necessidade preventiva da pena – e a argumentação aqui vale também para a sua fundamentação de causas não legisladas de exclusão da responsabilidade – não fornece nenhum critério – valorativo ou empírico – que justifique plausivelmente a exclusão do delito, até mesmo porque a fórmula «necessidade preventiva de pena», tal como Roxin a utiliza, é igualmente vazia, indemonstrável e insegura tanto quanto o poder agir de forma diversa. Apesar de o autor afirmar que a culpabilidade limita as finalidades preventivas, unir os dois elementos acaba se constituindo num argumento perigoso, primordialmente em Estados como o brasileiro, que muitas vezes flerta com ideais totalitários e antidemocráticos, como, por exemplo, a lei brasileira antiterrorismo⁵⁸ – um claro Direito Penal do inimigo de Jakobs –, onde finalidades preventivas superam qualquer questionamento ou limitação imposta pela culpabilidade ou qualquer outro elemento ou princípio.

A crítica a Roxin não nos leva a adotar a posição de Welzel em toda a sua extensão, mas unicamente excluir do conceito de culpabilidade a ideia da necessidade de pena. Entretanto, partir desse caminho trilhado, poder-se-ia questionar qual o conceito de exigibilidade aqui adotado. A rota traçada perpassa necessariamente por discutir a obra de Henkel e a sua doutrina sobre a importância e o conceito da exigibilidade dentro da teoria do delito. O autor, ao falar sobre o surgimento e o desenvolvimento da teoria normativa da culpabilidade, desvela um ponto fulcral, isto é: a regulação do estado de necessidade exculpante levou ao questionamento de se no âmbito dos crimes dolosos, e fora dos casos de perigo iminente aos bens jurídicos, haveria a possibilidade de reco-

como parâmetro para as suas próprias construções dogmáticas, o que o leva a um conceito material de culpabilidade com comprovação empírica.

58 Essa lei é uma clara demonstração que as finalidades preventivas são claramente mais importantes que qualquer outro fator. Veja, por exemplo, a total falta de proporcionalidade entre as condutas tipificadas e a pena estabelecida, que é a mesma do homicídio qualificado, apesar de ser um delito de mera conduta: «Art. 2.º – O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 1 – São atos de terrorismo: I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa. Pena – reclusão, de doze a trinta anos.» Ou quando pune, de forma esdrúxula, os atos preparatórios da seguinte forma: «Art. 5.º – Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito. Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.» Lei n.º 13.260/16.

nhecer uma causa supralegal, baseada no conceito material de culpabilidade⁵⁹. Como já falado, isso vincula a exigibilidade ao conceito material de reprovabilidade. Henkel⁶⁰ postula uma completa desvinculação e, para tanto, desenvolve uma ideia original e inédita sobre a exigibilidade, tratando-a como um princípio jurídico regulativo que extrapolaria os limites da culpabilidade, até mesmo do Direito Penal, e alcançaria os demais ramos do direito. Nesse caminho, a exigibilidade seria uma fórmula sem conteúdo definido e valorativamente neutra, pois, como princípio regulativo, não estaria em condições de antecipar os juízos sobre o caso individual, funcionando apenas como um instrumento auxiliar para se recorrer – nesse caso para o juiz do processo – e, portanto, delimitar as esferas do direito e do dever. Com esse pensamento, o nosso autor procurou desvincular a exigibilidade não só da culpabilidade e da teoria do delito, porém, buscou excluir qualquer conteúdo material para esse elemento, visto que, só assim, sem a necessidade de adequar toda a amplitude e os diferentes usos da exigibilidade dentro de um parâmetro ontológico e limitante, seria possível explicar a função da exigibilidade dentro do ordenamento jurídico. Estabelecer um conteúdo material cria a obrigação de fundamentar o uso desse elemento a partir do conceito ora formulado, o que restringiria seu âmbito de atuação. Desobrigando-se desse desiderato, Henkel ampliou e esclareceu a função da exigibilidade, como passaremos a examinar em seguida – cumpre destacar que analisaremos o pensamento do autor comparando-o com o ordenamento brasileiro.

O primeiro ponto que queremos enfatizar é o pensamento de Henkel⁶¹ ao afirmar que a fórmula da exigibilidade é utilizada também pelo legislador. Como nosso objeto não é analisar todas as possibilidades, vamos nos limitar – apesar de o autor examinar a exigibilidade dentro dos demais ramos do direito e nos elementos do conceito de crime – aos casos de omissão. É possível asseverar que o legislador se valeu da exigibilidade para criar, tomando como referência o código penal brasileiro, um delito de omissão própria? Sem dúvida a resposta só pode ser positiva. No delito de omissão de socorro⁶², o dever de prestar solidariedade nos casos descritos em lei é restringido – como Henkel havia previsto – pela exigibilidade, desde que a ação esperada se constitua num perigo pessoal ao omitente. Dito de outra forma, o dever de solidariedade é exigível apenas nos casos de comprovada ausência de perigo para os que deve agir; existindo o risco pessoal, a omissão não é criminosa por não se exigir do

59 HENKEL (2005), p. 50.

60 HENKEL (2005), p. 126.

61 HENKEL (2005), pp. 67-68.

62 «Art. 135.º: Deixar de prestar socorro assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.»

agente um comportamento diverso. Esse caso toca num ponto importante da teorização em exame; segundo Henkel a exigibilidade limita os deveres jurídicos derivados das determinações provenientes das normas jurídicas gerais. Não é à toa que o autor se expressa no sentido que todos os deveres de fazer, prestar ou tolerar não se podem alcançar mediante uma norma geral, mas é necessário uma fórmula (exigibilidade) para instruir os limites incertos de faculdades e deveres jurídicos, fixando o real e concreto alcance do dever. Vejamos mais um exemplo elucidativo no ordenamento jurídico brasileiro que ilustra bem a afirmação referenciada

O artigo 24.º do Código Penal estabelece o estado de necessidade justificante, discorrendo sobre a situação que origina um estado de necessidade. O parágrafo primeiro do mesmo artigo limita esses casos quando afirma: «não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo». O bombeiro, por exemplo, tem o dever de enfrentar o perigo, e, por isso, não poderia alegar estado de necessidade. Na verdade, essa restrição precisa ser harmonizada com uma outra norma⁶³, que afirma a impossibilidade do bombeiro se omitir de enfrentar o perigo, já que ele se encontra na posição de garantidor e o não agir nesses casos será qualificado como omissão imprópria. Imaginemos a hipótese: atendendo a um chamado de urgência, um grupo de bombeiros se dirige ao local em chamas. Lá chegando, mesmo com risco pessoal para todos, eles entram (e tem o dever) no prédio e começam o procedimento de salvamento. Um por um, os moradores do prédio saem com vida. Entretanto, no último andar, ainda se encontra uma criança pequena. O bombeiro, ao chegar nesse andar, percebe que não terá tempo de encontrar a criança e descer com vida, pois as chamas já tinham obstruído todas as saídas. Em face da situação concreta, o bombeiro se omite em realizar o seu dever de salvamento e de enfrentar o perigo, escapando do prédio. Desse modo, o bombeiro será responsabilizado pela omissão? A resposta para o caso se encontra no próprio parágrafo segundo do artigo 13.º, quando o legislador afirmar que só será relevante a omissão quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado. Em consonância com Henkel⁶⁴ – ele assevera que a exigibilidade é um recurso para delimitar o dever de impedir o resultado – o nosso Código Penal estabelece que o dever de agir é limitado pela possibilidade, não apenas física, de agir. Novamente em outros termos, o garantidor só tem o dever legal de agir, mesmo com risco pessoal, para evitar o resultado nos casos concretos onde se possa exigir dele um comportamento conforme as normas, não se exigindo, desse modo, a realização de um ato heroico – no nosso caso, que o

63 Art. 13.º, § 2: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

64 HENKEL (2005), p. 94

bombeiro morra tentando salvar uma vida. Logo, nesses casos, o direito não pode exigir um comportamento diverso, excluindo, aqui, não a culpabilidade da conduta, mas sim a própria tipicidade.

Bibliografia

- BERNER, Albert Freidrich, 1871, *Lehebuch des deutschen strafrech*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig.
- BINDING, Karl, 1991, *Die Normen Und Ihre Ubertretung*, Band 2, Scientia, Aalen.
- BRANDÃO, Cláudio, 2014, *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, Almedina, Coimbra.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo, 2006, *Culpabilidad Normativa y Exigibilidad: a propósito de la obra de Freudenthal*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.
- FRANK, Reinhard, 2002, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.
- FREUDENTHAL, Berthold, 2006, *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.
- GIMBERNAT ORDIEG, Enrique, 1987, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, T. XL, Fasc. III. Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- HEGEL, Georg, 1911, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Meiner, Leipzig.
- HENKEL, Heinrich, 2005, *Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulatorio*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, 1981, *Tratado de derecho penal*, Bosch, Barcelona.
- KAUFMANN, Armin, 2006, *Dogmatica de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid.
- LIZST, Franz von, 1899, *Tratado de direito penal alemão*, Briguiet, Rio de Janeiro.
- MERKEL, Adolf, 2004, *Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires.
- MEZGER, Edmund, 1956, *La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid.
- , 1957, *Tratado de Derecho Penal: tomo II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- , 1958, *Derecho Penal: libro de estudio*, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires.
- RADBRUCH, Gustav, 2011, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires.
- ROXIN, Claus, 1981, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- , 1997, *Derecho Penal: parte general*, Civitas, Madrid.

- , 2002, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, 2003, *El delito de omisión: concepto y sistema*, BdeF, Buenos Aires.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, 2016, *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*, D'Plácido, Belo Horizonte.
- TAVARES, Juarez, 2012, *Teoria dos crimes omissivos*, Marcial Pons, São Paulo.
- WELZEL, Hans, 1976, *Derecho Penal Aleman*, 2.^a ed., Editorial Juridica de Chile, Santiago.
- , 2002, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina da la acción finalista*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.
- , 2006, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.
- , 1954, *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, de Gruyter, Berlin.
- ZAFFARONI, E. Raúl, 2005, *En torno de la cuestión penal*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires.

A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito*

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Direito Penal. Universidade de Castilla – La Mancha, Toledo

SUMÁRIO

I. Introdução

1. Direito Penal: Lei do mais fraco ou exibição de força?
2. Garantismo como modelo de deslegitimação
3. Níveis internos de garantismo
 - 3.1. O que é o garantismo?
 - 3.2. Garantismo como filosofia política e garantismo penal como filosofia do Direito Penal
 - 3.3. Garantismo como modelo de Ciência do Direito e garantismo penal como modelo de dogmática jurídica
 - 3.4. Garantismo como modelo de Direito vigente

II. Crise do modelo garantista do Direito Penal

1. BECCARIA, garantismo e constitucionalismo
2. Da expansão ao paroxismo penal

III. Em modo de conclusão

IV. Bibliografia

* O presente texto coincide, essencialmente, com a conferência «Crisis y deconstrucción del modelo garantista de Derecho penal» conferida no XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho penal (Leão, 6/7/2017).

Tradução para língua portuguesa do original em língua espanhola, sob o título *Metamorfosis del Derecho Penal del Estado de Derecho*, a cargo de Pedro Garcia Marques.

I. Introdução

Gostaria de começar por assinalar algumas ideias-chave acerca do que se entende por modelo garantista de Direito Penal. Para isso, nada melhor do que ler a magnífica aproximação que LUIS PRIETO enceta no seu brilhante compêndio sobre *garantismo y derecho penal*¹ ao pensamento de LUIGI FERRAJOLI², máximo expoente desta construção sistemática que bebe a sua origem em CESARE BECCARIA^{3/4}.

1. Direito Penal: Lei do mais fraco ou exibição de força?

Por oposição à aposta do garantismo por um direito penal mínimo, a partir da recuperação dos postulados da Ilustração jurídica, afirma-se hoje, na teoria e na prática, um modelo de Direito Penal que não representa (nas palavras de FERRAJOLI) «a lei do mais fraco»⁵, mas antes uma exibição de força.

Curiosamente, contribuímos para esta «exibição» e, de certo modo, servimos também os penalistas através das nossas teorias de justificação da pena, no quadro das quais se constata lamentavelmente a revitalização e mesmo o florescimento de velhos e novos argumentos retribucionistas⁶. Frente a todas as demais teorias legitimadoras da pena e, inclusivamente, perante a proposta do Direito Penal mínimo do garantismo, se erigem as teorias abolicionista do Direito Penal, entre as quais é possível encontrar um ponto de contacto: seria melhor que os conflitos se pudessem solucionar com algo melhor que o Direito Penal⁷.

Ora bem, apenas a partir da triste constatação de que não seria possível, por hipótese, ordenar a convivência e ordenar ou prevenir os crimes, sem, em simultâneo (como bem sublinha FERRAJOLI), combater as penas desproporcionadas e a vingança privada, apenas então caberia defender, não já de um «direito a castigar», mas antes um Direito Penal inevitável e, em todo o caso, mínimo, sujeito a limites rigorosos. Apenas um Direito Penal desta natureza poderia

1 PRIETO (2011).

2 FERRAJOLI (1995) e (2011).

3 BECCARIA (1976).

4 *Vid.*, entre outras referências, ZAFFARONI (1989), pp. 521-552; LLOBET (2005); LLOBET (2013), pp. 255-270; MATUS (Dir.) (2011); FERRAJOLI (2014), pp. 51-63; ARROYO *et al.* (Eds.), 2016.

5 FERRAJOLI (1999).

6 *Vid.*, entre outras referências, FEJOO (2007); WHITE (Ed.) (2011), BRAITHWAITE & PETTIT (2015); DUFF (2015), WALTER (2016).

7 Com mais detalhe, DEMETRIO (1995), DEMETRIO (2003).

considerar-se válido no Estado constitucional de Direito, num Estado que, por definição, sujeita o próprio legislador a limites muito concretos que resultam da minimização da violência estadual e da busca da paz⁸, cujo fundamento último radica na proteção dos Direitos Humanos de todas as pessoas⁹.

Como tratarei de argumentar, a prova de que nos encontramos particularmente distantes destas ideias é o facto de que o Código Penal se converteu num livro de cabeceira para a maioria dos cidadãos, aos quais foi criada a convicção de que o Direito Penal é a «solução mágica» para quase todos os problemas, enquanto os populismos de toda a espécie (baseados sempre na demagogia e na manipulação) nele encontram a saída perfeita.

As críticas ao juiz garantista formulam-se a partir desta perspetiva como reivindicação da força e como incompreensão da função do juiz no Estado Constitucional de Direito, a qual não é, em caso algum, a de satisfazer instintos de vingança, mas antes o exercício de um poder-saber baseado no esquema epistemológico e nos valores nos quais aquele [poder-saber] se fundamenta¹⁰.

2. Garantismo como modelo de deslegitimação

Tal como o abolicionismo, o *garantismo* é uma teoria crítica, dado que o seu ponto de partida não é a legitimação, mas antes a deslegitimação do Direito Penal¹¹. No entanto, não o é em igual medida que aquele, já que o garantismo se conforma com um «Direito Penal mínimo» e não advoga pelo seu desaparecimento, ao mesmo tempo que se preocupa com a resposta que deve ser dada aos novos fenómenos de criminalidade¹².

O garantismo penal apresenta-se em primeira linha como um *modelo – hoje irreconhecível na prática – de deslegitimação* (baseado na predileção pelos mais fracos e na desconfiança por todos os poderes) do Direito Penal. Frente ao Direito Penal entendido como a encarnação perfeita do Leviatão do Estado,

8 PRIETO (2011), p. 11.

9 DEMETRIO (2004), p. 114; DEMETRIO (2006), p. 429.

10 PRIETO (2011), pp. 9 e ss.

11 PRIETO (2011), p. 13 («A sua função não é legitimadora, mas antes deslegitimadora do poder à luz de um modelo ético ou normativo que, em poucas palavras, é o modelo dos direitos humanos, logicamente prévios e condicionantes de toda a ordem jurídica. O garantismo rigorosamente positivista, como veremos, não encontra o seu principal adversário na venerável doutrina do direito natural, mas antes nos positivismos éticos que atualmente se multiplicam sob distintas etiquetas e roupagens e que pretendem sempre somar ao dado empírico da positividade a nobre auréola da justiça.» Tradução para português do original em língua espanhola).

12 Crítico, HERNÁNDEZ (2013).

o garantismo postula um exercício do poder punitivo sujeito a limites que têm como objetivo preservar as garantias jurídicas que, na opinião de PRIETO (2011), o são, ao mesmo tempo, da liberdade e da verdade (p. 13). Diferentemente do que tinha vindo a ser feito pelas construções dogmáticas mais diversas, o modelo do garantismo não tem como missão descrever e menos ainda justificar o existente.

De acordo com uma determinada leitura, tratar-se-ia, além disso, de uma *teoria do direito positivista*, cujo principal mérito radicaria em unir os postulados do positivismo jurídico com os princípios da filosofia da Ilustração (PRIETO, 2011, p. 13).

3. Níveis internos de garantismo

3.1. O que é o garantismo?

FERRAJOLI (1995) entende por «garantismo», segundo uma primeira aceção, um *modelo normativo de direito*, caracterizado, no plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência (e maximizar a liberdade) e, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos. Numa segunda aceção, «garantismo» designaria uma *teoria jurídica da validade e da efetividade*, como categorias distintas, não apenas entre si, como também em relação à existência ou vigência das normas. Por último, a terceira aceção de «garantismo» seria uma *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado o encargo de justificação externa, em conformidade com os bens e os interesses cuja tutela e garantia constitui a finalidade de ambos (pp. 851 e ss)¹³. Por seu lado, PRIETO (2011) estima que o garantismo é, em primeiro lugar, uma filosofia política, em segundo, uma filosofia de Direito Penal e, por último, uma teoria e uma prática do Direito (p. 14). Com razão, adverte VIVES (2013) que já em *Derecho y Razón* se podem distinguir dois níveis de discurso: um promovido em defesa das garantias penais e, por outro lado, a formulação, a partir do garantismo penal, de uma teoria geral do garantismo (pp. 284 e ss).

13 Sobre a teoria do Direito de LUIGI FERRAJOLI, *vid.*, entre outras referências, MARCILLA (2009), *passim*; VIVES (2013), pp. 281 e ss.

3.2. Garantismo como filosofia política e garantismo penal como filosofia do Direito Penal

Recapitulando, caberá dizer que um entendimento cabal e completo do garantismo implica reconhecer que este é, em primeiro lugar, uma *filosofia política ou teoria da justiça baseada no paradigma da democracia constitucional*, cujo elemento central é a garantia dos Direitos Fundamentais¹⁴.

Metodologicamente, seguindo a caracterização de PRIETO (2011), poder-lhe-ão ser atribuídas, pelo menos as seguintes notas: *adota um ponto de vista externo e crítico frente ao realmente existente, parte da separação positivista entre direito e moral*, assim como da *concepção contratualista do Estado e das instituições*, *carece de uma justificação própria e autopoietica e aspira a conjugar a máxima autodeterminação das maiorias com a máxima proteção das minorias* (pp. 24 e ss).

A propósito da separação entre direito e moral, ponto de partida clássico do juspositivismo, assinala criticamente VIVES (2013) que a afirmação de FERRAJOLI no sentido de que a separação entre direito e moral é pressuposto necessário de qualquer teoria garantista, tem de ser colocada em questão (p. 300). Em particular, estima VIVES que o positivismo jurídico parte da ideia de que as palavras da lei têm um significado por si mesmas, mas que, na realidade, estas palavras se inscrevem num jogo de linguagem muito complexo no qual o sentido das normas se encontra entrelaçado com as ações que as aplicam ou transgridem e com as razões que as justificam (p. 300). A partir da constatação óbvia, mas, nem por isso, menos certa, de que «o processo de positivação chegou a estabelecer entre o Direito e a Moral uma diferença, não um abismo» (p. 306), este autor chega à conclusão de que a relação entre direito e moral há de ser algo mais que uma pura contingência, dado que pertence à «gramática profunda» da palavra direito (p. 306).

Em particular, «o garantismo penal» é uma *filosofia penal que propugna a minimização da violência estatal* e, portanto, a do próprio Direito Penal (FERRAJOLI, 1995). Deste ponto de vista, é claro que a pena e o Direito Penal representam um mal que não perde, em nenhum momento, um fundo de ilegitimidade (PRIETO, 2011, p. 29), único modo de perceber que, justamente por isso, é preciso justificá-lo com o maior nível de exigência (*justificarlo al máximo*), no caso em que para garantir a convivência se considere necessário ou imprescindível recorrer a uma e a outro.

Neste plano, o garantismo não pretende uma legitimação apriorística do castigo, antes, melhor, «formular uma doutrina ético-política apta a ajuizar a

14 PRIETO (2011), pp. 14 e 21.

eventual legitimidade» a partir da clara diferenciação entre o plano descritivo do ser e o prescritivo ou axiológico do dever ser (PRIETO, 2011, p. 47). Nas palavras de PRIETO (2011), «quando não se tem em conta esta distinção, as filosofias penais convertem-se em ideologias: seja porque atribuem às penas a consecução efectiva do que não são se não fins propostos como desejáveis; seja porque, em sentido inverso, convertem em justificações da pena o que não são propriamente funções empiricamente constatáveis das mesmas» (p. 47).

O garantismo busca a justificação da intervenção penal a partir de dois pressupostos: em primeiro lugar, a partir de alguns fins ético-políticos exteriores ao próprio direito (de modo a que a elevação de uma conduta à categoria de crime não se justifica circularmente com a infração do que resulta proibido, como sustenta o normativismo funcionalista); em segundo lugar, o entendimento da pena como um mal que requer ser justificado.

Tudo o que fica dito se opõe a uma justificação do castigo retribucionista que procura o sentido da pena no castigo em si mesmo e que, como já mencionávamos mais acima, se encontra hoje no seu auge, como resposta à pergunta acerca do *porquê castigar*. E assim será, sem prejuízo de se acolher o aspeto plausível e liberal do retribucionismo como limite ao utilitarismo, de acordo com a garantia *nulla poena sine crimine*, isto é, como resposta acerca de *quando castigar* (PRIETO, 2011, p. 54).

No entanto, em terceiro lugar, e como ponto característico da teoria de pena formulada por FERRAJOLI temos a junção à prevenção dos crimes da mesma importância da prevenção de penas excessivas ou da violência informal que poderia surgir perante a ausência do Direito Penal, contrapondo-se assim ao abolicionismo e reclamando no seu lugar o mínimo de Direito Penal necessário à consecução de ambos os fins.

Isto significa que o prioritário para o garantismo são as garantias entendidas como a lei do mais fraco em cada momento, o que compreende os direitos fundamentais das eventuais vítimas, dos condenados e dos acusados (PRIETO, 2011, p. 61).

3.3. Garantismo como modelo de Ciência do Direito e garantismo penal como modelo de dogmática jurídica

Em segundo lugar, o garantismo é um modelo de ciência do direito e uma dogmática jurídica que «apenas pode prosperar plenamente num certo contexto jurídico-político que conhecemos como constitucionalismo» (PRIETO, 2011, p. 22).

Em particular, FERRAJOLI (1995) adverte em *Derecho y Razón* que o garantismo contribui para formar uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes (p. 852).

E acrescenta, além disso, que uma teoria do garantismo, além de fundamentar a crítica do direito positivo em relação aos seus parâmetros de legitimação externa e interna, constitui-se, por consequência, como uma *crítica das ideologias*, sejam elas políticas ou jurídicas. As primeiras confundiriam, no plano político externo, a justiça com o direito (falácia naturalista) ou o direito com a justiça (falácia positivista), enquanto as segundas confundiriam, no plano interno ou jurídico, a validade com a vigência ou a efetividade com a validade (p. 855).

Se o garantismo penal adota como ponto de partida filosófico-político a necessidade de justificar com o maior nível de exigência (*justificar al máximo*) a pena, o garantismo penal como modelo de dogmática jurídica teria de assumir, do mesmo modo, como propósito, não uma mera descrição ou sistematização dos conceitos legais, antes sim uma função ou vocação, ao mesmo tempo definida pelo que poderíamos chamar de «contraposição deslegitimadora», a partir dos princípios constitucionais que servem de base às garantias.

Pois bem, esta complexa tarefa encontra a sua primeira sede no seio da teoria sobre os fins da pena (nível prévio da filosofia do Direito Penal) e desenvolve-se em etapas sucessivas na dogmática da teoria do crime e na do direito da individualização judicial da pena (nível de aplicação do Direito)¹⁵. Se o primeiro campo resulta decisivo para conferir respostas às grandes perguntas, é no segundo, quando se extraem consequências de maior alcance prático, que estas dependerão, em boa medida, do ponto de partida adotado. O terceiro continua a ser, lamentavelmente, terreno sujeito a uma enorme irracionalidade e desencontro devido, em grande medida, a uma insuficiente aclaração dos seus pressupostos e a uma evidente falta de aprofundamento dogmático.

A superação, por esta via, do que se usou chamar «paleopositivismo» como mero exercício interpretativo asséptico não implica, no entanto, a partir de um ponto de vista garantista, assumir as chaves axiológicas do sistema, antes sim, em primeira linha, a primazia de um ponto de vista externo ou ético-político. Isto significa que se favorece uma atitude crítica face ao direito vigente e a interpretação da lei é tomada, não como pura exegese, mas como «juízo de validade do seu significado à luz dos princípios constitucionais» (PRIETO, 2011, p. 77).

3.4. Garantismo como modelo de Direito vigente

No entanto, o garantismo é também uma *teoria e prática do direito e do direito penal* essencialmente incómodos. Prova disso é a utilização, cada vez

15 Sobre a inter-relação entre fundamentação do Direito Penal e individualização judicial da pena, entre outras referências, KÖHLER (1983); DEMETRIO (1999), pp. 91 e ss; ultimamente, GROSSE-WILDE (2017), pp. 9 e ss.

mais frequente, do termo «hipergarantismo» em alusão aos excessos a que o garantismo poderia conduzir quando se insista na defesa consequente dos seus postulados.

Um sistema de Direito garantista é aquele que não se limita a proclamar direitos, mas antes que estabelece os mecanismos necessários para os proteger, a partir de uma Constituição em sentido forte, vinculante, inclusivamente, para o legislador, que se vê limitado também pelos princípios que aquela contém¹⁶. O garantismo, neste sentido, é um esquema gradual ou que se alcança em maior ou menor medida, como o é a própria *constitucionalização do ordenamento jurídico*¹⁷.

PRIETO (2011) adverte que existe uma implicação lógica entre garantias primárias e secundárias (por ex., a proibição do homicídio como garantia do direito à vida e a obrigação de sancionar os atos ilícitos que atentam contra a vida como garantia secundária) com os direitos, embora não empírica, no sentido de que «os direitos constitucionais têm uma existência prévia às garantias» e «os direitos não garantidos ou mal garantidos não deixam de ser direitos» (p. 45).

Assume aqui relevância a distinção entre *abstrakte Geltung* y *konkrete Geltung* referida ao próprio Estado de Direito que foi esgrimida por JAKOBS no contexto do chamado «Direito penal do inimigo» – a que mais à frente nos referiremos – e que teria um sentido (supostamente) de descrever a sua existência. No entanto, aquilo a que aqui nos referimos é a algo de substancialmente diferente, que tem que ver com a vigência real dos direitos quando se aplicam as garantias e não a sua vigência quando não se aplicam ou se aplicam de modo insuficiente.

16 Em sentido crítico, tanto em relação ao conceito de garantismo em FERRAJOLI (devido à sua ambiguidade), como em relação à sua capacidade verdadeiramente limitadora, *vid.* PAREDES (2017), «Dos notas sobre garantismo y garantías en Derecho penal: (1) garantismo y (2) garantías», *in* <http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2017/07/dos-notas-sobre-garantismo-y-garantias.html>. Sendo razoáveis algumas das considerações que expõe este autor em relação a possíveis debilidades do garantismo, as quais devem ser tidas em particular conta, a conclusão no sentido de que a teoria garantista se veria convertida em mera retórica perante quem não aceite as suas premissas, creio que poderá afirmar-se em relação a qualquer conceção. Tem razão o autor quando afirma que o recurso aos princípios e os limites necessários para submeter a crítica o direito e a sua aplicação têm sentido quando toma como base uma teoria moral e política suficientemente desenvolvida de justificação das leis penais, no entanto, isto remete a discussão para a questão mais vasta da sua contraposição com uma teoria alternativa e as vantagens desta sobre aquela (cf. Paredes, 2013). Por outro lado, na minha opinião, o garantismo trata de garantias de um ponto de vista sistemático, de modo que, falar de garantismo é, ao mesmo tempo, falar de garantias dos direitos e, nesse caso, da sua não existência ou presença insuficiente. Por isso, não resulta convincente contrapor ambos os aspetos, salvo para colocar em relevo que seria melhor concentrar os esforços neste último, tratando-se de caminho com o qual coincido plenamente.

17 Desenvolvimento posterior em DEMETRIO (2013).

II. Crise do modelo garantista do Direito Penal

1. BECCARIA, garantismo e constitucionalismo

É imprescindível assinalar que a construção da Ciência penal tal como hoje a entendemos se inicia com o pensamento da Ilustração, significativamente com a famosa obra de BECCARIA (1738-1794) *Dos delitos e das penas*¹⁸ aparecida de forma anónima em 1764, cujo 250.º aniversário celebrámos em 2014.

A atualidade radical do seu pensamento foi acentuada com acerto por FER-RAJOLI (2014), o qual lhe atribuiu mesmo um caráter revolucionário, considerando os postulados manifestados no livro mencionado um baluarte, não apenas do liberalismo penal, mas também do constitucionalismo democrático e garantista num sentido tríplice: a configuração do Direito Penal como um sistema de garantias; a consolidação do pensamento jurídico constituinte e o seu caráter militante frente à crise do garantismo tão patente na atualidade (pp. 51 e ss). Trataremos de analisar a importância de cada uma destas dimensões.

A *configuração do direito penal como um sistema de garantias* foi enunciada de maneira clara por BECCARIA (2017) no teorema geral enunciado no final do seu livro segundo o qual «*para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis*» (p. 163¹⁹). O *fundamento filosófico-jurídico do seu pensamento em torno da legitimação da pena*, todas as vezes que esta se pode afirmar a partir do critério da absoluta necessidade, apoiar-se-ia, por um lado, no postulado contratualista de caráter utilitarista da «máxima felicidade dividida entre o maior número» (o que o converteria num precursor de BENTHAM) e, por outro, no postulado categórico segundo o qual «não há liberdade quando as leis permitem, debaixo de algumas circunstâncias, que o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa» (o que o converteria num precursor de KANT). Diz BECCARIA (2017): «*Foi, portanto, a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da própria liberdade: é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela apenas que baste*

18 Título da versão traduzida para língua portuguesa do original em italiano de CESARE BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, a partir da versão publicada em 1766, na edição de Harlem, Livorno, tradução de José de Faria Costa, revisão de Primola Vingiano, ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, Lisboa, 2017. Citações e indicações de página em texto resultam desta versão traduzida para língua portuguesa.

19 Na versão traduzida para língua espanhola citada pelo autor, p. 87.

para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o direito de punir: tudo o mais é abuso e não justiça; é facto, não é já direito» (p. 65²⁰).

A estes dois elementos-chave caberá acrescentar o seu pronunciamento contra a pena de morte: «Que direito podem homens atribuir-se de trucidarem os seus semelhantes? Não certamente aquele de que resultam a soberania e as leis. [...] Não é, pois, a pena de morte um *direito*, tal como acabo de demonstrá-lo, mas é uma guerra da nação com um cidadão, porque julga necessária ou útil a destruição do seu ser. Mas se eu demonstrar que a morte não é nem útil nem necessária, terei ganho a causa da humanidade» (p. 118²¹). As mesmas reflexões têm hoje cabimento em relação à pena perpétua, introduzida, como é sabido, sob o nome «prisão permanente suscetível de revisão (*prisión permanente revisable*)», no ano de 2015, no CP espanhol²².

Este modelo de Direito Penal pode ser identificado com o *modelo de Direito Penal do Estado de Direito*. Por tal entende FERRAJOLI (1995) um tipo de ordenamento no qual o poder público e especificamente o penal, está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e no plano processual (ou das formas processualmente vinculativas). Como explica este autor, «a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial, não apenas nas condições de validade das normas, mas ainda também na natureza da democracia, para a qual representa um limite, do mesmo modo que a complementa» (p. 104).

O garantismo penal, assim entendido, significa, portanto, de maneira clara, contemplar e abordar o direito penal necessariamente a partir dos seus limites, isto é, a partir dos Direitos Fundamentais positivados nas Constituições e os Direitos Humanos consagrados nos diferentes acordos e tratados internacionais sobre os mesmos, o que coloca não poucos problemas de hermenêutica constitucional-penal, em grande parte, todavia, por se desenvolver no contexto do chamado *global law*, no qual surge o problema de diferentes níveis de proteção²³. FERRAJOLI (2014) falou, neste contexto, do papel crítico, prospetivo e construtivo do *paradigma do poder limitado* como configurador do desenvolvimento histórico do Estado de Direito (pp. 57 e ss).

É assim que chegamos à *dimensão filosófico-jurídica e política militante* que FERRAJOLI atribuía ao pensamento de BECCARIA em face da notória e evidente crise do garantismo no momento atual. Esta manifesta-se, não apenas no Direito Penal interno dos diferentes ordenamentos jurídicos, mas também nos

20 *Idem*, p. 73.

21 *Idem*, p. 56.

22 *Vid.*, entre outras referências, ACALE (2016); ARROYO *et al.* (Ed.) (2016).

23 *Vid.*, por todos, GLENN (2013) e SOMEK (2014).

processos de regionalização e internalização, como é o caso do Direito Penal europeu e internacional. No primeiro, continua a ser certa a notória mistificação dos princípios a que se referiu, há algum tempo, SILVA (2004), segundo o qual, em princípio conservam-se, mas, na realidade, ignoram-se devido a uma pretensão eminentemente punitivista (p. 124). No segundo, PASTOR (2006) falou da incompatibilidade da declaração do preâmbulo do Estatuto de Roma de evitar a impunidade, com o garantismo, assim como de um certo descrédito resultante do discurso punitivista dos Direitos Humanos (p. 179). Vejamo-lo com algum detalhe à luz do processo de crise e desconstrução que sofreu o modelo garantista anteriormente descrito.

2. Da expansão ao paroxismo penal

As propostas tendentes à redução do sistema penal caracterizavam-se pela aceitação da existência deste último e pela busca de alternativas «realistas» à configuração atual, com um espírito humanista. Além da descriminalização de determinados comportamentos, tais propostas respeitaram, basicamente, à busca e implementação de alternativas à pena privativa de liberdade e à reparação da vítima como técnica alternativa para a solução de conflitos. No entanto, o espírito humanista que subjazia a ambas, há muito tempo que foi «deturpado» e reduzido ao absurdo. No primeiro caso, pelo recrudescimento punitivo, no segundo, pela «utilização» das vítimas para reivindicar o programa político-criminal maximalista subjacente (como se o Direito Penal pudesse, com a pena, restaurar a «justiça material»)²⁴. A divergência entre tais abordagens e a realidade é tão contundente que se tornou possível falar inclusivamente da *insustentável situação do Direito Penal*²⁵.

Tanto é assim, que se afirma ser a expressão «Direito Penal mínimo» já considerada um tópico desprovido de conteúdo concreto. Contra este modelo, erige-se na atualidade um fenómeno de «expansão» do âmbito do punível em clara contradição com a pretensão de reduzir o Direito Penal a um núcleo duro, correspondente, na sua essência, ao denominado «Direito Penal clássico», como havia propugnado a chamada «Escola de Frankfurt»²⁶.

Esta expansão é consequência do nascimento do «novo» Direito Penal, chamado por alguns «Direito Penal acessório», dirigido a proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial.

24 Com mais detalhe em DEMETRIO (2004).

25 Vid.: AA.VV. (2000).

26 Vid.: ARROYO *et al.* (Coord.), 2003.

Esta sociedade, a partir da perspectiva do Direito Penal do risco, caracteriza-se por várias peculiaridades, entre as quais se destacam o extraordinário incremento das interconexões causais e a substituição dos contextos de ação individuais por contextos de ação coletivos, no seio dos quais o contacto interpessoal é substituído por uma forma de comportamentos anónima e estandardizada²⁷. O fenómeno da expansão/modernização do direito penal pode caracterizar-se por três grandes notas que contribuem para uma perda da sua configuração garantista: a administrativização, a globalização e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal²⁸.

Esta modernização trouxe consigo elaborações como a do chamado «Direito Penal do inimigo»²⁹ – que pretende despojar da categoria de cidadãos determinados sujeitos que devem ser tratados como meras «fontes de perigo». Trata-se de uma teoria que não surge por acaso, pois que é o resultado da adoção de uma metodologia funcionalista de recorte sociológico, levada às últimas consequências³⁰.

O «Direito Penal do inimigo» tem sido caracterizado, entre outras notas, por uma ampla antecipação da tutela penal, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospetiva, por um incremento notável nas penas e pelo relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais. O principal teórico do conceito, JAKOBS, explica-o sublinhando que o Direito Penal conhece dois polos ou tendências das suas relações: a *relação com o cidadão*, no seio da qual se espera até que este exteriorize o seu facto para reagir com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; e, no outro polo, a *relação com o inimigo* que é intercetado de imediato no estádio prévio àquela exteriorização e que é combatido pela sua perigosidade³¹.

Na sua opinião, nenhum contexto normativo, incluindo como tal a pessoa no Direito, existe por si mesmo, mas antes, apenas se torna real quando determina a traços gerais a sociedade. Esta tese leva-o a defender que quem não aceita assumir uma certeza cognitiva suficiente (*quien no presta una seguridad cognitiva suficiente*) de um comportamento pessoal, não pode ser tratado como pessoa, pois, a sê-lo, vulnerabilizar-se-ia o direito à segurança das demais pessoas. Pelo que, assim entende, seria, portanto, completamente erróneo demonizar o chamado «Direito penal do inimigo», pois, deste modo, não se alcança

27 SCHÜNEMANN (1996), pp. 30-31.

28 Cf., por todos, GRACIA (2003), SILVA (2011), PORTILLA (2007).

29 Cf., entre outras referências, JAKOBS & CANCIO (2003); CANCIO & GÓMEZ JARA (Coord.) (2006), HEINRICH (2009), POLAINO-ORTS (2009).

30 De modo mais detalhado em DEMETRIO (2006).

31 JAKOBS (2003), pp. 42-43.

uma solução para o problema dos indivíduos que não permitem a sua inclusão numa constituição de cidadãos (*constitución ciudadana*).

O impacto que o fenómeno brevemente descrito tem para o Estado de Direito materializa-se, na opinião de ZAFFARONI (2009), em exceções aos Direitos Humanos de primeira geração que se movem em três direções: poderes excepcionais das polícias, a construção de tipos penais nebulosos e a redução das garantias processuais (p. 370).

Algumas das teorias mais severas à teoria sustentada por JAKOBS foram vertidas nessa altura por BARATTA (1984, pp. 533 e ss), acusando-a de ser conservadora, tecnocrática e inclusivamente autoritária, de favorecer a expansão do Direito Penal e de promover a reprodução ideológica e material das relações sociais existentes, acolhendo o pior da teoria dos sistemas de LUHMANN. De qualquer modo, a partir da Filosofia do Direito, foi colocada em dúvida, não apenas a fidelidade com que as teses de LUHMANN são acolhidas na Ciência do Direito Penal, como ainda, além disso, nega-se que as propostas funcionalistas de prevenção geral positiva identificadas como sistémicas o sejam realmente a partir da viragem autopoietica que adota a teoria de LUHMANN a partir dos anos oitenta (PRIETO, 2000, 267; GARCÍA, 2000, 288).

O problema colocou-se-me noutro trabalho³², pelo que apenas farei referência ao modo como se chega por esta via à crítica relativa às questões de legitimidade do sistema normativo.

JAKOBS não desconhece este aspeto, se bem que o evita no sentido de que para uma teoria funcionalista as questões de legitimação não podem resolver-se no plano interno do Direito Penal. Neste sentido, se pronunciou também MÜSSIG (1994, 137 e ss), ao advertir que as questões relativas aos critérios de legitimação material das normas extravasariam o espaço formal da prevenção geral positiva, remetendo para a análise dos critérios materiais de identidade de uma sociedade determinada.

Contudo, o maior excesso em que incorreu esta corrente de pensamento consistiu na «*normativização do conceito de pessoa*», que permitiu a JAKOBS distinguir entre um direito penal baseado em ações das pessoas e outro em ações de «não pessoas» ou «direito penal do inimigo»³³. A normativização do conceito de pessoa significa em JAKOBS (1996) que, «do ponto de vista da sociedade, não são as pessoas que fundamentam a comunicação pessoal a partir de si mesmas, mas antes que é a comunicação pessoal que passa a definir os indivíduos como pessoas» (p. 81).

32 DEMETRIO (2010), pp. 13 e ss.

33 Entre outras referências sobre o alcance, cf. PORTILLA (2005), DEMETRIO (2016).

Não é este momento de abordar com detalhe todas as perspectivas de discussão a que se prestou este lamentável conceito, mas importa sublinhar vários aspetos.

Em primeiro lugar, a íntima vinculação e desenvolvimento que nos leva da prevenção geral positiva sistémica ao direito penal do inimigo, mediante a normatização (abstração) do conceito de pessoa. Por este motivo, não posso estar de acordo com a crítica formulada por VIVES (2013) sobre o alcance da crítica de FERRAJOLI a JAKOBS, já que a prevenção geral positiva em JAKOBS não é simplesmente «um efeito inseparável de todo o sistema penal bem calculado», mas antes a própria razão de ser do Direito Penal. Em segundo lugar, também é conveniente destacar que a discussão sobre o caráter descritivo ou prescritivo da fórmula do chamado «direito penal do inimigo» implica, por sua vez, uma questão relativa à teoria do direito. De novo, FERRAJOLI (2006) interveio na discussão para acentuar que, em virtude da falácia realista imperante na cultura jurídica de recorte hegeliano, segundo a qual «o que é real é racional», se passa por cima da distinção metalinguística entre o «descritivo» e o «normativo», inexistente entre a cultura jurídica e a política funcionalista (p. 17). Como, com acerto, insistiu este autor, apresenta-se, por esta via, como legítimo um conceito que, na realidade, representa uma contradição nos termos ou a negação mesma do Direito Penal, dado que a figura do inimigo pertence, na realidade, à lógica da guerra que é, na sua essência, a negação do direito (FERRAJOLI, 2006, p. 16). Em terceiro lugar, por mais óbvio que o que se vai afirmar o seja, não há nada mais oposto ao paradigma garantista que a «exceção permanente», na realidade, que qualquer exceção, posto que «nem as garantias jurídicas são divisíveis, nem o Direito Penal conhece duas classes de destinatários» (PRIETO, 2011, p. 95).

III. Em modo de conclusão

Depois do que fica dito é fácil dar-se conta de que, se as garantias podem considerar-se a expressão de um modelo normativo, mas também de um modelo epistemológico (PRIETO, 2011, p. 83), em tempos recentes assistimos à crise e, de certo modo, à «desconstrução» do dito paradigma. Na realidade, falar de desconstrução do modelo garantista é já um contrassenso em si mesmo, dado que o garantismo é, como tal, um ideal inacabado com vista ao qual se avança ou a partir do qual se retrocede. Mas, por desconstrução, se entende aqui a demolição progressiva e «por peças» (é, por isso, melhor uma «fragmentação») daquelas partes do modelo que, como se viu, haviam sido, em certa medida, postas em marcha pelo sistema penal.

Não se pretende aqui oferecer uma visão catastrofista. O sistema penal trata de salvaguardar as garantias dos Direitos Fundamentais, mas, em geral, move-se numa direção contrária à propugnada pelo garantismo. Isto pode afirmar-se, tanto no plano da filosofia jurídico-penal, onde ganham terreno e onde inclusivamente se poderia dizer que proliferam novas visões retribucionistas que reivindicam a justiça material acima de qualquer outra visão da pena, como no plano da elaboração de uma dogmática jurídico-penal que se vê profundamente desprezado e que se converte numa ferramenta funcional colocada ao serviço de finalidades puramente práticas.

Falo de mudança de paradigma por fragmentação, porque se procede de maneira progressiva, que decorre de modo paralelo à própria transformação da realidade e abre múltiplas frentes de cada vez. De modo que resulta muito difícil levar a cabo uma análise global.

Como consequência, também no plano científico se perdem de vista com frequência os avanços produzidos e se abandonam da noite para o dia conquistas elaboradas ao longo de muito tempo (como por exemplo o princípio da personalidade das penas ou o conceito de culpabilidade pelo facto).

Poderia discutir fundado em exemplos concretos, como o da inconstitucionalidade da já citada prisão permanente suscetível de revisão (*prisión permanente revisable*): mas aqui se adverte que apenas uma análise não fragmentada dos princípios constitucionais, entendendo, por isso, uma análise que não perca de vista uma conexão entre eles e o seu sentido programático, permite alcançar, na minha modesta opinião, conclusões adequadas.

Ora bem, o facto de que, de modo paralelo à transformação da realidade, se esteja a produzir uma *mudança de modelo epistemológico* não quer dizer, em absoluto, que haja um modelo alternativo. Se aquilo a que assistimos não é a uma mudança no sentido estrito do modelo garantista por um outro, mas antes à sua desconstrução mediante o aprofundamento da crise em que se encontra no seio de uma crise que lhe é prévia, talvez fosse mais conveniente falar da «metamorfose do Direito Penal».

Parafraseando BECK (2017) no seu livro póstumo *A Metamorfose do Mundo*³⁴, os êxitos que acontecem diante de nós, próprios da sociedade moderna, já não se tornam compreensíveis mediante termos como «evolução», «revolução» ou «transformação», porque não vivemos apenas num mundo que se encontra apenas a mudar, mas antes no meio de uma metamorfose (p. 17³⁵).

34 Título da versão traduzida para língua portuguesa do original em língua inglesa de ULRICH BECK, 2016, *The Metamorphosis of the World*, Polity Press Ltd., Cambridge, tradução de Pedro Elói Duarte, revisão de Teresa Antunes, Edições 70, Lisboa, 2017.

35 *Idem* na versão traduzida para língua espanhola citada pelo autor.

IV. Bibliografía

- AA. VV., 2000, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada.
- ACALE, María, 2016, *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid.
- ARROYO, Luis A. et al. (Coord.), 2003, *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- ARROYO, Luis A. et al. (Ed.), 2016, *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- ARROYO, Luis et al. (Ed.), 2016, *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- BARATTA, Alessandro, 1984, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, n.º 24, pp. 533-552.
- BECCARIA, Cesare, 2015, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20199>).
- BECK, Ulrich, 2017, *La metamorfosis del mundo*, Paidós, Barcelona.
- BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip, 2015, *No sólo su merecido*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- CANCIO, Manuel & GÓMEZ-JARA (Coord.), 2006, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. I y II), Edisofer & BdeF, Madrid et al.
- DEMETRIO, Eduardo, 1999, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1.ª ed, prólogos de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca (2.ª ed., 2017, BdeF, Montevideo-Buenos Aires).
- DEMETRIO, Eduardo, 2004, «Del Derecho Penal liberal al Derecho penal del enemigo», in *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2.ª Época), n.º 14, UNED, Madrid, pp. 87-115.
- DEMETRIO, Eduardo, 2006, «El derecho penal del enemigo *darf nicht sein*. Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad», in M. Cancio Meliá & C. Gómez-Jara Díez (Ed.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, BdeF & Edisofer, Buenos Aires et al., pp. 473-509.
- DEMETRIO, Eduardo, 2010, «Crítica al funcionalismo normativista», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 3, 2010, pp. 13-26.
- DEMETRIO, Eduardo, 2013, «Constitución y sanción penal», in *Libertas*, n.º 1, pp. 57-110.

- DEMETRIO, Eduardo, 2016, «Derecho penal del enemigo y teoría del derecho», in G. Portilla Contreras / A. I. Pérez (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político-criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 35-45.
- DUFF, Antony, 2015, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- FEIJOO, Bernardo, 2007, *Retribución y prevención general*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 1999, *La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, 2006, «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *NFP*, n.º 69, pp. 13-31.
- FERRAJOLI, Luigi, 2011, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la Democracia. Tomos I y II*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2014, «La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria», *Jueces para la Democracia*, n.º 79, pp. 51-63.
- GARCÍA, Juan Antonio, 2000, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, n.º 23, pp. 233-264.
- GLENN, Patrick, 2013, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press.
- GRACIA, Luis, 2003, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GROSSE-WILDE, Thomas, 2017, Thomas, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- HEINRICH, Bernd, 2009, «Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein "Feindstrafrecht"», *ZStW* (121) Heft 1, pp. 94-130.
- HERNÁNDEZ, Héctor H., 2013, *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Madrid et al.
- JAKOBS, Günther & CANCIO, Manuel, 2003, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther, 1996, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther, 2003, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», in G. Jakobs & M. Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, pp. 19-56.
- KÖHLER, Michael, 1983, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erortert am_Problem der Generalpravention)*, R.v.Decker's & C. F. Müller, Heidelberg.

- LLOBET, Javier E., 2005, *Cesare Beccaria y el Derecho penal de hoy*, 2.^a ed., Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica.
- LLOBET, Javier E., 2013, «La actualidad del pensamiento de Beccaria», in F. Velásquez Velásquez et al. (Coord.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, Ibáñez et al., pp. 255-270.
- MARCILLA, Gema (ed.), 2009, *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MATUS, Jean Pierre (Dir.), 2011, *Beccaria 250 años después*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- MÜSSIG, Bernd, 1994, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main: Lang.
- PARADES, José Manuel, 2013, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PARADES, José Manuel, 2017, «Dos notas sobre garantismo y garantías en Derecho penal: (1) garantismo», in <http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2017/07/dos-notas-sobre-garantismo-y-garantias.html>
- PASTOR, Daniel R., 2006, *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona.
- POLAINO-ORTS, Miguel, 2009, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima.
- PORTILLA, Guillermo, 2005, «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal», *RGDP*, n.º 4, pp. 1-27.
- PORTILLA, Guillermo, 2007, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PRIETO, Evaristo, 2000, «Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal», in *Doxa*, n.º 23, pp. 265-288.
- PRIETO, Luis, 2011, *Garantismo y Derecho penal*, Iustel, Madrid
- SCHÜNEMANN, Bernd, 1996, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- SILVA, Jesús M.^a, 2004, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, n.º 13, pp. 138-150.
- SILVA, Jesús M.^a, 2011, *La expansión del Derecho penal*, 3.^a ed., Edisofer-BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- SOMEK, Alexander, 2014, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- VIVES, Tomás S., 2013, «Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho», *teoría & derecho*, n.º 13, pp. 281-327.

- WALTER, Tonio, 2016, *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, Baden-Baden.
- WHITE, Mark D. (Ed.), 2011, *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, Oxford University Press.
- ZAFFARONI, Eugenio R., 1989, «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal mundial», ADPCP (42), pp. 521-552.
- ZAFFARONI, Eugenio R., 2009, «El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento», in J. R. Serrano-Piedecabras & E. Demetrio Crespo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, pp. 359-378.

Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Assessor do Conselho de Administração da CMVM
Investigador do CEDIS (Nova Direito)

SUMÁRIO

Introdução

1. Fragmentação da arquitetura legislativa e resistência à codificação
2. Novas realidades e âmbito da tipicidade: interpretação atualista dos tipos antigos ou criação de novos tipos incriminadores?
3. Tradição e inovação no conteúdo das estruturas de imputação
4. Mitos, ilusões e efeitos das soluções norte-americanas nos sistemas penais da Europa continental
5. Sistemas de *compliance*, auditorias e investigação criminal
6. Riscos e desafios: a evolução do sistema entre a adaptação e o colapso

Introdução

Um pouco por todo o mundo – e também entre nós – assistimos, nas últimas três décadas, a mudanças extraordinárias em quase todos os setores económicos. Essas mudanças tiveram origem em três revoluções autónomas mas que se articularam entre si, gerando dinâmicas intensas de inovação e (em alguns casos) de progresso: informática, telecomunicações e globalização dos mercados. As primeiras alimentaram a última, pois as novas tecnologias revelaram-se essenciais para o desenvolvimento de formas diversificadas de expansão económica e financeira transnacional. As alterações foram muito significativas e, num curto espaço de tempo, levaram à criação de novas realidades, novos espaços de atuação, novos agentes económicos (e jurídicos) e novas formas de atuar e de interagir. E novos problemas.

Todas estas realidades foram entrando nos sistemas jurídicos estaduais, em regra preparados para regular e valorar factos ocorridos noutros contextos sociais, geográficos e económicos. Mas não foi possível ignorar os novos fenómenos, sob pena de se criarem sucessivos espaços livres de direito por simples contemplação do avanço tecnológico. Um risco, aliás, que não foi completamente eliminado.

Os ordenamentos jurídicos nacionais têm reagido de forma diferente aos novos problemas, podendo identificar-se não soluções uniformes, mas antes tendências de resposta. Em alguns casos, por via de respostas legislativas e noutros por via da jurisprudência dos tribunais superiores, que densificam soluções e traçam novos limites, como sintetiza de forma impressionante Manuel da Costa Andrade¹. 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. Essas tendências incorporam, muitas vezes por simples acumulação acrítica, soluções diferentes, com origem em culturas jurídicas distintas, nem sempre harmonizáveis entre si. Noutros casos, os Estados têm simplesmente aplicado os regimes jurídicos já existentes (administrativos, civis, penais), alargando e testando os seus limites. Neste caso, incriminações antigas (v.g., burla, abuso de confiança, infidelidade, falsificação) ganham nova vida e novos espaços de vigência.

O presente estudo versa sobre algumas tendências, problemas e mutações, mais ou menos visíveis, que têm ocorrido no sistema jurídico nacional no domínio do direito sancionatório económico e que surgem, em boa medida, associadas às consequências dos fenómenos referidos. Uma parte do Direito

1 Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE (2009), pp. 15 a 24, designadamente.

Penal do futuro próximo já foi traçada com as mutações que têm ocorrido no sistema penal económico dos últimos anos². Resta identificá-lo, percebê-lo e sujeitá-lo à crítica da dogmática jurídica, para que os caminhos apontados sejam consistentes, duradouros e congruentes com os valores do sistema penal do Estado de Direito.

Dedico este estudo ao Senhor Doutor Manuel da Costa Andrade que, de forma profunda, culta e inovadora, tem iluminado com a sua palavra e saber tantas áreas das Ciências Criminais, incluindo o Direito Penal económico.

1. Fragmentação da arquitetura legislativa e resistência à codificação

Um aspeto importante – e, em certo sentido, menos visível – refere-se às mutações que se têm verificado na arquitetura do sistema legal. A este propósito podem ser considerados dois aspetos distintos, embora relacionados entre si: a organização do sistema de fontes e o processo de formação dos tipos penais. Os dois fenómenos legislativos têm, aliás, uma raiz comum na dispersão e multiplicação de fontes do sistema sancionatório, particularmente intensas nos setores económico e financeiro³.

1. O Direito Penal económico sempre foi, pela sua origem e natureza, um ramo disperso e fragmentado do sistema penal, pois não só partilha a fragmentariedade típica da intervenção penal (só tutela alguns bens jurídicos, perante algumas formas de agressão tipicamente descritas), como a mesma é intensificada por contemplar factos previstos em setores muito heterogéneos do sistema jurídico que possuem diferentes quadros legislativos. Entre nós, os crimes económicos não estão organizados e reunidos num único diploma (contrariamente ao que acontece em Espanha, por exemplo)⁴, mas sim dispersos por várias leis setoriais. Apesar de a tradição jurídica portuguesa contar desde a década de 50 (do século xx) com diplomas específicos de Direito Penal eco-

2 Para uma análise dos desafios e problemas que a expansão do Direito Penal especial (incluindo o Direito Penal económico) tem suscitado ao sistema penal fundado nos princípios da intervenção mínima, da legalidade e da culpa, MARIA FERNANDA PALMA (2012), pp. 11 e ss.

3 Sobre este fenómeno da dispersão do sistema de fontes no sistema financeiro, PAULO CÂMARA (2011), pp. 57 e ss, e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2016), pp. 141 e ss, e 217 e ss, sublinhando a fragmentação e a pulverização legislativa neste setor. Na perspetiva penal, TIEDEMANN (2014), pp. 39 e ss, e 58 e ss.

4 Em MASSIMO DONINI (2003), pp. 25 e ss, encontram-se análises profundas sobre vários modelos de organização da intervenção penal no domínio do chamado «Direito Penal complementar».

nómico⁵, a par do Código Penal, o sistema sempre foi completado com vários elencos de crimes económicos autónomos⁶.

A fragmentariedade é acentuada pelo facto de os diplomas centrais na história do Direito Penal económico não constituírem nem codificações nem leis-quadro. A sua função disciplinadora da expansão da intervenção penal é limitada. Também por isso, a legislação especial foi crescendo e adotando soluções autónomas em relação aos diplomas mais gerais, que acabam por ter apenas uma vocação residual enquanto direito subsidiário.

As dinâmicas de desenvolvimento dos regimes legais nos vários setores económicos são igualmente distintas. Assim, por exemplo, o modelo de tutela penal dos direitos de exclusividade no domínio da propriedade industrial é mais estável do que o sistema sancionatório do domínio tributário, pois este – ao contrário daquele – sofre influências e ajustamentos anuais em função dos ciclos económicos, das dúvidas associadas à sua intensa aplicação administrativa e judicial e das opções políticas predominantes. De igual modo, enquanto o Direito Penal tributário tem matrizes de desenvolvimento muito marcadas por opções nacionais, a intervenção penal no sistema financeiro sofre mais vicissitudes determinadas por fontes europeias, com influência muito significativa na construção da tipicidade e nas sanções cominadas.

Em si mesma, esta fragmentariedade não constitui um problema, estando na matriz genética da Parte Especial do Direito Penal. Mas a heterogeneidade de regimes jurídicos da Parte Geral sobre a mesma realidade (por exemplo, os critérios de imputação do facto ao ente coletivo) é desaconselhável, pela incerteza que gera e pela diversidade de soluções que produz sobre aspetos fundamentais das estruturas de imputação e do processo.

O problema é em alguns setores agravado pelo facto de a legislação penal nacional ter passado a estar articulada com fontes europeias que (de uma forma cada vez mais intensa) delimitam os temas, criam deveres de atuação, descrevem a matéria de algumas proibições penais, estabelecem sanções penais mínimas (inclusivamente, em alguns casos, com coimas cominadas diretamente, como acontece com o novo Regulamento de proteção de dados)⁷ e uniformizam poderes de autoridades administrativas e judiciárias⁸.

5 Cf. Dec.-Lei 41.204, de 24-07-1957 e, depois, o Dec.-Lei 28/84, de 20 de janeiro.

6 Referências pormenorizadas sobre a evolução legal do Direito Penal económico entre nós encontram-se em EDUARDO CORREIA (1977), pp. 293 e ss e nota 2; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE (1977), pp. 323 e ss; MANUEL DA COSTA ANDRADE (1985), pp. 387 e s e nota 1; JOSÉ DE FARIA COSTA (2003), pp. 71 e ss.

7 Cf. Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

8 Sobre as tendências de evolução do Direito Penal na Europa, acentuando aspetos diversos, ANABELA MIRANDA RODRIGUES (2008), pp. 83 e ss, 285 e ss, e 391 e ss; SERGIO ROMEO MALANDA (2012), pp. 313 e ss; HELMUT SATZGER (2012), pp. 43 e ss; TIEDEMANN (2014), pp. 39 e ss.

A integração de uma lei penal nacional num sistema de fontes em rede cria novos elementos relevantes para a delimitação dos tipos penais, designadamente através de sistemas de reenvio ou de conexão material obrigatória. Nestes casos, a legislação penal nacional deixa de ser autorreferente e passa a estar integrada (formal e informalmente) num sistema em rede muito mais vasto que inclui elementos heterogéneos não nacionais. Quando tal acontece (como se passa por exemplo nos domínios da banca, mercados de valores mobiliários, atividade seguradora, concorrência ou dados pessoais) o sistema torna-se mais vasto e complexo, com elementos de origem e natureza diferente a interferir diretamente nas leis penais nacionais. A hierarquia das fontes mantêm-se mas desfaz-se a perceção hierárquica do sistema baseada numa pirâmide de normas, prevalecendo antes um modelo disperso de fontes (com nível hierárquico distinto e alguma desorganização associada à sua criação e vigência) que assumem pretensões de reconfigurar soluções por via da sua invocação pelos sujeitos processuais⁹. No mínimo, a ordem linear das fontes é perturbada pela diversidade de elementos que contribuem para a delimitação do direito vigente. A complexidade do sistema aumenta exponencialmente por incorporação destes elementos na atividade judiciária e a reserva de lei formal, constitucionalmente atribuída ao Parlamento [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da Constituição], é nestes casos ultrapassada pelo desenvolvimento do sistema penal em rede, com fontes europeias que configuram (direta e indiretamente) não apenas as sanções, mas os próprios tipos infracionais e a matéria da proibição.

2. Os fenómenos descritos interferem com a tipificação dos ilícitos criminais (e dos ilícitos de mera ordenação social).

Na sua versão habitual e mais simples, no direito penal de justiça a tipicidade traça a imagem orientadora do facto criminalmente proibido e comina legalmente a sanção para a sua prática. O material refletido na tipicidade corresponde a um facto social e legalmente desvalioso em relação ao qual a pena legal se revela o meio adequado, necessário e proporcional para evitar a lesão do interesse a proteger. A perceção social do seu desvalor não carece em regra de mediadores jurídicos, sendo apreensível em função da autoevidência do desvalor do facto e das estruturas sociais interiorizadas pelos agentes na vida social. É esse facto social, depois juridicamente enquadrado e organizado com as estruturas teóricas de imputação, que constitui a fonte básica da tipicidade penal¹⁰. A sua configuração e o interesse que se visa tutelar permitem identi-

9 Desenvolvidos em ANABELA MIRANDA RODRIGUES (2008), pp. 347 e ss.

10 Sobre as formas de perspetivar e estabelecer a conexão do tipo (de ilícito) com a realidade, AUGUSTO SILVA DIAS (2008), pp. 392 e ss, e 826 e ss. Para a compreensão hermenêutica da relação entre o tipo e os seus elementos, MANUEL DA COSTA ANDRADE (1991), pp. 245 e ss.

ficar social e juridicamente a norma de conduta imanente ao tipo e debater a legitimação material da opção (quer da norma de conduta, quer da norma de sanção)¹¹.

Os referentes para a construção da tipicidade dos ilícitos no domínio económico são mais complexos do que estes, por várias razões: por um lado, a identificação do facto que se pretende proibir não se concretiza a partir da observação da vida em sociedade, mas antes do conhecimento de circuitos específicos de relacionamento entre agentes económicos com diferentes papéis e atividades heterogéneas; por outro lado, não está em causa identificar apenas um facto social, mas sim uma realidade mais complexa, num circuito específico, em regra disciplinado por um regime jurídico preexistente à intervenção penal. Significa isto que identificar e modelar tipicamente o facto proibido corresponde a um processo mais exigente (desde logo) para o legislador penal nos circuitos económicos. Nunca se trata de identificar um facto social e empírico notoriamente desvalioso, mas sim de selecionar criteriosamente um facto normativizado pela regulação legal anterior à intervenção penal¹². O desvalor do facto tem, por isso mesmo, de ser contextualizado por referência ao setor económico em causa e o juízo sobre a necessidade da sua proibição penal não pode ser desligado do funcionamento desse setor¹³. A ligação do tipo ao setor económico é não raras vezes mais significativa do que a sua conexão à realidade social geral. De igual modo, e também por isso, os conceitos usados na delimitação típica do facto proibido não podem ser interpretados apenas de acordo com o seu significado linguístico, mas sim e também com o conteúdo e alcance que têm no circuito em causa, incluindo o seu significado económico¹⁴. Significa isto que na configuração da norma de determinação imanente ao tipo de ilícito interferem vários elementos jurídicos e económicos prévios ao mesmo e que na delimitação da norma de valoração tais dimensões estarão igualmente presentes.

Estes aspetos fazem da tipicidade no Direito Penal económico uma categoria potencialmente mais densa ao nível da sua construção, interpretação e aplicação e permitem compreender que no Direito Penal económico surjam

11 Sublinhando a necessidade desta dupla legitimação (norma de ilicitude e norma de sanção), FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2013), pp. 950 e ss, e 1001 e ss.

12 Sobre esta ligação, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (1984), p. 64

13 De forma semelhante, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ (2009), p. 5, quando afirma que o Direito Penal económico «não pode deixar de ter em conta o prévio tecido de relações sociais com relevância jurídica com o qual as normas penais têm de trabalhar».

14 A afirmação pode ser documentada com a necessidade de uma «interpretação contextualizada» dos conceitos usados para delimitar a infração de «intermediação excessiva»: veja-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2011), pp. 766 e ss. Sobre o problema em geral, TIEDEMANN (2014), pp. 99 e ss.

com mais frequência crimes específicos (delimitados em função da titularidade de uma qualidade ou de um dever jurídico) e normas penais em branco¹⁵. Isto porque as realidades acolhidas no tipo são mais complexas e integradas em setores com formas específicas de funcionamento, sendo necessário estabelecer uma conexão entre os elementos do tipo e a regulação jurídica prévia ao tipo que acaba por condicionar a matéria da proibição penal¹⁶. Se assim não fosse o tipo perderia adesão à realidade e poderia dar origem a normas de conduta inadequadas à realidade e aos objetivos de tutela da intervenção penal.

O efeito desta articulação entre o tipo e a realidade subjacente ao tipo faz com que o mesmo não tenha a estrutura linear da maior parte dos tipos de ilícito no direito penal de justiça, em que o tipo e os seus elementos são autoexplicativos e suscetíveis de serem apreendidos por referência ao facto descrito e ao bem jurídico tutelado. A ideia de proibir genericamente as condutas adequadas a provocar a lesão de um bem jurídico (ideia que tem acolhimento nos artigos 22.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1, do Código Penal) funda-se na capacidade dos dois referentes hermenêuticos subjacentes à tipificação do facto ilícito (previsibilidade e domínio do risco de lesão) serem suficientes para identificar a norma de conduta e o agente orientar o seu comportamento.

No Direito Penal económico a realidade empírica e jurídica pode ser mais complexa. O processo de formação dos tipos comporta as normas de ilicitude e as normas de sanção e, para além disso, inclui muitas vezes normas intermédias de concretização das normas de ilicitude por conexão com instrumentos normativos extrapenais (de *hard law* e de *soft law*). Este fenómeno de pluri-conexão sistemática pode significar que a norma de sanção passa de norma secundária a norma de terceira linha¹⁷. pois o ilícito típico é concretizado pela norma penal expressa no tipo e por normas secundárias extratípicas com relevância na compreensão da matéria da proibição, da norma de determinação e na esfera de vigência da norma de valoração. Este fenómeno pode ser visto, numa perspetiva tradicional, como uma forma de degradar a tipicidade penal, mas pode igualmente – noutro ponto de vista – corresponder a uma forma de densificar o âmbito dos tipos por cruzamento de fontes e garantir a congruência

15 Veja-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (1984), pp. 63-64. Também BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ (2009), p. 5. Depois, TIEDEMANN (2014), pp. 87 e ss. Sobre o tema das normas penais em branco, MARIA TERESA BELEZA/FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (1999), pp. 31 e ss.

16 Assim, BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2 (2009), p. 9, quando afirma que «o ilícito penal é, obviamente, um ilícito qualificado, mas o desvalor jurídico-penal da conduta não pode ser alheio ao contexto normativo ou ao tipo de relações jurídicas estabelecidas no subsistema correspondente». Coincidente, com mais desenvolvimentos, KUBICIEL (2017), pp. 3 e ss.

17 Neste sentido, KUBICIEL (2017), p. 7.

entre os regimes penais e não penais que regulam a atuação dos agentes nos vários setores de atividade¹⁸.

Não significa isto que o modelo de ilícito típico no Direito Penal económico tenha necessariamente de se limitar ao desvalor da ação, seja acolhendo formas de desobediência seja criando crimes de perigo abstrato (ambos centrados essencialmente na mera violação de deveres). Mas, de igual modo, tão pouco implica que estes modelos de configuração típica do ilícito tenham de ser proscritos ou secundarizados em favor da afirmação do modelo de crimes de resultado. A heterogeneidade das realidades que se identificam nos vários setores económicos não aconselha a adoção de posições de partida rígidas sobre esta matéria, sendo aliás muito duvidoso que o modelo de crimes de resultado se revele adequado ao Direito Penal económico nos mesmos termos que tal se verifica no Direito Penal de justiça.

O modelo de ilícito típico a adotar depende, em cada caso, da ponderação de vários critérios: da importância e do grau de vulnerabilidade do bem jurídico a tutelar, da ofensividade do facto, dos seus efeitos e da possibilidade de se neutralizar ou não as consequências danosas que a sua conduta pode criar, da capacidade de alguns setores coexistirem ou serem intolerantes a riscos criados pelos agentes, do patamar de gravidade da violação de deveres inerentes a certos cargos ou funções, da adequação e eficácia das normas típicas de conduta e das sanções legalmente cominadas. Assim, por exemplo, pode ser perfeitamente compreensível que na regulação do tráfego aéreo de passageiros ou na proteção da saúde pública algumas infrações penais se bastem com a violação de deveres (pelo potencial de perigo que a mesma comporta), enquanto no domínio da tutela dos investidores ou do erário público poderá fazer sentido construir alguns tipos em função do prejuízo patrimonial efetivo causado pelo agente. No primeiro caso, através da criação de crimes específicos centrados na violação de deveres e no segundo caso construindo crimes materiais de resultado lesivo. A dupla fragmentariedade do Direito Penal económico permite esta diversidade de soluções. O que não prejudica – pelo contrário – o dever de o legislador fundamentar as opções assumidas na tipificação dos ilícitos.

3. As características referidas permitem antever a evolução do Direito Penal económico como uma área do sistema sancionatório que se vai manter avessa à racionalidade simplificadora do espírito codificador. Neste plano, a heterogeneidade dos modelos de organização da intervenção penal é aliás especialmente acentuada. Para além da legislação específica de cada área temática,

18 De forma mais categórica, afirma BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ (2009), p. 9, que nestes casos «o âmbito da tipicidade ou da permissão de condutas não se pode determinar sem ter em conta o substrato normativo sobre o qual esta atua, especialmente quando existem deveres especiais».

identificam-se quadros legais com uma pretensão de afirmação semelhante a uma codificação, em alguns casos assumindo mesmo a forma de *codificações setoriais* multidisciplinares (que, ao contrário das codificações tradicionais, conjugam regimes especiais, direito administrativo, direito societário, direito comercial, direito de mera ordenação social, direito penal e alguns regimes processuais), possuindo uma «Parte Geral», uma «Parte Especial», elencos e regras especiais de determinação das sanções e regimes processuais próprios (pense-se, por exemplo, em toda a legislação do setor financeiro: banca, mercados de valores mobiliários e atividades seguradoras)¹⁹.

A este quadro acresce um elenco igualmente heterogéneo de modelos de reenvio e formas de conexão extrassistemática com outros universos legislativos: Código de Procedimento Administrativo, Lei Geral Tributária, Código Penal, Código de Processo Penal, Regime das infrações contra a economia e a saúde pública, Regime Geral das Contraordenações e, mais recentemente, Regulamentos europeus.

Todos estes fenómenos dificultam a codificação do Direito Penal económico, sendo previsível que se continue a desenvolver o modelo das codificações setoriais. Estas têm a vantagem de fornecer um quadro mais completo da regulação de um setor e de articular regimes jurídicos de natureza diferente com a intervenção penal. Seria desejável, contudo, alguma aproximação em matérias transversais e estruturantes do sistema, como as regras de imputação, modalidades de sanções e soluções processuais, bem como alguma uniformização nas técnicas de reenvio, designadamente quando condicionem a tipicidade das infrações.

Para além desta tendência de consolidação das codificações setoriais, julgo que existe um risco significativo de o legislador continuar a expandir o sistema sancionatório com alterações pontuais sem grande articulação sistemática. Isto levará à acumulação de soluções de matrizes diferentes, em que regimes tradicionais subsistem a par de novos regimes, em detrimento de reformas mais profundas, adequadas e coerentes. Com alguma probabilidade isto significará o aumento dos problemas interpretativos, tendo a coerência do sistema de ser garantida pela doutrina e as soluções corrigidas pelos tribunais. O que já tem acontecido quer no domínio substantivo (por exemplo, na tipicidade e vigência dos crimes tributários)²⁰ quer no domínio processual (por exemplo, no tema da prorrogação do regime de segredo de justiça)²¹.

19 Sobre a figura das codificações setoriais e a sua inserção nos modelos de organização do Direito Penal secundário, veja-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2003), pp. 141-154.

20 Acs. do STJ (Uniformização de jurisprudência) n.º 6/2008, de 9 de abril, e n.º 8/2014, de 14 de julho.

21 Ac. do STJ (Uniformização de jurisprudência) n.º 5/2010, de 15 de abril.

2. Novas realidades e âmbito da tipicidade: interpretação atualista dos tipos antigos ou criação de novos tipos incriminadores?

Os sistemas económicos e o sistema penal funcionam com matrizes de desenvolvimento relativamente antagónicas: os sistemas económicos são dinâmicos, criativos e proativos e antecipam tendências e soluções, enquanto o sistema penal é predominantemente estático, limitado pelo quadro legal e essencialmente reativo, o que resulta da sua própria natureza e enquadramento legal. Os sistemas económicos funcionam também de forma prospetiva (inclusivamente em função de realidades e factos que não existem no presente, mas poderão existir no futuro), enquanto o sistema sancionatório tem uma forte conexão retrospectiva e trabalha sobre realidades concretas e factos passados.

1. A aplicação da lei ao caso pressupõe que o facto já aconteceu e que a lei prévia ao mesmo o pode contemplar. A própria legitimidade da norma de sanção depende em parte de, à data do facto, ser perceptível para o destinatário da norma de ilicitude qual a conduta que deve ou não adotar. A função preventiva da pena depende da clareza do tipo de ilícito e da sua adequação para, num universo de liberdade, determinar uma proibição. A tipicidade é também por isso absolutamente fundamental. Mas a realidade é, de qualquer modo, sempre mais rica, complexa e anterior à cristalização legal que tipifica os ilícitos penais. Significa isto que os tipos incriminadores, as estruturas de imputação e os regimes processuais tendem a manter uma certa estabilidade, mesmo quando a realidade muda de forma brusca, inesperada e inovadora.

2. A tipicidade penal é, neste contexto, permanentemente testada pela inovação social e económica que acontece durante a vigência da lei penal. Sendo expressão garantística do princípio da legalidade e instrumento essencial das funções preventivas do sistema penal (subordinadas às exigências de legalidade) a tipicidade é a categoria do sistema de análise do crime menos maleável na sua densificação e aplicação²².

Perante isto, os sistemas têm basicamente seguido duas respostas: ou mantêm o elenco de tipos incriminadores ou criam novas incriminações adaptadas aos novos casos. As duas vias têm ambas vantagens e desvantagens. A primeira solução é mais simples para o legislador. A segunda obriga a um conhecimento muito preciso da realidade a regular e, por isso, é mais exigente

22 Sobre a estrutura, conteúdo, elementos e funções da tipicidade, TERESA PIZARRO BELEZA (2000), pp. 98 e ss, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (2007), pp. 284 e ss, GERMANO MARQUES DA SILVA (2015), pp. 20 e ss, JOSÉ DE FARIA COSTA (2015), pp. 203 e ss.

e demorada²³. O próprio processo legislativo em si mesmo é naturalmente moroso. A conjugação destes fatores redundará numa «sobrecarga» cumulativa de factos em relação aos quais os tipos incriminadores assumem pretensões de vigência. Trata-se de uma espécie de expansão invisível do sistema penal que aumenta o seu espaço de vigência com a inclusão de novas realidades nos tipos incriminadores antigos sem ter de criar novas leis penais²⁴. Assim, os tipos incriminadores contemplam não apenas os «modelos de perigo» para que foram criados, mas também novos «modelos de perigo» que surgiram por evolução social, económica e tecnológica²⁵. Este fenómeno acontece particularmente em tipos abertos, como a burla, mas estende-se igualmente a outras incriminações como o abuso de confiança, a infidelidade, a usura ou a falsificação.

Na prática isto significa que a inércia do legislador perante as mudanças sociais e económicas transfere para as autoridades judiciárias e para a doutrina a resolução das dúvidas sobre se os tipos incriminadores antigos se aplicam ou não às novas realidades. O que pode gerar alguma incerteza (social, jurídica e judicial) sobre a possibilidade de intervenção penal.

Por isso, a solução mais adequada para o sistema penal (porque mais clara e segura) é ponderar as condições de merecimento e necessidade de pena das novas situações identificadas e decidir se, perante as mesmas, se deve aplicar a lei antiga (o que pode ser perfeitamente possível, desde que tal não implique distorções da tipicidade) ou desenvolver incriminações específicas que as contemplem de forma explícita (o que tem acontecido, por exemplo, no domínio das burlas e das falsificações, com a criação de tipos incriminadores especiais em função da singularidade dos factos: burla de seguros, burla de trabalho, burlas de serviços, burlas informáticas, etc.). Em alguns casos, os tipos incriminadores existentes contemplam inequivocamente as novas situações. Noutros casos, tal não acontece, ou a estrutura dos tipos revela-se complexa ou inadequada para tratar judicialmente os novos casos.

Em qualquer uma das situações pode dizer-se que o século XXI vai ser muito exigente para o legislador e, reflexamente, para as autoridades judiciárias. Mas a inércia ou precipitação do legislador podem transferir os problemas para as autoridades judiciárias e para os processos instaurados, criando novos fatores erosivos para o sistema penal.

23 O que aconselha a adoção da linha sugerida por KUBICIEL (2013), pp. 53 e ss, de o legislador optar não por grandes soluções com uma matriz de um direito penal económico de cariz político [na linha do proposto por NAUCKE (2012), pp. 7 e ss, e 61 e ss] mas antes de pequenas regulações setoriais de regras primárias com tutela penal (*Kleine Lösung*).

24 Para um enquadramento deste fenómeno, JOSÉ-MARIA SILVA SÁNCHEZ (2017), pp. 1 e ss, e depois KUBICIEL (2017), pp. 3 e ss, sublinhando a necessidade de o sistema penal incorporar as mudanças.

25 Sobre o conceito de «modelo de perigo» na compreensão dos tipos, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2013), pp. 980-981 e nota 117.

3. Tradição e inovação no conteúdo das estruturas de imputação

As estruturas de imputação correspondem a segmentos da norma de decisão imanente ao tipo penal que sintetizam um intenso processo de refinamento dogmático sobre a atribuição de responsabilidade com um lastro de alguns séculos.

1. Entre nós – e bem, dada a sua essencialidade – uma parte dessas estruturas está legalmente configurada²⁶: a tipicidade objetiva dos crimes de resultado é integrada por um juízo de adequação (artigos 10.º, n.º 1, e 22.º, n.º 2, do Código Penal) que delimita o facto a imputar, construído doutrinariamente a partir de critérios de exigibilidade e previsibilidade das consequências das condutas dos agentes, o que se afigura congruente com a função preventiva da pena e das normas de conduta imanentes ao tipo de ilícito²⁷; a tipicidade subjetiva tem, por seu turno, as modalidades e limites da imputação traçados nos artigos 14.º, 15.º, 16.º e 18.º do Código Penal. A ausência de normas especiais nos vários setores do Direito Penal Económico – ou a mera repetição destas normas gerais em diplomas especiais – faz com que a imputação subjetiva siga estas matrizes independentemente da origem ou natureza do tipo incriminador em causa, quer se trate de um crime de ofensas à integridade física quer esteja em causa um crime tributário ou um crime contra direitos de propriedade industrial.

A aplicação destas estruturas de imputação à criminalidade económica exige o abandono de muitas referências empíricas e psicológicas que surgem habitualmente na construção do dolo. As regras legais de imputação dos factos a entes coletivos (artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal, introduzido em 2007) vieram acentuar esse afastamento, desde logo por incompatibilidade com a natureza e forma de atuação destes agentes. Uma tal tendência de normativização do conteúdo do dolo já se vinha desenhando mesmo na criminalidade tradicional, onde a densificação psicológica do dolo é tida como diretamente proporcional à impossibilidade de prova processual. A «consciência e vontade» do agente na prática do facto têm de ser normativamente compreendidos não em função de um facto psicocognitivo, de difícil acesso judicial, mas como formas de interpretar comportamentos relativos à identificação e gestão dos riscos que integram o contexto de atuação dos agentes²⁸.

26 Sobre o significado e limites desta consagração legal, veja-se JOSÉ DE FARIA COSTA (1996), pp. 257 e ss.

27 Desenvolvimentos sobre estas estruturas hermenêuticas em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2013), pp. 972-983.

28 Fundamental sobre o tema das novas formas de compreender o dolo e o erro, na sua relação com o facto típico, MARIA FERNANDA PALMA (2017), pp. 127 e ss, e 170 e ss.

2. A configuração legal das modalidades de dolo constitui uma garantia fundamental quanto aos limites da imputação. Na criminalidade económica a importância deste aspeto é reforçada pelo facto de a maior parte das incriminações não ser imputável a título de negligência. O que significa que nestes casos os limites do dolo correspondem aos limites da intervenção penal e sem conhecimento do facto (dos seus elementos típicos) não existe dolo. As dificuldades (algo empoladas, na verdade) na delimitação entre o dolo eventual e a negligência consciente já motivaram inclusivamente a ideia de eliminação daquela figura, com o alargamento concomitante da punição do facto negligente. O que parece dificilmente compatível com o princípio da culpa e com o princípio da proporcionalidade da intervenção penal²⁹.

Torna-se, de qualquer modo, evidente que os sistemas penais nem sempre têm convivido bem com este aspeto e têm surgido em alguns setores tendências que procuram ultrapassar estes limites da estrutura bipartida do dolo através da «ignorância deliberada»³⁰. A figura seria diferente do dolo (faltaria a consciência do facto) e da negligência (porque o facto seria no fundo querido pelo agente). Em certo sentido seria equivalente a uma «ignorância consciente na causa» (mas não no facto): o agente não sabia porque não queria saber, mas na verdade ainda se podia afirmar que aceitava o facto antes e depois de o mesmo acontecer. Como a consciência e a vontade têm de ser concomitantes com o facto, com a exigência de tal sincronia não existiria dolo em muitos dos casos que estão na origem desta construção. A figura da «ignorância deliberada» permitiria ultrapassar estes limites e imputar dolosamente o facto ao agente. Em especial, no caso de ilícitos cometidos através de estruturas organizadas (empresas, entidades públicas) em que, pela divisão de tarefas e a intervenção limitada dos agentes na estrutura organizativa, se torna mais difícil provar o conhecimento efetivo de tudo o que se passa na organização.

Uma tal via é, contudo, inadmissível perante o sistema legal vigente. As formas de vontade de praticar o facto típico exigem consciência da situação em que o agente atua. Sem isso não pode existir imputação dolosa. A conversão da ignorância deliberada numa forma de imputação dolosa assenta na substituição da falta de consciência do facto pela exigibilidade de controlo do facto, em função da atitude revelada antes do facto (querer ignorar). Noutros termos, o elemento intelectual do dolo (exigido pela doutrina e pela lei) é substituído por um elemento motivacional legalmente atípico.

29 Desenvolvidos em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2013), pp. 978 e ss e nota 109 e ss.

30 Sobre esta figura, em pormenor, RAMON RAGUÉS I VALÈS, (2013), pp. 11 e ss. Criticamente, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, (2015), pp. 1 e ss.

Ademais, uma tal adulteração é em muitos casos desnecessária para fundamentar a imputação dolosa, pois algumas situações de «ignorância deliberada» podem implicar a consciência de que a omissão do agente conduzirá necessariamente à prática do facto (dolo necessário) ou que, com uma consciência mínima da possibilidade de tal acontecer, ficar demonstrada a conformação do agente com o facto típico (dolo eventual). Para tal basta uma consciência do risco, no momento em que o agente atua ou omite ilicitamente o controlo devido, para conferir a tal agente uma forma de domínio sobre o facto típico³¹. Em suma, a previsibilidade e o domínio sobre o facto típico não exigem uma consciência psicológica efetiva no momento da prática do facto e sobre todos os pormenores subsequentes do facto: basta que exista e se comprove sob a forma de consciência do risco antes de o facto típico ser praticado e este seja uma concretização previsível do risco conhecido pelo agente³².

A discussão em torno da admissibilidade da figura da «ignorância deliberada» como forma de imputação dolosa evidencia um dos perigos da expansão do sistema penal efetivada por via do alargamento jurisprudencial ou doutrinário das matrizes legais da imputação. Parece-me sem dúvida preferível o legislador delimitar corretamente certas formas de violação de deveres (designadamente dentro de organizações complexas) – e assumir assim a expansão do sistema penal – a permitir a adulteração jurisprudencial e doutrinária das formas básicas de imputação.

4. Mitos, ilusões e efeitos das soluções norte-americanas nos sistemas penais da Europa continental

Nas últimas duas décadas os sistemas penais da Europa continental têm estado sujeitos à intensa pressão do mito da eficácia do sistema penal norte-americano. Essa pressão tem-se feito sentir em setores da opinião pública que, mesmo ignorando a realidade social, política e jurídica do sistema norte-americano, não se coíbem de endeusar a sua suposta eficácia para fundamentar as críticas que dirigem ao sistema penal nacional. Mas, para além disso, o próprio legislador europeu tem sido permeável a algumas influências com tal origem, inicialmente no domínio do direito da concorrência, com expansão paulatina para outras áreas do Direito Penal económico.

31 Em parte neste sentido, LUIS GRECO (2013), pp. 68 e ss e 71 e ss.

32 Cf. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2013), p. 982, em ligação com p. 978, nota 109.

1. Os principais aspetos que estão em causa neste jogo de influências são, em breve síntese, os seguintes: sanções muito elevadas (*hard punishment*), mecanismos de negociação da culpa (*plea bargaining*) com soluções utilitaristas de oportunidade material e de imunidade em troca de colaboração e informações, regimes de delação premiada (*whistleblower programs*), duelo retórico de partes contrárias perante o júri (*adversary system*), acompanhados de simplificação na imputação e rapidez na decisão (acusações simples e decisões lineares).³³ Isoladamente e em conjunto são apresentados como soluções mágicas que tornariam os sistemas penais da Europa continental – e o sistema português em especial – mais eficazes. Nada mais ilusório.

Uma tal perspetiva centra as suas atenções apenas na ponta do icebergue, ignorando a barbaridade jurídica, policial e prisional subjacente a este modelo processual, as desigualdades sociais assim promovidas e cultivadas, a pressão e o medo que na generalidade dos casos estão subjacentes à aceitação de acordos (em que o risco de penas gravíssimas em julgamento pode compelir inocentes a aceitarem acordos), as investigações policiais processualmente inviáveis, sem prazo nem controlo efetivo, a captura da investigação pelos acordos oferecidos, o desequilíbrio entre polícia, procuradores e juizes (estes secundarizados pelo peso dos primeiros no acordo negociado), as impunidades laterais e seletivas criadas pela direção da investigação em função das informações do colaborador, as vinganças e interesses prosseguidos com um sistema desta natureza. Aquilo que Schünemann designou, em poucas palavras, como um mercado criado em torno da norma de sanção³⁴ e que corresponde a uma desigualdade planeada e concretizada, num sistema penal profundamente injusto e crimínogeno.

Uma parte destas figuras do Direito norte-americano tem ganho espaço de afirmação na América Latina e entrado igualmente no Direito Penal da União Europeia. Neste caso, primeiro através do direito da concorrência e, depois, no campo do direito sancionatório aplicável ao sistema financeiro. Pense-se, por exemplo, no regime de promoção e proteção de denunciante acolhido na recente reforma europeia do abuso de mercado, através do Regulamento (UE) n.º 596/2014, de 16 de abril, e desenvolvido pela Diretiva de Execução (UE) 2015/2392, de 17 de dezembro.

33 Muita informação interessante sobre o sistema penal norte-americano encontra-se, entre nós, reunida e tratada em PEDRO SOARES DE ALBERGARIA (2007).

34 Para uma leitura crítica sobre o sistema processual penal norte-americano, veja-se SCHÜNEMANN (2004), pp. 175 e ss, (2005), pp. 378 e ss, e (2008), pp. 1 e ss. Ainda, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA (2009), pp. 109 e ss. Sobre os problemas causados pelos mecanismos de negociação da responsabilidade na estrutura do processo penal, à luz da precoce experiência italiana de combate ao terrorismo e ao crime organizado, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (1998), pp. 215 e ss, e depois, com mais desenvolvimentos, (2013), pp. 8-11.

2. A ponderação de soluções que têm origem em outros sistemas é perfeitamente admissível e, em certo sentido, até desejável. Existem entre os vários ordenamentos jurídicos «momentos de comunicabilidade», para usar uma expressão de Manuel da Costa Andrade, que num contexto de resposta a problemas comuns justificam essa ponderação alargada de soluções. O que não é aceitável é a sua importação automática, acrítica e deslocada, feita pelo legislador pouco esclarecido e precipitado, à margem da doutrina e da crítica dogmática. Em tais hipótese, nem a solução importada tem a eficácia do seu sistema de origem, nem se evitam as suas consequências nefastas nos sistemas que as passam a acolher. No caso do regime europeu dos denunciante chegou a ser ponderada a hipótese de o regime incluir incentivos económicos às denúncias, como acontece no *Dood Frank Act* norte-americano. Tal hipótese de remunerar as denúncias acabou por ser acolhida como meramente facultativa para cada Estado-membro da UE, e acabou por não ter acolhimento efetivo.

O sistema penal deve possuir mecanismos que permitam o arrependimento e a colaboração dos arguidos (em congruência com as finalidades da pena e os princípios estruturantes do sistema), mas não pode em caso algum depender deles e secundarizar a investigação criminal a cargo das entidades públicas. E, em especial, não pode importar figuras que sejam corpos estranhos que adulterem o modelo de justiça penal da Europa continental. Esse risco existe e é particularmente sério em dois domínios do sistema penal: criminalidade económica e crime organizado³⁵. Os sistemas penais europeus têm de desenvolver estratégias de modernização que não passem pela simples importação legislativa deste tipo de figuras, porque se trata de uma tendência que comporta em si mesma um lastro de ruturas axiológicas profundas e nefastas para o sistema penal e o Estado de Direito.

5. Sistemas de *compliance*, auditorias e investigação criminal

As mudanças socioeconómicas dos últimos 30 anos levaram igualmente à expansão de novas realidades com as quais os sistemas penais tradicionais passaram a ter de se articular, como acontece com os sistemas de controlo interno de cumprimento das regras (*compliance*) e programas de auditoria,

35 Trata-se de duas áreas do sistema penal que estão a motivar a adoção e densificação de instrumentos excecionais de combate ao crime. Para um apanhado lúcido e crítico de algumas dimensões desta intervenção penal veja-se, por exemplo, PEDRO CAEIRO (2011), pp. 267 e ss, e JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA (2017), pp. 13 e ss.

incluindo auditoria forense³⁶. Uns e outros implicam a recolha, organização e tratamento de informação com relevância criminal. Vejamos em que termos se podem relacionar com o sistema penal.

1. Os sistemas de *compliance* e os programas de autoria têm inegavelmente um elevado valor organizativo e preventivo³⁷, mas, para além disso, são fonte de novos problemas para o sistema penal. O significado destas novas realidades identifica-se quer ao nível substantivo quer ao nível processual. Ao nível substantivo podem estar associados a novas fontes de deveres de garante e ter influência na delimitação da autoria e comparticipação em factos ilícitos praticados no contexto das organizações³⁸. Ao nível processual podem ser fonte de informação e de organização de alguma prova material (designadamente, prova documental). Mas constituem, num e noutro plano, uma tendência que comporta riscos muito significativos para o sistema penal. Vejamos, em apertada síntese, alguns dos aspetos problemáticos.

2. Quanto à delimitação da autoria e da comparticipação os elementos obtidos em sistemas de *compliance* e em programas de auditoria não podem, em caso algum, substituir-se à delimitação substantiva do âmbito da responsabilidade penal. As formas de autoria e de participação criminosa são típicas (trata-se de tipos incriminadores de extensão) e, por isso, os sistemas de *compliance* e os programas de auditoria podem ser uma fonte relevante de informação para compreender e organizar a realidade relevante para as formas de comparticipação, mas não podem ser em si mesmos fonte de critérios de imputação da responsabilidade. Podem ser elementos auxiliares e concretizadores dos critérios de imputação jurídico-penal, mas não os podem contrariar e muito menos substituir. Mesmo no plano informativo esses elementos devem ser vistos com especial cautela, pois a informação obtida pode ter sido direcionada e pode selecionar intencionalmente alvos internos nas empresas e organizações e afastar a investigação de áreas e pessoas relevantes. A captura da investigação e dos temas relevantes pela informação recebida destes sistemas é um risco real que deve ser evitado.

Ao nível processual a situação é também delicada, pois a informação obtida por estas vias não pode, por um lado, ser ignorada pela investigação criminal

36 Uma análise interessante do tema encontra-se em THOMAS ROTSCH (2012), pp. 1 e ss. Muita informação relevante em JOÃO LABAREDA (2014). Para uma ligação a alguns aspetos do Direito Penal económico e a organização das empresas, veja-se JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ (2016) pp. 193 e ss.

37 Sublinha esta função, JUAN ANTONIO LASCURAÍN (2015), pp. 97 e ss, *maxime* pp. 104 e ss.

38 Sobre o tema, TERESA QUINTELA DE BRITO (2014), pp. 75 e ss. Relativamente aos aspetos penais da atividade de auditoria, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (2016), pp. 227-236.

mas também não pode, por outro lado, substituir a investigação a realizar no inquérito criminal. Os problemas são talvez menores ao nível da transferência de prova documental que tenha como fonte sistemas de *compliance* ou programas de auditoria. A legalidade do ato de transferência de prova para o inquérito resolve a generalidade dos problemas que se podem identificar. Mas o mesmo não acontece ao nível da prova pessoal, pois trata-se de declarações produzidas fora do processo, em contexto distinto da investigação criminal e necessariamente sem garantias processuais formalizadas no inquérito que condicionam a legalidade da prova obtida³⁹. O que vale por dizer que mais facilmente tais elementos podem constituir conhecimentos de investigação do que prova criminal em si mesma. Para tal as inquirições pessoais têm de ser realizadas no inquérito e sujeitas às formalidades legalmente exigidas⁴⁰.

Em suma, por umas e outras razões estamos perante uma tendência absolutamente marcante na evolução do controlo da criminalidade económica empresarial e que traz novos e relevantes problemas para os sistemas penais tradicionais. Numa breve palavra, os sistemas penais têm de se articular com estas novas realidades, sem perder a centralidade dos critérios de imputação, sem transferir a investigação criminal para fora do processo e sem perder a autonomia e a capacidade crítica no tratamento das informações recebidas.

6. Riscos e desafios: a evolução do sistema entre a adaptação e o colapso

Os desenvolvimentos sociais, económicos e financeiros das últimas décadas permitem perceber que os sistemas penais constituem uma componente essencial do Estado de Direito sujeita a múltiplos desafios e vários fatores de erosão. Para cumprir a sua função num quadro de legalidade e confiança os sistemas penais têm de preservar patamares de estabilidade e desenvolver níveis de consistência legislativa pouco compatíveis com a rapidez das mudanças que nas últimas décadas se têm verificado em alguns setores sociais e económicos. Neste contexto, o modelo de evolução dos sistemas penais não está a funcionar por substituição de paradigmas (em que um modelo sucede a outro), mas antes por acumulação de soluções heterogéneas, consoante se vão dando respostas aos problemas que surgem.

Significa isto que, numa previsão possível, na primeira metade do século xxi o sistema penal não vai propriamente evoluir, mas apenas continuar a adap-

39 Para uma leitura crítica, à luz da experiência norte-americana, FABIO NICOLICCHIA (2014), pp. 781 e ss.

40 Em pormenor, GERMANO MARQUES DA SILVA (2011), pp. 199 e ss.

tar-se conjunturalmente. A instabilidade política, a complexidade das matérias e a falta de preparação do legislador para construir respostas tecnicamente adequadas, dogmaticamente elevadas e politicamente consensuais dificilmente permitem antever reformas penais profundas e consistentes, como as que tivemos entre nós nos anos 80 do século passado.

A difícil relação do saber universitário com o poder político nos tempos atuais dificulta também a realização de reformas profundas: o poder político é imediatista e valoriza mais a resposta do que o conteúdo da mesma, enquanto o saber universitário assenta a sua legitimidade num lastro de criação de saber, de partilha de conhecimentos, de debate informado e de construção de soluções que funcionam num horizonte temporal muito distinto e desfasado daquele que marca as agendas políticas. Também por isso a Universidade tem perdido peso nas múltiplas revisões da legislação penal dos últimos 20 anos, algumas das quais aprovadas sem um rosto que as legitime cientificamente. Estes aspetos vão afetar a evolução legal que incida sobre criminalidade económica e financeira. As reformas legislativas na área do Direito Penal económico são muito exigentes e devem incluir o saber universitário acumulado, o conhecimento dos setores económicos abrangidos e a perceção exata da realidade processual e judiciária vigente.

As dificuldades de organização de um quadro legal adequado e eficaz em relação à criminalidade económica e financeira implicam muitas vezes a transferência das respostas aos problemas para as autoridades judiciais no âmbito dos processos instaurados. De uma forma algo peculiar o desenvolvimento do sistema nestes domínios pode vir a fazer-se por via de um sistema de *case law* não assumido, em que os resultados dos processos podem marcar tendências muito significativas de evolução do sistema. Uma combinação desta natureza produz, contudo, margens de incerteza e de desigualdade indesejáveis.

Por tudo isto, a resposta dos sistemas penais à criminalidade económica e financeira será marcada mais por uma adaptação progressiva do que pela aplicação de programas político-criminais específicos, consistentes e consequentes. Só uma visão de Estado que coloque as reformas penais num horizonte temporal menos imediatista pode gerar respostas coerentes, sérias e estáveis. A preservação do Estado de Direito em sentido material também o exige.

Bibliografia

- ALBERGARIA, Pedro Soares de (2007) – *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.*, Coimbra: Almedina, 2007.
- ANDRADE, Manuel da Costa (2009) – «*Bruscamente no Verão Passado*», a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra: Coimbra Editora.
- (1991) – *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- (1985) – «A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”», publicado inicialmente em CEJ (org.), *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, Lisboa: CEJ, pp. 69-105, reproduzido e citado a partir de IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 387-411.
- BELEZA, Teresa Pizarro (2000) – *Direito Penal*, 2.º volume, reimpressão, Lisboa: AAFDL.
- BELEZA, Teresa Pizarro/PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (1999) – *O regime legal do erro e as normas penais em branco*, Coimbra: Almedina.
- BRITO, Teresa Quintela de (2014) – «Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilidade penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes», *Anatomia do Crime*, n.º 0 (2014), pp. 75-91.
- CAEIRO, Pedro (2011) – «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”», *RPCC* 21 (2011), pp. 267-321.
- CÂMARA, Paulo (2011) – *Manual do Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes Cordeiro (2016) – *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume I, Coimbra: Almedina.
- CORREIA, Eduardo (1977) – «Introdução ao Direito Penal Económico», publicado inicialmente na *Revista de Direito e Economia* 3 (1977), pp. 3-35, reproduzido e citado a partir de IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 293-318.
- COSTA, José de Faria (2015) – *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- (2003) – *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto Editora.
- (1996) – «Le definizioni legali del dolo e della colpa quali esemplificazioni delle norme definitorie nel diritto penale», in Alberto Cadopi (coord.), *Omnis Definitio in lure Periculosa? Il problema delle definizioni legali nel Diritto penale*, Milano: CEDAM, pp. 247-274.

- CUNHA, José Damião da (2017) – *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro de 2002*, Porto: UCE.
- DIAS, Augusto Silva Dias (2008) – «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2007) – *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- (1984) – «Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. Contributo para a reforma do Direito Penal Económico e Social Português», publicado inicialmente em *RLJ* 116 (1984) e 117 (1985), reproduzido e citado a partir de IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 35 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa (1977) – «Problemática geral das infracções contra a economia nacional» publicado inicialmente no *BMJ* n.º 262 (1977), pp. 5-50, reproduzido e citado a partir de IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 319-346.
- DONINI, Massimo (2003) – *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano: Giuffré.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2015) – «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* 3 (2015), pp. 1-28.
- (2009) – «Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial», *InDret* 2 (2009), pp. 1-74.
- GRECO, Luis (2013) – «Comentario al artículo de Ramón Ragués», *Discusiones* 13 (2013), pp. 68-77.
- KUBICIEL, Michael (2017) – «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: un nuevo prototipo del Derecho penal económico», *InDret* 3 (2017), pp. 1-18.
- (2013) – «Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischen Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2 (2013), pp. 53-60.
- LABAREDA, João (2014) – «Contributo para o estudo do sistema de controlo e da função de cumprimento (“Compliance”)», disponível em www.ivm.pt (acessível em 30.09.2017).
- LASCURAÍN, Juan Antonio (2015) – «Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal», *RPCC* 25 (2015), pp. 97-115.
- NAUCKE, Wolfgang (2012) – *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, Berlin: Lit Verlag.

- NICOLICCHIA, Fabio (2014) – «*Corporate internal investigations* e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità "penale" degli enti: alcuni rilievi sulla base della "lesione americana", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 3-4 (2014), pp. 781-809.
- NIETO MARTIN, Adán (2007) – «Americanización o europeización del Derecho Penal económico?», *Revista Penal* 19 (2007), pp. 120-136.
- PALMA, Maria Fernanda (2017) – *Direito Penal. Parte Geral*, 3.^a edição, Lisboa: AAFDL.
- (2012) – «Direito Penal Especial: o vértice do sistema penal», in AAVV, *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 11-24.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (2016) – «A responsabilidade criminal dos auditores, as normas de conduta profissional e a informação no sistema financeiro», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 55 (2016), pp. 227-236, publicado igualmente em Espanha na *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* n.º 10 (2017), pp. 16-25.
- (2013) – *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, volumes I e II, Coimbra: Almedina.
- (2011) – «Intermediação excessiva», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 755-787.
- (2003) – «L'alternativa delle codificazioni settoriali ed il ruolo degli "illeciti amministrativi" nell'organizzazione del Diritto penale secondario. L'esperienza portoghese» in MASSIMO DONINI (ORG.), *Modelli ed esperienze di riforma del Diritto penale complementare*, Milano: Giuffrè, 2003, pp. 141-154. Versão portuguesa: «As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito Penal secundário», *Themis* 5 (2002), pp. 87-100.
- (1998) – *Direito Processual Penal, Curso Semestral*, Lisboa: AAFDL.
- RAGUÉS I VALÈS, Ramon (2013) – «Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal», *Discusiones* 13 (2013), pp. 11-37.
- RODRIGUES, Anabela Miranda (2008) – *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora.
- ROTSCH, Thomas (2012) – «Criminal Compliance», *InDret* 1 (2012), pp. 1-11.
- SATZGER, Helmut (2012) – «La europeización del Derecho Penal. La influencia del Derecho de La Unión Europea en el Ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados Miembros», *Cuadernos de Derecho Penal*, Julio de 2012, pp. 43-57.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2008) – «El próprio sistema de la teoría del delito», *InDret*, (2008), pp. 1 e ss.
- (2005) – «Strafrechtssystematisches Manifest», *GA* (2005), pp. 378 e ss.
- (2004) – «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal

- bajo una perspectiva global», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 76 (2004), pp. 175-197.
- SILVA, Germano Marques da (2015) – *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa: UCE.
- (2011) – *Curso de Processo Penal*, Volume II, 5.ª edição, Lisboa: Verbo.
- SILVA SÁNCHEZ, José-Maria (2017) – «La sociedad del Derecho penal», *InDret* 3 (2017), pp. 1-3.
- (2016) – *Fundamento del Derecho penal de la Empresa*, Montevideo, Buenos Aires: BdeF.
- TIEDEMANN, Klaus (2014) – *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen.

Por que inexistem deveres absolutos de punir

Luís Greco

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt, de Berlim, Alemanha

SUMÁRIO

- I. Introdução
- II. Considerações conceituais
- III. Os argumentos em favor do dever absoluto de punir
 - 1. As fontes do direito internacional
 - 2. A obrigação de respeitar e garantir direitos humanos
 - 3. O argumento adicional
 - 4. Conclusão intermediária
- IV. Os dois porquês de inexistir um dever absoluto de punir
 - 1. Deveres-meio nunca são absolutos no sentido de incondicionados
 - 2. Deveres de ação nunca são absolutos no sentido de cogentes
- V. Conclusão

I. Introdução

Verifica-se, no moderno Direito Penal internacional, amplo consenso sobre a existência de um dever de punir graves violações de direitos humanos. Não tão uniforme, mas bastante difundida é também uma opinião a respeito da qualidade desse dever: não se trataria de um dever condicionado, tampouco *prima facie*, e sim de um dever absoluto. Em nome desse dever absoluto caíram as barreiras da soberania e da prescrição; agora são criticados a anistia e os acordos de paz. O *slogan* em que se baseia essa crítica é a chamada luta contra a impunidade. Objeto de minhas reflexões serão esses afirmados deveres absolutos de punir; tentarei demonstrar por que eles inexistem.

Procederei em três etapas. Após estabelecer, numa breve primeira etapa, precisões conceituais (abaixo II.), ocupar-me-ei dos argumentos em favor de um dever absoluto de punir (abaixo III.). Aqui, demonstrarei que nenhum desses argumentos logra convencer. Numa terceira etapa, tentarei provar que nenhum argumento em favor de um absoluto de punir é sequer imaginável, já por razões que dizem respeito à estrutura dos deveres em questão (abaixo IV.).

II. Considerações conceituais

Parece-me aconselhável definir alguns conceitos de que recorrentemente me valerei nas presentes reflexões, cujo objeto é a existência de deveres absolutos de punir. Não definirei pena¹, nem dever, mas tão-somente a qualidade de «absoluto» de um dever. Essa qualidade tem um duplo sentido: ela pode ser entendida, a uma, como contraposta à qualidade de «condicionado», e, a duas, como contraposta à qualidade de «*prima facie*» ou «derrotável» (*defeasable*).

A primeira contraposição – absoluto como *contrário de condicionado* – significa que defenderia um dever absoluto de punir quem entender que, sempre que ocorrer uma grave violação de direitos humanos, surgirá um dever de punir. Esse dever é incondicionado, no sentido de que a existência de uma grave violação de direitos humanos é condição suficiente para o surgimento do dever de punir. Um dever condicionado sequer surge se não se der a condição. Se ela, contudo, surge, nada mais é necessário para que se afirme o dever.

A segunda contraposição – absoluto como *contrário de prima facie ou derrotável* – se explica da seguinte forma. *Prima facie* ou derrotável (*defeasable*) é um dever que pode ser superado por considerações contrapostas. Absoluto

¹ Sobre essa definição, extensamente, GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 640 e ss.

ou cogente é, por sua vez, um dever impassível de superação por qualquer outra consideração. Enquanto o dever incondicionado sequer surge se não se der a condição, o dever *prima facie* surge, mas pode ser afastado por razões opostas.

Demonstrarei por que inexistem deveres absolutos de punir nesses dois sentidos apresentados.

III. Os argumentos em favor do dever absoluto de punir

Parto de premissa evidente para uma perspectiva liberal: a de que o dever de punir, como dever de impor um mal, de restringir liberdade, é uma grandeza carecedora de justificação. A liberdade se presume, a restrição de liberdade se justifica. Essa ideia está por trás de afirmações (um tanto vagas) como o *favor libertatis* ou o *in dubio pro libertate*. Pergunta-se, assim, de onde surge um dever de punir; são essas razões que podem sustentar a pretensão de um dever absoluto de punir nos dois sentidos acima descritos.

O caminho mais natural é buscar a existência de um dever absoluto de punir no direito internacional positivo, isto é, nas chamadas fontes do direito internacional. Se essa tentativa não for coroada de êxito, perguntar-se-á por uma fundamentação que supera os limites do direito positivo.

1. As fontes do direito internacional

As fontes do direito internacional são acordos internacionais, direito consuetudinário, princípios gerais de direito, jurisprudência e doutrina qualificada (art. 38 I, Estatuto da Corte Internacional de Justiça).

a) Uma passada em revista dos *acordos internacionais* revela, é verdade, vários deveres de punir. Mencionem-se, aqui, apenas os arts. 4 e ss da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura; os arts. 4 e ss da Convenção das Nações Unidas contra o Genocídio; os arts. 49.º e ss da Primeira Convenção de Genebra; os arts. 50 e ss da Segunda Convenção de Genebra; os arts. 129.º e ss da Terceira Convenção de Genebra; os arts. 146 e ss da Quarta Convenção de Genebra; o art. 3.º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Não parece, contudo, que de qualquer desses documentos se possa extrair a natureza absoluta dos deveres de punir ali previstos. Claro está que eles contêm deveres de punir; se absolutos, permanece em aberto.

Deveres absolutos de punir não se encontram nem mesmo no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Pelo contrário, esse diploma conhece uma série

de dispositivos que preveem uma renúncia à pena por razões de oportunidade (arts. 16, 17 I d, 53 I c, II c)².

b) O *direito consuetudinário* tampouco nos fornece um dever absoluto de punir. O pressuposto objetivo da existência de direito costumeiro, qual seja, a chamada longa *consuetudo* (ao lado do pressuposto subjetivo da *opinio juris*)³, inexistente no que se refere a esses deveres, cujo não-cumprimento ainda parece ser a regra.

c) Poder-se-ia, em seguida, recorrer aos chamados *princípios gerais de direito*, que são algo próximo a uma *opinio juris* sem longa consuetudo⁴. Se for esse o caso, trata-se de argumento evidentemente circular: ele oferece como razão para aceitar algo a contingência de fato de que esse algo já é aceito. Além disso, essa contingência fática é empiricamente questionável, uma vez que não se enxerga um consenso a respeito de obrigação absoluta de punir.

d) As mesmas duas objeções são cabíveis diante de uma eventual tentativa de derivar um dever absoluto de punir da *jurisprudência internacional ou de autores renomados*.

2. A obrigação de respeitar e garantir direitos humanos

Teremos de ir além das tradicionais fontes do direito internacional. Um possível caminho oferece, aqui, a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵. Essa Corte derivou do dever de respeitar e assegurar direitos humanos previstos no art. 1.º I da Convenção Americana de Direitos Humanos a consequência de que violações de direitos humanos não podem permanecer impunes⁶. O dever referido aos direitos humanos previsto no direito internacional conteria o ulterior dever de punir as graves violações a direitos humanos.

2 No mesmo sentido, FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague/Cambridge, 2006, p. 201 – sobre esses dispositivos em mais detalhe ROHER, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 109 e ss.

3 Por todos, VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.ª ed., 1984, 349 e ss, 353 e ss.

4 Nesse sentido, AMBOS *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 183 e ss, 203 e s.

5 Cf. a própria síntese da Corte na decisão *Gelman vs. Uruguay* de 24.2.2011, §§ 225 e ss, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Na literatura cf. CASSEL, *Law & Contemporary Problems* 59 (1996), p. 208 e ss; GAVRON, *International and Comparative Law Quarterly* 51 (2002), pp. 91 e ss (95 e ss); TOMUSCHAT, *Festschrift für Steinberger*, 2002, pp. 316 e ss (321 e s).

6 Pioneira a decisão *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 29.7.1988, §§ 166, 174 e ss, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf; a respeito, extensamente, ROHT-ARRIAZA, *California Law Review* (= CalLR) 78 (1990), pp. 449 e ss (467 ss); de acordo AMBOS, *Archiv des Völkerrechts* 37 (1999), pp. 318 e ss (319 e ss, 327 e s); acertada crítica em TOMUSCHAT (Fn. 6), p. 321 («excessive rigour»).

Essa fundamentação é, contudo, carecedora de precisão. Afinal, não se enxerga, num primeiro momento, de que maneira o segundo dever possa derivar do primeiro ou mesmo ser parte dele. De onde deriva o dever de punir, uma vez que já concluída a violação a direito humano?

O argumento mais preciso pode ser construído em duas etapas. A primeira delas é o *caráter obrigatório dos direitos humanos*. Uma vez reconhecido que esses direitos obrigam os Estados, faz-se necessário esclarecer que obrigações, exatamente, aqui se produzem. A distinção que aqui mais importa parece ser aquela entre deveres negativos, de omitir violações de direitos humanos, e deveres positivos, cujo conteúdo é a realização de uma conduta no sentido da proteção desses direitos⁷. É a ela que se refere a Convenção, quando usa, em seu art. 1.º, os termos «respeitar» (dimensão negativa, dever de omitir, de não lesionar) e «assegurar» (dimensão positiva, dever de atuar, de proteger) – no que segue, aliás, uma difundida terminologia em documentos de proteção de direitos individuais⁸.

Cumprido, num segundo passo, percorrer o caminho desse dever de respeitar e proteger direitos humanos até o *dever de punir*⁹. O dever de punir é um dever de atuar, um dever positivo; ele não se cumpre pela mera inação. Ele só pode, assim, derivar da dimensão positiva do dever relativo aos direitos humanos, do dever de proteger, e não do dever de respeitar¹⁰. Nesse ponto surge uma dificuldade: a rigor, a não punição não viola qualquer direito humano, uma vez que a violação se encontra no passado e foi cometida pelo delinquente¹¹.

7 Na literatura de direito internacional BUERGENTHAL, in: Henkin (coord.), *International Bill of Rights*, New York, 1981, pp. 72 e ss (77 e s); TOMUSCHAT (Fn. 6), pp. 316 e s; RESS, KOKOTT, MAVROMMATIS e KLEIN, in: Klein (coord.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, Berlin, 2000, pp. 165 e ss, 235 e ss, 277 e ss, 295 e ss; na literatura de direito constitucional GRAßHOF e SACHS, ambos no citado livro de Klein, pp. 33 e ss, 53 e ss; ISENSEE, in: Isensee/Kirchhof (coords.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, vol. IX, 3.ª ed. 2011, § 191 nm. 1 e ss; todos com ulteriores referências.

8 Cf. art. 2.º I do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 1 segunda frase da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (referindo-se à dignidade humana); art. 1 I segunda frase da Lei Fundamental alemã (também referindo-se à dignidade humana).

9 A Corte Interamericana, contudo, não faz esse esforço de precisão, e sim deduz dever de punir diretamente da importância do direito humano e/ou da gravidade de sua violação. A diferenciada discussão sobre deveres constitucionais de proteção (BVerfGE 46, 160, 164 f.; 115, 118, 160; ISENSEE [nota 8] nm. 217 e ss, 295), para a qual a postulação de um dever de uma concreta atuação protetiva permanece algo excepcional, e sobre os deveres constitucionais de punir (referências em ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 2006, § 2 nm. 96), que sempre leva em conta o princípio da *ultima ratio*-Grundsatz, deveria receber maior atenção no Direito Penal internacional (entre as poucas exceções a quem não se dirige esta crítica encontra-se SEIBERT-FOHR, *PROSECUTING SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS*, Oxford, 2009, pp. 211 e s).

10 No mesmo sentido TOMUSCHAT (nota 6), pp. 317 e ss; SEIBERT-FOHR (nota 10), pp. 198 e ss; ao que parece também Corte Interamericana, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fn. 7), § 172.

11 A não ser que se eleve o suposto direito da vítima à punição do autor, que encontra cada vez mais defensores (referências abaixo, nota 20) e ao qual já retornaremos (abaixo 3.c)), a um direito humano – uma construção, que aqui não podemos discutir. É manifesta, contudo, a tensa relação dessas ideias com as

Não se trata, assim, de proteger o direito humano lesionado pelo delinquente, uma vez que a pena não desfaz o passado¹². A não punição pode ser um cumprimento insuficiente do dever de proteger direitos humanos para o futuro, de prevenir lesões a direitos humanos ainda não ocorridas¹³. Não é, assim, a pessoa cujo direito foi criminosamente violado quem se quer proteger pela punição, e um número indeterminado de detentores do mesmo direito, o qual ficaria desprotegido na ausência de punição.

Ainda que se conceda que, com essa fundamentação, se fundamente de forma convincente um dever de punir, não parece claro se esse dever é condicionado/*prima facie* ou incondicionado/cogente. Para obter a um dever absoluto nesse duplo sentido da palavra é necessário um argumento adicional, em cuja busca agora saíremos.

3. O argumento adicional

a) Ius cogens / obrigações erga omnes

As figuras do *ius cogens* ou das obrigações *erga omnes*, a que a doutrina frequentemente se refere no presente contexto¹⁴, fornecem uma paráfrase de um dever absoluto de punir na linguagem do direito internacional, e não uma fundamentação¹⁵. Fica ainda em aberto por que o dever de punir representa *ius cogens* ou tem a qualidade de *erga omnes*.

premissas do Direito Penal liberal (e talvez mesmo do direito internacional liberal, cf. SEIBERT-FOHR [nota 10], pp. 207 e ss), segundo as quais a pena é sempre problemática e carecedora de justificação, uma vez que a ideia desloca o ônus de justificação para aquele que é contrário à pena.

12 Cf. já WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 3: o Direito Penal chegaria «muito tarde». Outra conclusão seria imaginável no máximo a partir de uma teoria retributivista da pena (defendida, para o Direito Penal internacional, por LAGODNY, *ZStW* 113 [2001], pp. 800 e ss [806]; GIERHAKE, *Begründung des Völkerrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 168 e ss; IDEM, *Zur Legitimation des Völkerstrafrechts*, *ZIS* 2008, 354 e ss; em parte WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, 4.^a ed. 2011, nm. 117), uma teoria contudo, que implode a distinção entre não lesionar e proteger. A teoria da retribuição é de rechaçar-se, pelas conhecidas razões que se aduzem na discussão mais geral sobre os fundamentos do Direito Penal (cf., por todos, ROXIN [nota 10], § 3 nm. 8 e ss.; minhas críticas encontram-se, principalmente, em GRECO, in: *Estudos em homenagem a Tavares*, Madrid/São Paulo, 2012, pp. 263 e ss).

13 De que forma essa prevenção deveria ocorrer, seria de determinar-se em um terceiro passo argumentativo, fundado pela teoria preventivo-geral que se defenda.

14 BASSIOUNI, *Law & Contemporary Problems* 59 (1996), pp. 9 e ss (17 e s); CASSESE, *European Journal of International Law* 9 (1998), pp. 2 e ss (6); EL ZEIDY, *Michigan Journal of International Law* 23 (2002), pp. 940 e ss (947 e ss); DELLA MORTE, in: Fabri et alii. (coords.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, 2007, pp. 39 e ss (74 e s); NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes Against Humanity under International Law*, Leiden/Boston, 2007, pp. 217, 218 e ss; Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia, Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1 v. 10.12.1998, §§ 153 e ss, 155.

15 Mesma conclusão em TOMUSCHAT (Fn. 6), S. 342; PASTOR, in: *Libro Homenaje a Julio Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 699 e ss (p. 711 nota 61); NAQVI, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, Den Haag, 2010, p. 143.

b) Direito à memória ou à verdade

Um direito (das vítimas ou da sociedade) à verdade¹⁶ não conduz nem mesmo a um dever incondicionado de punir (uma vez que o processo penal não é nem de longe o melhor meio de descobrir a verdade histórica¹⁷), muito menos a um dever absoluto.

c) Direito das vítimas à punição do autor

Reportar-se a um suposto direito da vítima à punição do criminoso¹⁸ é uma estratégia duvidosa, a uma porque a existência desse direito não é nada evidente¹⁹, a duas porque não se enxerga de que modo ele seja capaz de fundamentar um dever absoluto de punir²⁰.

d) Combate à impunidade

Poder-se-ia recorrer ao grande coringa do Direito Penal internacional, a que já nos referimos inicialmente: o combate à impunidade²¹. A palavra impunidade, entretanto, é vazia de conteúdo²². Impunidade não é mera ausência de pena, e sim ausência de pena lá onde a pena deve ser imposta. Noutras palavras, impunidade é o descumprimento de um dever de punir. Não é possível, assim, fundamentar um dever de punir, muito menos um dever absoluto, reportando-se ao combate à impunidade, porque isso seria uma *petitio principii*.

16 Por ex., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos vs. Peru* v. 14.3.2001, §§ 41 e ss, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf; *Almonacid Arellano u.a. vs. Chile* u.a. v. 26.9.2006, §§ 86 e ss, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf, §§ 148 e ss.

17 Extensamente PASTOR, *Festschrift für Volk*, 2009, pp. 541 e ss; cf. também SILVA SÁNCHEZ, *Pace Law Review* 28 (2008), pp. 865 e ss (873); DAMASKA, in: Cassesse (coord.), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, pp. 175 e ss (180).

18 Por ex., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid* (nota 17), § 150; SLYE, *Virginia Journal of International Law* 43 (2002), pp. 173 e ss (192, 201).

19 Em favor desse direito REEMTMA, *Das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters – als Problem*, 1999, pp. 26 e s; HÖRNLE, *JZ* 2006, pp. 950 e ss; WEIGEND, *RW* 2010, pp. 39 e ss (51 e ss); críticos SILVA SÁNCHEZ, *Pace Law Review* 28 (2008), p. 877; SEIBERT-FOHR (nota 10), pp. 206, 223; e PASTOR (nota 16), pp. 706 e s.

20 Recordem-se, aqui, as concepções de BIGGAR, *Ethical Theory and Moral Practice* 5 (2002), pp. 167 e ss, que enxerga na satisfação da vítima («vindication») o principal fim da justiça penal, o qual poderia ser atingido também por uma renúncia tanto individual, quanto generalizada à pena; BLÜMMEL, *Der Opferspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, 2002, pp. 274 e ss, 277, que apenas se posiciona contra uma excessiva generosidade; e MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, Oxford/Portland, 2008, pp. 355 e ss, 376 e ss.

21 Por todos EL ZEIDY, *Michigan Journal of International Law* 23 (2002), pp. 943, 946 e ss. Sobre o conceito de impunidade AMBOS (nota 5), pp. 7 e ss.

22 Assim também SILVA SÁNCHEZ, *Pace Law Review* 28 (2008), p. 872.

e) Teorias da pena

Se se fizer o esforço de preencher a vazia ideia de impunidade com o conteúdo fornecido pelas teorias da pena, poder-se-ia até derivar um dever de punir a partir de razões de intimidação geral²³, de reafirmação dos valores dos direitos humanos violados²⁴ ou mesmo da justiça. Nenhuma dessas teorias da pena – pouco importa qual se considera correta²⁵ – chega, contudo, a um dever absoluto de castigar. As duas primeiras perseguem fins terrenos, de maneira que recorrem dados empíricos que sempre possuem natureza contingente; ademais, nenhum dos tradicionais defensores da ideia de pena como imperativo de justiça defende deveres de punir *pereat mundus*²⁶.

4. Conclusão intermediária

Chega-se, assim, a uma conclusão intermediária, que fecha a primeira parte do argumento do presente artigo. Não existe argumento a sustentar um dever absoluto de punir. No máximo, conseguiu-se fundamentar um dever condicionado e *prima facie* de punir.

IV. Os dois porquês de inexistir um dever absoluto de punir

O argumento até agora desenvolvido teve caráter que se poderia chamar de *falsificacionista*, no sentido de que ele examinou, uma por uma, possíveis fundamentações para o afirmado dever absoluto de punir, e demonstrou por que cada uma delas falha. Demonstrou-se, assim, que falta uma fundamentação. Esse argumento de falsificação tem um limite natural: seu alcance é restrito às fundamentações examinadas (e às que delas logicamente decorrem). Ele não exclui que se formule uma fundamentação ulterior.

23 Nesse sentido ROHT-ARRIAZA, *CallR* 78 (1990), p. 509; SEENYONJO, *ICLR* 7 (2007), p. 381.

24 SANCINETTI, *Derechos humanos en Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988, pp. 8 e ss; IDEM, in: *Libro Homenaje a Bacigalupo*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 811 e ss (814 e s); MARKEL, *University of Toronto Law Journal* 49 (1999), pp. 389 e ss (p. 392), que fala em um «expressivismo social»; substancialmente também SADAT, *Notre Dame Law Review* 81 (2006), pp. 955 e ss.

25 Minha posição nessa controvérsia em GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, trad. Dropulich/Béguelin, Madrid/São Paulo, 2015, pp. 276 e ss.

26 No meu «exemplo da ilha2», em que a punição do culpado lançaria a ilha de Kant em uma guerra civil, que teria por consequência a dissolução da sociedade (GRECO [nota 26], p. 234), nem mesmo KANT castigaria, uma vez que ele considera legítimo que se deixe de executar pena de morte quando há tantos criminosos envolvidos que a execução da pena acabaria com a existência do Estado (*Metaphysik der Sitten*, in: Weischedel [coord.], *Werke*, vol. VIII, 1993, pp. 307 e ss [primeira publicação: 1797], A 201/B 231).

Pretendo, na parte final do trabalho em que agora adentro, demonstrar que tampouco faz sentido seguir em busca dessa fundamentação ulterior. Tentarei, aqui, não mais proceder a uma falsificação de posições já defendidas, e sim a uma *prova negativa*, a uma prova da inexistência do dever absoluto de punir. Essa prova se baseará em dois argumentos: o primeiro deles demonstrará o porquê da inexistência de deveres absolutos no sentido de incondicionados; o segundo terá por objeto o absoluto no sentido de cogente.

1. Deveres meio nunca são absolutos no sentido de incondicionados

Se o fundamento do dever de punir é o dever de proteger direitos humanos (acima III. 2.), esta proteção tem a natureza de um fim que se almeja, para o qual a punição representa um meio. Torna-se, portanto, uma questão empírica se esse meio é o mais indicado, e é impossível excluir de antemão a existência de outros meios mais adequados.

O que importa, assim, será se o Estado consegue ou não cumprir o seu dever de proteger ativamente os direitos humanos sem o Direito Penal. Um dever de punir apenas surgirá quando esses meios alternativos forem insuficientes. O fato de que os direitos humanos obriguem o Estado a uma proteção ativa não significa que essa proteção tenha de dar-se apenas pelo Direito Penal²⁷.

Isso significa, concretamente, que sequer surgirá um dever de punir se o estado dispuser de uma *satisfatória estratégia de proteção alternativa* (no sentido de não penal). Não me parece possível, na presente sede, formular as exigências a que uma tal estratégia teria de atender. Limitar-me-ei a algumas considerações mais genéricas. Uma exigência clara e inafastável é a de que, se tal ainda não for o caso, *se institucionalize um Estado de Direito*, isto é, um Estado cujo poder é limitado pelo reconhecimento de direitos individuais²⁸. Isso porque a existência de um Estado de Direito é pressuposto institucional de que os direitos humanos não fiquem abandonados a ulteriores violações. Ainda que eu não possa aqui estender-me sobre as demais exigências a que tem de atender essa estratégia de proteção não penal, não há porque excluir que elas possam ser cumpridas por um *sancionamento extra penal*²⁹, ou mesmo por vias não sancionatórias, como pelo estabelecimento de uma *comissão de verdade* ou

27 Assim também GÜNTHER, in: Beulke *et alii* (coords.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2009, pp. 79 e ss (98).

28 Se o conceito de Estado de Direito deve ou não ser enriquecido com ulteriores elementos, como com o reconhecimento de direitos sociais ou políticos, pode aqui ficar em aberto.

29 Sobre as possibilidades cf. WERLE, in: Muñoz Conde/Vormbaum (coords.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, 2010, pp. 15 e ss (21).

por *medidas de reparação*³⁰. É importante, contudo, que elas funcionem, isto é, representem proteção igual à que seria de esperar-se do Direito Penal.

Se o *presente acordo de paz colombiano* é uma medida satisfatória, não cumpre a mim avaliar; se isso puder ser afirmado, haverá que admitir que o fim de proteção de direitos humanos estará assegurado, de modo que o dever de punir, dever-meio, sequer chegaria a surgir.

2. Deveres de ação nunca são absolutos no sentido de cogentes

O dever de punir é, além de um dever-meio, um dever positivo, um dever de atuar. Deveres de atuar só podem ser absolutos numa única situação, que dificilmente se verificará na realidade: na situação em que o sujeito obrigado não se encontra obrigado por nenhum outro dever de força igual ou superior³¹. Se o sujeito tiver também deveres adicionais, não se poderá excluir a possibilidade de uma colisão entre esses deveres, de maneira que um deles tenha de ceder. Apenas deveres negativos, de omissão, são imagináveis como deveres cogentes, uma vez que o seu cumprimento depende apenas de que o sujeito obrigado nada faça. Uma colisão de dever de omitir com outro dever de omitir é inimaginável³².

A punição é um atuar positivo. Os Estados contemporâneos estão subordinados não apenas a um dever de punir, como também a uma série de outros deveres de atuar e de omitir, como o dever de promover e de não pôr em risco a paz, o Estado de Direito, os direitos humanos etc. Ou seja, não se pode excluir uma colisão entre esses deveres. O dever de punir como dever cogente é, portanto, impensável, porque se trata de um dever de atuar, dirigido a um sujeito que está adstrito a vários outros deveres, de atuar e de omitir.

Querer defender o contrário reportando-se à natureza «absoluta» no sentido de resistente a considerações de emergência ou de necessidade de determi-

30 Sobre essa problemática em profundidade PLESSIS/PETÉ (coords.), *Repairing the Past?*, Antwerpen/Oxford, 2007; de forma breve WERLE (nota 30), p. 20.

31 GRECO (nota 25), pp. 120 e ss. Trata-se, assim, dos mesmos princípios com base nos quais se resolvem as chamadas colisões de deveres no Direito Penal (cf. ROXIN, *AT I* 4.^a ed. 2006, § 16 nm. 115 e ss) e no direito constitucional (WAHL/MASING *JZ* 1990, pp. 553 e ss [559]; *BVerfGE* 115, 118, 160) – que, por sua vez, derivam de uma filosofia moral não exclusivamente consequencialista, isto é, voltada à maximização de bens (cf. ademais ODERBERG, *Moral Theory: A Non-Consequentialist Approach*, Malden, 2000, pp. 130 e ss).

32 Reconheço que isso é controvertido; em sentido contrário pioneiramente HRUSCHKA, *Festschrift für Larenz*, 1983, pp. 257 e ss (261 e s); contra também NEUMANN, in: *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 421 e ss (430). Não é possível, aqui, tomar posição sobre essa tese de que deveres de omissão também podem colidir; uma réplica convincente encontra-se em T. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 205 e ss, com muitas ulteriores referências às pp. 187 e ss.

nados direitos humanos (por ex., art. 27 II da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 2 II da Convenção contra a Tortura; art. 4 II do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 15 II da Convenção Europeia de Direitos Humanos)³³ tampouco é suficiente, porque essa pretensão de vigência absoluta só faz sentido no que diz respeito ao dever de omitir derivado do direito humano em questão, e não ao dever de atuar³⁴.

Em que situações o dever de punir em si existente é derrotado por outros deveres tampouco posso especificar na presente sede. Limito-me, aqui, a mencionar que, se o dever de punir deriva do dever de proteger direitos humanos, o dever contrário deve ter hierarquia comparável. Se direitos são trunfos que prevalecem sobre considerações de bem comum ou dos interesses da maioria³⁵, os deveres contrários não podem fundar-se apenas em considerações dessa ordem, e sim também no *respeito e asseguramento de direitos humanos*. Não será possível, assim, deixar de castigar por razões referidas à soberania nacional ou à democracia. A paz social será um argumento, desde que ela não seja entendida como ausência de discussão, e sim como situação em que não ocorrem violações sistemáticas de direitos humanos. Argumentos importantes serão, principalmente, o dever de não violar os direitos humanos dos suspeitos dessas violações, e o dever de não perpetuar uma situação de conflito que represente perigos para os direitos humanos, ou de não impedir ou fragilizar a institucionalização do Estado de Direito³⁶. Para maiores detalhes, reporto-me a meu estudo sobre a permissibilidade de anistias no Direito Penal internacional, em que as ideias aqui apresentadas de forma mais abstrata são desenvolvidas diante de um exemplo concreto³⁷.

33 Como parece fazer ROHT-ARRIAZA *CallR* 78 (1990), p. 487: «A necessary corollary of the nonderogability of such rights is that the actions are always subject to sanction and remedy»; em tendência também ORENTLICHER, *YLJ* 100 (1991), p. 2607 e ss.

34 Não se deve fazer nenhuma concessão a essa cogência dos deveres em questão (cf., com base no exemplo da tortura em situações de bomba-relógio, GRECO, in: *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del derecho penal*, trad. Riggi, Buenos Aires, 2014, pp. 16 e ss); essa pretensão de cogência se dirige, contudo, apenas ao dever negativo, que impõe uma omissão, não, porém, a deveres positivos de proteção (a opinião dominante é aqui ainda pouco diferenciada, cf. por todos BUERGENTHAL, in: Henkin (coord.), *International Bill of Rights*, New York, 1981, pp. 72 e ss (83 e s); em detalhe MASLATON, *Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz*, 2002, pp. 77 e ss, 100 e s).

35 Pioneiramente DWORKIN, *Rights as Trumps*, in: Waldron (coord.), *Theories of Rights*, 1984, pp. 153 e ss.

36 Bastante próximo NINO, *YLJ* 100 (1991), pp. 2619 e ss (2638 e ss); MAY, *Crimes Against Humanity*, Cambridge, 2005, p. 245; DENCKER, *ZIS* 2008, pp. 298 e ss (302 e s), que acertadamente releva que nem sempre se tratará de um conflito entre direitos humanos e política, mas muitas vezes de direitos humanos entre si.

37 GRECO, *GA* 2012, pp. 670 e ss.

V. Conclusão

Não há deveres absolutos de punir. Há, sim, um dever de punir, derivado do dever mais geral de proteger direitos humanos. Esse dever, contudo, não tem natureza incondicionada e cogente. Primeiramente, não se encontra qualquer fundamentação para tanto. Em segundo lugar e de forma mais fundamental, esse fundamento é impossível, porque um dever de punir derivado de um dever de proteger tem a natureza de dever-meio e de dever de atuação positiva. Ocorre que um dever-meio nunca pode ser incondicionado, e um dever de ação só poderá ser cogente se for o único dever a que o sujeito se encontra vinculado.

Quem se reporta a direitos humanos para defender uma obrigação absoluta de punir está, em verdade, preocupado não mais com direitos de pessoas concretas que cumpre proteger, e sim mostrando-se disposto a sacrificar esses direitos e essas pessoas em nome de uma suposta ideia de direitos humanos desvinculada de seus reais titulares. O direito internacional e o direito penal dos direitos humanos têm de ser, antes de qualquer outra coisa, direitos de proteção de seres humanos concretos.

A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia^{*}

Paulo de Sousa Mendes

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais

SUMÁRIO

Introdução

- I. O autobranqueamento de capitais
 1. A pressão do GAFI
 2. A Proposta de Diretiva
 3. Os argumentos contrários
- II. O branqueamento de capitais
 1. A legitimação da incriminação do branqueamento de capitais
 2. A crítica dos pressupostos da incriminação do branqueamento de capitais
- III. O fracasso da repressão do branqueamento de capitais para efeitos de confisco das vantagens do crime
- IV. A prioridade à prevenção administrativa do branqueamento de capitais
 1. A prevenção administrativa no contexto da harmonização europeia
 2. A finalidade da prevenção administrativa do branqueamento de capitais
 3. A aplicação efetiva do Direito e o cumprimento normativo voluntário

* O presente texto serviu de guião à conferência realizada pelo A. em 20.09.2017, no Congresso Internacional sobre «Garantías procesales de investigados y acusados: Situación actual en el ámbito de la Unión Europea», organizado pelo Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, em Valladolid, nos dias 28 e 29 de setembro de 2017.

- V.** Os programas de cumprimento normativo voluntário levados a sério
 - 1. O ónus de prova das medidas implementadas contra falhas organizacionais
 - 2. A responsabilidade criminal de titulares do órgão de administração, de dirigentes ou de trabalhadores
 - 3. A responsabilidade criminal do oficial de cumprimento
- VI.** A fuga para a frente através da punição do autobranqueamento
- VII.** O foco na perda alargada como método de recuperação de ativos

Conclusões

Introdução¹

O atual foco no autobranqueamento de capitais despreza as razões de política criminal que levaram à criminalização do branqueamento de capitais, enquanto instrumento de descoberta do rasto do dinheiro e confisco das vantagens provenientes do ilícito antecedente, além de que esbanja os escassos recursos humanos do sistema de administração de Justiça na instrução e julgamento de processos-crime desnecessariamente complexos quando o beneficiário económico da atividade criminosa já está naturalmente referenciado nos autos, enquanto agente do crime principal. No presente texto procuraremos demonstrar que a punição do autobranqueamento é uma fuga para a frente, destinada a desviar as atenções do fracasso da estratégia de política criminal implementada através da punição do branqueamento de capitais. Criticamos a opção de política criminal que levou à criminalização do autobranqueamento de capitais num número crescente de países e, em alternativa, procuraremos tirar as devidas ilações daquilo que tem corrido mal na punição do branqueamento de capitais, especialmente no tocante à eficácia de tal punição para o desmembramento das associações criminosas e a recuperação dos ativos que têm origem na atividade criminosa altamente organizada.

I. O autobranqueamento de capitais

A Convenção CE de Estrasburgo (1990) admite que as Partes prevejam, nas respetivas ordens jurídicas, que as infrações de branqueamento de capitais não se aplicam aos agentes do ilícito antecedente [art. 6.º, n.º 2, alínea b)]. A Convenção NN.UU. de Palermo (2000) permite que cada legislação interna determine que as infrações de branqueamento de capitais não se aplicam às pessoas que tenham cometido a infração principal [art. 6.º, n.º 2, alínea e)]. A Convenção CE de Varsóvia (2005) aceita igualmente que as infrações de branqueamento de capitais não se apliquem às pessoas que praticaram a infração principal [art. 9.º, n.º 2, alínea b)].

1 Siglas e abreviaturas em uso: Autor – A., Autores Vários – AA.VV., *Absatz* – Abs., Assembleia Geral das Nações Unidas – AG-NN.UU., *Bundesgerichtshof* – BGH, Conselho da Europa – CE, Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH, *Codice Penale* italiano – CPI, Código Penal português – CP, *Código Penal* espanhol – CPe, Departamento Central de Investigação e Ação Penal – DCIAP, *Financial Action Task Force* – FATF, Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, Nações Unidas – NN.UU., Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos – PIDCP, *Revista da Ordem dos Advogados* – ROA, *Satz* – S., *Strafgesetzbuch* – StGB, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH e Unidade de Informação Financeira – UIF.

1. A pressão do GAFI

Mas a pressão do GAFI/FATF tem sido muito grande no sentido de os países criminalizarem o autobranqueamento de capitais². A Alemanha foi criticada pelo GAFI por alegada insuficiência legislativa na previsão e punição do branqueamento de capitais, em especial por causa da impunidade do autobranqueamento, sendo confrontada com a iminência de um procedimento de monitorização (*Überwachungsverfahren*) por parte do GAFI e ainda com a possibilidade de vir a ser considerada como país de alto risco (*Hochrisikoland*)^{3/4}. Na Alemanha, o § 261 Abs. 9 S. 2 do StGB excluía expressamente a punição do autobranqueamento de capitais (*Selbstgeldwäsche*)⁵, até que a introdução do § 261 Abs. 9 S. 3 StGB pela Lei do Combate à Corrupção (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*), de 20.11.2015 (em vigor desde 26.11.2015), veio prever uma exceção à impunidade do autobranqueamento se o agente do ilícito antecedente ocultar a origem ilícita do bem perante o executor material das operações de reciclagem⁶.

Em Espanha, o art. 301 do CPe omitia a questão, até que a Lei Orgânica n.º 5/2010, de 22.06 (em vigor desde 24.12.2010), decretou, através de nova redação do art. 301 do CPe, a punição do autobranqueamento de capitais (*autoblanqueo de capitales*).

Em Itália, o art. 648-bis do CPi excluía a punibilidade dos agentes do ilícito antecedente pelo crime de reciclagem (*riciclaggio*), até que foi introduzido, através do art. 3 da Lei n.º 186, de 15.12.2014 (em vigor desde 01.01.2015), o novo art. 648-ter-1 do CPi, prevendo e punindo a autorreciclagem (*autorriciclaggio*).

Em Portugal, a lei, desde a revisão do CP de 2004 (Lei n.º 11/2004, de 27.03), manda punir expressamente o branqueamento de vantagens «obtidas por si», nos termos do art. 368.º-A, n.º 2, do CP⁷, o que tem sido frequentemente

2 Para desenvolvimentos sobre a criação e importância do GAFI, por todos, cf. KOSLOWSKI (2016), pp. 110-118.

3 Cf. «OECD-Kritik an Deutschland bei Geldwäschebekämpfung», *Deutscher Bundestag*, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/1763 (17.06.2014).

4 KOSLOWSKI (2016), p. 190.

5 GLASER (2009), pp. 5-72, e KOSLOWSKI (2016), pp. 188-190.

6 § 261 Abs. 9 S. 3 StGB: «A impunidade prevista no inciso 2 é excluída se o autor ou participante trazer um bem resultante de um [...] ato ilícito no tráfego jurídico, tendo ocultado a origem ilícita do bem.» Em língua original: «Eine Strafflosigkeit nach Satz 2 ist ausgeschlossen, wenn der Täter oder Teilnehmer einen Gegenstand, der aus einer [...] rechtswidrigen Tat herrührt, in den Verkehr bringt und dabei die rechtswidrige Herkunft des Gegenstandes verschleiert.»

7 O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.01.1993, que reviu a legislação de combate à droga, criminalizou o branqueamento de capitais pela primeira vez em Portugal (artigo 23.º). O Decreto-Lei n.º 313/93, de 15.09.1993, manteve a relação do branqueamento com o crime de tráfico de estupefacientes. O Decreto-Lei n.º 325/95, de 02.12.1995, acrescentou à lista de crimes subjacentes o terrorismo, o tráfico de armas,

interpretado como previsão do autobranqueamento de capitais e imposição do concurso efetivo entre o branqueamento e o crime principal⁸.

2. A Proposta de Diretiva

Em dezembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Combate ao Branqueamento de Capitais através do Direito Penal. O artigo 3, n.º 3, da Proposta de Diretiva visa a introdução da obrigação de criminalização do autobranqueamento pelos Estados-membros. O autobranqueamento foi um dos pontos em que se centraram os debates no Conselho, tendo este adotado, em 8 de junho de 2017, a sua posição sobre a Proposta de Diretiva, seguindo-se como próximas etapas as negociações entre o Conselho e o Parlamento sobre o texto final assim que este último tiver definido também a sua posição⁹. A posição do Conselho sobre o autobranqueamento teve uma reserva da Alemanha, como era de esperar, em função da punição excecional do autobranqueamento na ordem jurídica alemã. Até à data a Alemanha somente aceitou punir, aliás a contragosto, as situações que configuram uma autoria mediata de autobranqueamento através da instrumentalização por indução em erro do executor imediato do crime. Dificilmente deixaria, assim, de pôr reservas à punibilidade/regra do autobranqueamento.

3. Os argumentos contrários

A discussão sobre a criminalização do autobranqueamento de capitais não acaba aqui. Ainda é uma questão premente, que tem de ser considerada à luz

a extorsão de fundos, o rapto, o lenocínio, a corrupção e outras infrações previstas na Lei n.º 36/94, de 29.09.1994 (Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira). Aquele decreto-lei seria sucessivamente alterado pela Lei n.º 65/98, de 02.09.1998, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 09.11, pela Lei n.º 104/2001, de 25.08, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17.12. Seguidamente, a Lei n.º 10/2002, de 11.02, alargou os crimes subjacentes, que passaram a incluir o tráfico de produtos nucleares, o tráfico de pessoas, o tráfico de órgãos ou tecidos humanos, a pornografia com menores, o tráfico de espécies protegidas e a fraude fiscal, bem como todos os crimes punidos com pena de prisão de limite máximo superior a 5 anos (critério misto qualitativo e quantitativo). De 1993 a 2004, o branqueamento manteve-se sempre fora do Código Penal. A Lei n.º 11/2004, de 27.03 (Lei do Branqueamento), transferiu as normas incriminadoras do branqueamento para dentro do Código, passando as mesmas a constar do artigo 368.º-A do CP.

8 Neste sentido, GODINHO (2011), p. 77. Mas esta não é a única interpretação possível do texto legal, como refere FERREIRA LEITE (2016), pp. 105-106, n. 4447.

9 Online: <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/06/08-counteracting-money-laundering-by-criminal-law/> (consultado em 19.09.2017).

dos princípios de Direito Penal¹⁰. Não podemos deixar de notar que seria preciso uma enorme carga de legitimação para explicar esta punição, pois parece haver aqui uma violação do princípio *ne bis in idem*¹¹. Na verdade, a ação de conversão, ocultação ou aquisição de vantagens pode ser considerada como o último estágio do ilícito antecedente¹². Assim sendo, o autobranqueamento representa um facto posterior não punível¹³. Caso contrário, o autobranqueamento corresponderia a uma dupla punição.

Importa ainda notar que é natural que o agente do crime principal queira evitar os riscos de perseguição penal. Assim sendo, a ordem jurídica não pode valorar autonomamente como branqueamento de capitais a reciclagem dos proventos do ilícito antecedente, a menos que se entenda que o criminoso tem o dever de expor o próprio crime, autoincriminando-se, o que é inaceitável¹⁴. Basta lembrar o privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)¹⁵¹⁶.

Mas não faremos uma discussão aprofundada destes argumentos. O ponto que gostaríamos de destacar é antes que o foco no autobranqueamento ignora as razões de política criminal que levaram à criminalização do branqueamento de capitais, enquanto instrumento de descoberta do rasto do dinheiro e confisco das vantagens provenientes do ilícito antecedente, além de que esbanja os escassos recursos humanos do sistema de administração de Justiça na instrução e julgamento de processos-crime desnecessariamente complexos quando o beneficiário económico da atividade criminosa já está naturalmente referenciado nos autos, enquanto agente do crime principal.

10 SOUSA MENDES/REIS/MIRANDA (2008), p. 798.

11 SOUSA MENDES/REIS/MIRANDA (2008), p. 799, e FERREIRA LEITE (2016), pp. 113.

12 COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE (2017), p. 7.

13 ASCENSÃO (1999), pp. 347-348.

14 BAJO/BACIGALUPO (2001), p. 689, nota 33.

15 O privilégio contra a autoincriminação é reconhecido por vários instrumentos de direito internacional convencional. Em especial, veja-se o artigo 6.º da CEDH e a sua interpretação pela jurisprudência do TEDH. Mas veja-se sobretudo a alínea g) do n.º 3 do artigo 14.º do PIDCP, adotado pela AG-NN.UU., um normativo que é taxativo quanto ao direito de a pessoa «não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada». Este princípio também se encontra consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José de Costa Rica, que garante à pessoa «o direito de não depor contra si mesma, e não confessar-se culpada».

16 SOUSA MENDES/REIS/MIRANDA (2008), p. 806, e COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE (2017), p. 7.

II. O branqueamento de capitais

O branqueamento de capitais constitui universalmente um crime derivado, de referência ou de conexão (ou outra designação equivalente), no sentido de que tem como pressuposto a realização de um ilícito antecedente, de onde sejam provenientes as vantagens convertidas, ocultadas ou adquiridas. Esta conexão do crime de branqueamento de capitais com um ilícito antecedente só encontra paralelo em alguns, aliás bem poucos, tipos de crime clássicos, tais como o encobrimento¹⁷, a recetação, o favorecimento real e o favorecimento pessoal, onde estão igualmente em causa os obstáculos colocados pelos respetivos agentes à atividade probatória ou preventiva da entidade competente relativamente a um ilícito antecedente¹⁸.

O ilícito antecedente funciona como pressuposto do branqueamento de capitais, mas, enquanto tal, tem de ser provado¹⁹. A prova da materialidade do ilícito antecedente é especialmente difícil. Seria fácil se dependesse simplesmente de decisão judicial prévia sobre o ilícito antecedente. Mas o tipo legal do branqueamento de capitais dispensa, na generalidade dos países, qualquer decisão anterior sobre o ilícito antecedente. Na verdade, a eventual exigência de uma sentença penal, transitada em julgado, relativamente ao ilícito antecedente deixaria impunes os agentes na esmagadora maioria dos casos de branqueamento de capitais e frustraria mesmo a intenção de política criminal que levou à criação deste tipo de crime.

É preciso lembrar que a investigação do branqueamento de capitais promove a identificação e punição dos autores, coautores e participantes dos

17 GARCÍA PÉREZ (2008), pp. 60-64.

18 ABANTO VÁSQUEZ (2015), p. 51.

19 Alguma doutrina recusa expressamente que o ilícito antecedente possa ser considerado como elemento típico do branqueamento de capitais, sob pena de, sendo o ilícito antecedente praticado por pessoa diversa do autor, termos de admitir uma responsabilidade criminal por facto alheio. Neste sentido, CAEIRO (2003), p. 1094. Outros setores da doutrina não enjeitam considerar o ilícito antecedente como elemento típico. Neste sentido, por exemplo, CARO CORIA/ASMAT COELLO (2013), p. 114, FILIPPETTO (2011), p. 148, e SATULA (2010), p. 84. Outras vozes, porém, preferem considerar o ilícito antecedente como uma condição objetiva de punibilidade. Neste sentido, CANAS (2004), p. 150. Há, por fim, doutrina residual que considera o ilícito antecedente como um pressuposto do branqueamento de capitais, mas sem tomar posição sobre se tal significa considerá-lo como elemento típico ou condição objetiva de punibilidade. Neste sentido, GODINHO (2001), p. 165. Convenhamos que falar simplesmente em pressuposto é iludir os instrumentos da dogmática da infração criminal, pelo que não se pode deixar de tomar posição nesta matéria. Ora, a classificação como condição objetiva de punibilidade parece ser a mais adequada, pois é a única que é compatível com a impossibilidade de controlo do ilícito antecedente por parte do autor do branqueamento de capitais. Sobre a esfera objetiva de domínio do destinatário da norma e a definição das condições objetivas de punibilidade, COSTA PINTO (2013), pp. 1034-1057.

ilícitos antecedentes, sejam quais forem esses ilícitos. É a própria investigação do branqueamento de capitais que desperta as suspeitas da prática de ilícitos antecedentes, que depois terão de ser adrede investigadas no âmbito de processos-crime abertos para o efeito em território nacional. Dado que a punição do branqueamento de capitais terá lugar ainda que o ilícito antecedente não tenha sido praticado em território nacional, ainda nestes casos a investigação do branqueamento de capitais promove a cooperação judiciária internacional em matéria penal num mundo globalizado.

Trata-se de uma estratégia de política criminal orientada para a descoberta do rasto do dinheiro (*money trail*). Na verdade, a investigação do branqueamento de capitais permite reconstituir os fluxos do dinheiro e, dessa forma, chegar aos seus beneficiários económicos finais, os quais, como se presume, só podem ser os autores, coautores e participantes dos ilícitos antecedentes²⁰.

Assim, a incriminação do branqueamento de capitais serve, em princípio, para melhorar os resultados da repressão penal contra certas formas de criminalidade organizada, desde logo agindo-se contra os intermediários das operações de reciclagem dos proventos ilícitos como meio de atingir os autores, coautores e participantes do crime organizado e os respetivos negócios²¹.

1. A legitimação da incriminação do branqueamento de capitais

Não se pode aceitar a legitimidade da incriminação do branqueamento de capitais só com base na sua utilidade instrumental para a repressão do crime organizado, senão estaríamos defronte de um método de obtenção de prova, em vez de um verdadeiro crime. Daí que a doutrina procure identificar um ou mais bens jurídicos tutelados pela incriminação do branqueamento de capitais, de molde a justificar, à luz do binómio da dignidade penal e da necessidade de pena, a autonomia do próprio crime de branqueamento de capitais.

Ao nível macroeconómico, o fenómeno do branqueamento de capitais constitui uma ameaça às políticas económicas, dando sinais errados aos mercados e podendo afetar a estabilidade das economias. Ao nível microeconómico, o branqueamento de capitais provoca situações de concorrência desleal e perturba a circulação dos bens no mercado, na medida em que são frequentemente usadas empresas de fachada. Ao nível político, o branqueamento de capitais ameaça a estabilidade e o funcionamento das instituições do Estado de direito democrático, pois anda normalmente associado à criminalidade organizada,

20 BRANDÃO (2002), p. 20.

21 ALLDRIDGE (2016), pp. 1-31.

que usa os proventos da atividade criminosa para a corrupção das estruturas de poder e o controlo dos meios de comunicação social. O branqueamento de capitais ameaça também a administração da Justiça, na medida em que dificulta a identificação e a punição dos autores, coautores e participantes dos ilícitos antecedentes. Finalmente, o branqueamento de capitais aparece cada vez mais associado ao financiamento do terrorismo, não obstante este poder ser também financiado com capitais de proveniência inteiramente lícita²². Em todos estes interesses ameaçados pelo branqueamento de capitais consegue a doutrina divisar matéria para potenciais bens jurídicos²³.

Todos esses bens jurídicos são, porém, ameaçados remotamente, ainda que se entenda que o branqueamento de capitais oferece aos autores, coautores e participantes dos ilícitos antecedentes a possibilidade de disporem dos lucros da sua atividade criminosa e de usarem-nos para corromper os fundamentos da sociedade e as respetivas instituições democráticas. Por conseguinte, o crime de branqueamento de capitais é mais um exemplo da expansão do chamado Direito Penal do risco, caracterizado pela criação de crimes de perigo abstrato e pela proteção de bens jurídicos vagos e indiferenciados²⁴.

2. A crítica dos pressupostos da incriminação do branqueamento de capitais

Não seria assim se o crime de branqueamento de capitais fosse construído claramente como pós-delito, o que implicaria que: (i) o autor não pudesse ser também autor, coautor ou participante do ilícito antecedente; (ii) a penalidade do crime de branqueamento não pudesse exceder a do ilícito antecedente; (iii) a lista dos ilícitos antecedentes aos quais se refere o crime de branqueamento de capitais fosse limitada à criminalidade organizada; (iv) as modalidades negligentes de branqueamento de capitais não fossem puníveis; (v) a separação entre a repressão e a prevenção do branqueamento de capitais fosse claramente estabelecida²⁵.

Mas o crime de branqueamento de capitais galgou, entretanto, tamanha distância relativamente aos ilícitos antecedentes e conquistou tais foros de au-

22 ALLDRIDGE (2016), pp. 33-39, e KOSLOWSKI (2016), pp. 51-60.

23 BRANDÃO (2002), pp. 20-23, MOLINA FERNÁNDEZ (2009), pp. 92-95, e KOSLOWSKI (2016), pp. 67-73.

24 BAJO (2009), pp. 14-15.

25 BAJO (2009), p. 12.

tonomia que agora até parece que o branqueamento de capitais é reprovado por si mesmo. Por isso se percebe a crítica certa daqueles que dizem que «o sistema repressivo tende a deslocar-se dos culpados para os inocentes»²⁶. Nesta perspetiva, os «culpados» são os autores, coautores e participantes dos ilícitos antecedentes, que acabaram esquecidos pela ordem jurídica, ao passo que os «inocentes» são os autores do crime da moda, designadamente quando atuam negligentemente e não indagam a origem das vantagens que convertem, ocultam ou adquirem²⁷.

Não queremos passar ao lado dos referidos problemas de legitimidade da incriminação do branqueamento de capitais à luz dos princípios do Direito Penal no quadro de um Estado de direito democrático, mas vamos doravante privilegiar os problemas de (in)eficácia dessa incriminação. Na verdade, os elementos do GAFI, instituído em 1989 por iniciativa do G7 e criado com a missão de promover a luta contra o branqueamento de capitais e, desde 2001, o financiamento do terrorismo à escala mundial, só são, porventura, sensíveis às críticas pragmáticas²⁸. Por conseguinte, é importante que a doutrina penal mostre que está atenta também à dimensão prática dos problemas do Direito Penal contemporâneo.

Com o presente texto procuraremos, assim, cingir-nos a alguns aspetos práticos que não devem ser descurados defronte do fenómeno do branqueamento de capitais. São eles: (i) o fracasso da perseguição do branqueamento de capitais para efeitos de confisco das vantagens do crime; (ii) a necessidade de priorizar a prevenção do branqueamento de capitais; (iii) a importância do sistema global de prevenção administrativa do branqueamento de capitais; (iv) a complementaridade entre a aplicação efetiva do Direito (*law enforcement*) e o cumprimento normativo voluntário (*compliance*).

26 ASCENSÃO (1999), p. 343.

27 Tal ocorre sobremaneira quando – citando mais uma vez ASCENSÃO (1999), p. 343 – se «[alarga] o círculo, de maneira a fazer abranger crimes que não têm já nada que ver com a preocupação que está na origem da incriminação», assim se «confundi[ndo] tudo, admiti[ndo-se] reações desproporcionadas e p[ondo-se] em causa os resultados que se pretendiam atingir». No Brasil, chega-se ao absurdo de criminalizar a ocultação de bens ou valores provindos de qualquer infração penal, incluindo as contravenções penais, nos termos da Lei n.º 9613, de 03.03.1998, posteriormente modificada pela Lei n.º 12 683, de 09.07.2012. Para desenvolvimentos, SILVEIRA (2015), pp. 57-58.

28 É muito contestável a visão que provém apenas de uma equipa (*task force*) cujo principal objetivo é a luta contra o branqueamento de capitais à escala mundial, pois esta torna-se refém, por definição, de uma estratégia monotemática e unidimensional, que se reproduz a si mesma e não toma em conta os fins últimos do Direito Penal. Isto para já não falar no facto de essa estratégia corresponder aos interesses de um número limitado de países industrializados, como refere GALAIN PALERMO (2015), p. 329.

III. O fracasso da repressão do branqueamento de capitais para efeitos de confisco das vantagens do crime

Em princípio, a repressão penal do branqueamento de capitais não onera com a privação da liberdade os agentes do crime organizado, mas sim os encobridores que dolosamente facilitam o investimento dos ganhos ilegais nos mercados económicos e financeiros.

A par da punição dos encobridores, a repressão penal do branqueamento de capitais permite ainda o descobrimento dos fluxos de ativos de origem ilícita e, nessa medida, pode servir para desencadear os mecanismos jurídicos do confisco dos proventos da criminalidade organizada. O próprio processo-crime contra os agentes do branqueamento de capitais propicia um contexto procedimental adequado para operacionalizar a máxima de que «o crime não compensa». A dificuldade está em declarar perdidos a favor do Estado os ativos de uma pessoa diferente da pessoa condenada por ilícito de branqueamento de capitais, supondo que o tribunal logrou persuadir-se de que os bens em questão resultaram de específicas atividades criminosas. O instituto do confisco das vantagens do crime pode aqui encontrar aplicação, exigindo-se apenas que os factos – neste caso, o ilícito típico antecedente de que provêm as vantagens²⁹ – possam ser imputados a uma pessoa determinada, não sendo necessária uma acusação formal, mas bastando, em abstrato, essa possibilidade no âmbito de processo-crime a instaurar³⁰. Tratar-se-ia, assim, de uma modalidade de confisco de bens não baseada em decisão de condenação (*non-conviction based asset confiscation*)³¹.

Não se pode, porém, depositar grandes esperanças na eficácia da repressão penal do branqueamento de capitais como meio de privar os agentes das infrações antecedentes das vantagens das suas atividades ilícitas. Seria preciso que o Ministério Público procedesse à apreensão cautelar dos ativos pertencentes aos agentes das infrações antecedentes e consignasse tais ativos como vantagens da prática do crime de branqueamento de capitais na acusação, promovendo depois a sua perda junto do Tribunal e aguardando que a decisão judicial se tornasse definitiva e fosse executada³². O resultado final será, as mais das vezes, dececionante, pois raras vezes serão superados todos os obstáculos que se antepõem ao confisco das vantagens ou perda limitada de bens neste contexto.

29 CONDE CORREIA (2012), pp. 80-81, n. 139.

30 CONDE CORREIA (2012), p. 95.

31 CONDE CORREIA (2012), p. 95.

32 CONDE CORREIA/RODRIGUES (2017), p. 27.

IV. A prioridade à prevenção administrativa do branqueamento de capitais

Gostaríamos de destacar uma outra dimensão do problema do branqueamento de capitais, que é a necessidade da prevenção. No tocante à prevenção do branqueamento de capitais, o discurso é diferente. Se quisermos, a componente mais promissora do discurso começa aqui.

A política criminal contemporânea assenta em dois pilares, o preventivo e o repressivo³³. A prevenção criminal é uma função administrativa, enquanto garantia da segurança pública. Mas não escapa às amplas competências do Ministério Público. O Ministério Público não é apenas o órgão do Estado que exerce a persecução penal.

São cada vez mais difíceis de traçar as fronteiras da prevenção criminal com a própria investigação criminal, como acontece diante do aparecimento na prática de distintas modalidades de procedimentos administrativos, investigações preliminares, pré-inquéritos, investigações proativas ou o que se lhes queira chamar. A prevenção criminal tem vindo a ganhar múltiplas facetas e crescente intensidade, podendo até incluir a utilização de métodos ocultos de obtenção de provas (*e.g.*, agentes infiltrados)³⁴. Mas a utilização de agentes infiltrados na prevenção criminal do branqueamento de capitais é inadequada. Que sentido faria infiltrar funcionários da polícia com identidades falsas nos bancos, nas sociedades de leilões de arte ou nos clubes de futebol para detetarem possíveis situações do branqueamento de capitais? São sociedades comerciais legítimas.

Também não é comum a disponibilização pelo Ministério Público de linhas diretas de denúncia (*whistleblowing hotlines*) do branqueamento de capitais. Ao Ministério Público interessa recolher informação dos particulares sobretudo sobre os ilícitos antecedentes, tais como a corrupção e as fraudes.

Mas a prevenção não visa necessariamente o impedimento ou a sinalização do próprio crime de branqueamento de capitais. Mais eficaz é a prevenção que atua sobre as fontes de risco que tornam as entidades financeiras (*e.g.*, os bancos, as bolsas) e não financeiras (*e.g.*, as sociedades de leilões, os clubes de futebol) vulneráveis às operações de branqueamento de capitais. A prevenção que atua sobre as fontes de risco seria igualmente eficaz mesmo se o branqueamento de capitais não fosse previsto e punido por lei como infração criminal. Que a prevenção nada tem a ver com a criminalização do branqueamento de capitais é fácil de demonstrar, nem que seja através de um apontamento

33 Na Europa, pode falar-se de uma autêntica viragem preventiva (*preventive turn*) a partir dos anos 80 do século passado, segundo CRAWFORD (2009), p. xvi.

34 SIEBER (2016), pp. 351-372.

histórico, a saber: nos Estados Unidos da América, que, como todos sabemos, foi o país pioneiro nesta matéria, o *Bank Secrecy Act*, de 1970, que foi a primeira lei antibranqueamento de capitais³⁵, é anterior ao *Money Laundering Control Act*, de 1986, que previu e puniu pela primeira vez o crime de branqueamento de capitais. No *Bank Secrecy Act*, a prevenção do branqueamento de capitais bastava-se com a imposição às pessoas obrigadas de deveres de comunicação e informação defronte das autoridades administrativas competentes, sob cominação de sanções administrativas para o incumprimento.

1. A prevenção administrativa no contexto da harmonização europeia

As convenções internacionais privilegiam a repressão, impondo a obrigação de criminalização do branqueamento de capitais nas ordens jurídicas nacionais³⁶.

As recomendações internacionais³⁷ e as diretivas europeias³⁸ promovem a prevenção administrativa do branqueamento de capitais, incentivando a adoção de medidas de controlo das fontes de risco. Infelizmente, o panorama parece estar a mudar com a atual Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do Direito Penal.

35 O *Bank Secrecy Act* impõe aos bancos nacionais deveres de comunicação de certas atividades ou transações que despertem suspeitas de violação das leis federais, exigindo-lhes que remetam um *Suspicious Activity Report* às agências federais competentes.

36 Os grandes marcos internacionais nesta matéria são os seguintes: (i) Convenção NN.UU. de Viena (20.12.1988); (ii) Convenção CE de Estrasburgo (08.11.1990); (iii) Convenção NN.UU. de Palermo (15.11.2000); (iv) Convenção CE de Varsóvia (16.05.2005).

37 Merecem destaque as 40 (+8) Recomendações do GAFI de 1990 (revistas em 1996, 2003 e 2012).

38 Na base do sistema europeu começou por estar a Diretiva 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991. O texto comunitário seguiu, no essencial, as 40 Recomendações do GAFI, na versão primitiva de 1990. Foram adotadas a Ação Comum 98/699/JAI relativa ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime, de 03.12.1998, e a Decisão-Quadro do Conselho 2001/500/JAI relativa ao mesmo tema, de 26.06.2001. A Segunda Diretiva 2001/97/CE, de 04.12.2001, seguiu as 40 Recomendações do GAFI, na versão de 1996. A Terceira Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, de 26.10.2005, seguiu as 40 Recomendações do GAFI, na versão de junho de 2003. Finalmente, a Quarta Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2015, segue as 40 Recomendações do GAFI, na versão de fevereiro de 2012. Para desenvolvimentos sobre a Quarta Diretiva, por todos, cf. KOSŁOWSKI (2016), pp. 118-122.

2. A finalidade da prevenção administrativa do branqueamento de capitais

A prevenção administrativa visa minorar os riscos de utilização dos circuitos económicos e financeiros legais para depósito, ocultação e recuperação das vantagens provenientes da atividade criminosa. Assim, a prevenção administrativa implica que as entidades sujeitas às leis nacionais ponham em prática medidas rigorosas de conhecimento e vigilância da clientela (*customer due diligence*) e graduem essas medidas em função de tipologias de clientes e de operações suspeitas. É por isso que os instrumentos internacionais e as leis nacionais incorporam conceitos tais como «beneficiários efetivos», «pessoas politicamente expostas», «relações de negócio» e «bancos de fachada». Dentro da tipologia de clientes, as «pessoas politicamente expostas», por exemplo, não são necessariamente suspeitas de praticar quaisquer crimes, mas terão mais oportunidades de fazê-lo, segundo critérios de risco. Portanto, a vigilância do cliente será mais apertada nessas circunstâncias. De resto, a vigilância da clientela orienta-se pela mesma lógica quanto aos demais fatores de risco.

São vários os deveres preventivos a cargo das pessoas obrigadas. Exemplos desses deveres são os seguintes: (a) o dever de identificação; (b) o dever de recusa de realização de operações; (c) o dever de conservação de documentos; (d) o dever de exame; (e) o dever de comunicação; (f) o dever de abstenção; (g) o dever de colaboração; (h) o dever de segredo e (i) o dever de criação de mecanismos de controlo e de formação. O incumprimento desses deveres é geralmente cominado com sanções administrativas.

Se a prevenção for eficaz, as oportunidades de branqueamento de capitais serão significativamente reduzidas. Mas não só: as tentativas de branqueamento de capitais poderão ser atempadamente detetadas e os ativos poderão ser congelados, em vista do confisco, muito antes do que aconteceria no âmbito de uma investigação criminal.

3. A aplicação efetiva do Direito e o cumprimento normativo voluntário

A prevenção administrativa do branqueamento de capitais implica uma atitude proativa das autoridades administrativas e o concurso das pessoas obrigadas. A este propósito, fala-se em aplicação efetiva do Direito por parte das autoridades administrativas e cumprimento normativo voluntário por parte das pessoas obrigadas (em especial, a banca). A aplicação efetiva do Direito não se pode basear apenas no exercício dos poderes das autoridades administrativas, carecendo ainda de uma atitude colaborativa por parte das pessoas obrigadas. Nenhuma prevenção administrativa do branqueamento de capitais é eficaz se

for implementada contra a vontade e o interesse das pessoas obrigadas, mas também nenhuma prevenção administrativa é eficaz se contar só com a eventual boa vontade das pessoas obrigadas. É fundamental que se consiga sempre garantir a estreita articulação entre a aplicação efetiva do Direito e o cumprimento normativo voluntário, por forma a evitar que o enfoque na prevenção de riscos económicos, jurídicos e reputacionais a cargo das empresas (autorregulação) se traduza, afinal, na retirada do Estado do cenário regulatório, consumando-se assim um modelo de política criminal neoliberal³⁹. A referida articulação é praticável porque as pessoas obrigadas são empresas que se dedicam a atividades económicas e financeiras legítimas, sendo objetivamente do seu interesse não aparecerem conotadas com a prática de crimes de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

A necessidade de verificação dos resultados atingidos pelas pessoas obrigadas impõe que a matéria não seja apenas alvo das rotinas de supervisão, tais como questionários à distância, mas seja também tratada ao nível inspetivo, implicando assim o exame *on-site* dos sistemas de controlo interno utilizados por cada pessoa obrigada, a análise dos resultados obtidos com esses sistemas e o incentivo à melhoria dos recursos instalados ou à implementação de novos recursos. Os progressos registados têm de ser regularmente avaliados. Em especial, a inspeção dos sistemas de controlo interno deve passar pela realização de reuniões entre os representantes das autoridades de supervisão e os responsáveis dos departamentos de *compliance* ou estruturas similares nas pessoas obrigadas. Desta forma se promoverá o aperfeiçoamento, numa base voluntária, dos sistemas de controlo interno e dos mecanismos de reporte de operações suspeitas às autoridades de supervisão (e.g., comunicações automáticas, triagem de falsos positivos).

Ao nível da banca, os sistemas de controlo interno obedecem a crescentes exigências. Nomeadamente as seguintes:

Um banco deve ser capaz de demonstrar aos respetivos supervisores, a pedido, quais são os seus instrumentos de controlo, gestão e mitigação de riscos de branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo; a sua política de aceitação de clientes; os seus procedimentos e políticas de identificação e verificação de clientes; a sua monitorização em tempo real e os seus procedimentos de reporte de operações suspeitas e todas as medidas

39 SILVEIRA/SAAD-DINIZ (2015), pp. 257-258.

tomadas contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo⁴⁰.

Os sistemas de controlo interno na banca implicam a criação de mecanismos de defesa quanto à abertura de contas de depósitos à ordem de novos clientes, em particular de pessoas jurídicas com sede em *off-shores*. Tem de haver também um mecanismo adequado de monitorização de operações, com incorporação de nomes de pessoas politicamente expostas e informação individualizada (e.g., números de contas) e com identificação de movimentos relevantes e especificação dos totais. No limite, terá de haver autorização legal para o congelamento de ativos (*asset freezing*).

Apesar de os avanços em matéria de prevenção administrativa do branqueamento de capitais seguirem universalmente as mesmas recomendações de organizações internacionais e regionais (*soft law*), os exemplos nacionais estão ainda longe de apresentar soluções harmonizadas no que respeita à possibilidade de congelamento de ativos.

O recente pacote legislativo suíço sobre as infraestruturas dos mercados financeiros e outras regras dos mercados financeiros, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2016, integra a lei federal relativa à luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, de 10.10.1997, a qual consagra expressamente a possibilidade de os intermediários financeiros, especialmente os bancos, realizarem por sua própria iniciativa o congelamento de ativos (art. 10, *Blocage des avoirs*)⁴¹, ao mesmo tempo que guardam o silêncio perante o cliente relativamente a essa iniciativa (art. 10a, *Interdiction d'informer*)⁴². O congelamento de ativos é uma medida potencialmente bastante eficaz contra o branqueamento de capitais, se for corretamente aplicada por parte dos bancos, pois garante a posterior intervenção eficaz das autoridades judiciais, através dos mecanismos do processo penal.

O congelamento de ativos é, seguramente, muito mais eficaz do que os instrumentos contemplados na legislação de outros países, tais como Portugal, onde se prevê apenas um dever de abstenção de execução de operações suspeitas por parte dos bancos. Felizmente, a recentíssima Lei do Branqueamento

40 Em língua original: «A bank should be able to demonstrate to its supervisors, on request, the adequacy of its assessment, management and mitigation of ML/FT risks; its customer acceptance policy; its procedures and policies concerning customer identification and verification; its on-going monitoring and procedures for reporting suspicious transactions; and all measures taken in the context of AML/CFT» (Basel Guidelines AML/CFT).

41 *Nouvelle teneur selon le ch. I 7 de la LF du 12 déc. 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, en vigueur depuis le 1er janv. 2016* (RO 2015 1389; FF 2014 585).

42 THEVENOZ/ZULAUF (2016), Cap. A-15.01 (Loi sur le blanchiment d'argent, 1997).

consagra entre nós, pela primeira vez, a possibilidade de as operações suspeitas poderem ser realizadas se a abstenção for suscetível de prejudicar a prevenção ou a futura investigação das atividades criminosas de que provenham fundos ou outros bens do branqueamento de capitais ou do financiamento do terrorismo, após consulta ao DCIAP e à UIF (art. 47.º, n.º 3, da Lei do Branqueamento)⁴³. Caso contrário, a recusa de operações suspeitas apenas traz como consequência que o cliente procuraria outra instituição bancária onde pudesse fazê-la, gorando-se assim a hipótese de uma intervenção oportuna em matéria de sinalização de situações de branqueamento de capitais e eventual recuperação de ativos.

V. Os programas de cumprimento normativo voluntário levados a sério

Desde a passada década, as empresas têm vindo a adotar paulatinamente programas de cumprimento normativo voluntário (*compliance programs*), em ordem a minorar significativamente os riscos de responsabilização das pessoas jurídicas e respetivos dirigentes nos âmbitos civil, administrativo (contraordenacional) e até criminal e, com isso, a beneficiar também todas as partes interessadas (*stakeholders*)⁴⁴. Houve uma progressiva tomada de consciência de que litígios, sanções, restrições regulatórias e danos à reputação das empresas poderiam ser evitados se fossem concebidos e postos em prática programas de cumprimento normativo voluntário. A promoção de boas práticas e sistemas de controlo interno é indispensável para as empresas não sucumbirem às próprias falhas e perderem, no final, a batalha da competitividade.

1. O ónus de prova das medidas implementadas contra falhas organizacionais

O fim último do cumprimento normativo voluntário tem de ser evitar a prática de vários tipos de ilícitos, incluindo os ilícitos criminais (e.g., acidentes laborais, crimes ambientais, crimes contra os consumidores, crimes tributários,

43 Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto (Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2015 e 2016/2258/UE, do Conselho, de 06.12.2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho).

44 SIEBER/ENGELHART (2014), pp. 1-2.

corrupção ativa, branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo)⁴⁵, e não obter isenções de responsabilidade (coletiva ou individual), nem atenuações de sanção. Caso contrário, os programas de cumprimento normativo voluntário tornar-se-iam facilmente estratégias de fuga à responsabilidade.

Acautelando-se contra esses estratégias, o legislador, por isso mesmo, não deve extrair da simples existência de programas de cumprimento normativo voluntário nas empresas efeitos automáticos de dispensa ou redução das sanções aplicáveis. Também pelas mesmas razões, as autoridades judiciais e administrativas devem manter-se neutras defronte da existência de programas de cumprimento normativo voluntário nas empresas, pelo menos até verem se são levados a sério no caso concreto.

Dito isto, importa notar que, em cada caso gerador de responsabilidade, o visado é quem tem o ónus de alegar e produzir prova no processo sobre os seguintes itens: (i) existência de programas de cumprimento normativo voluntário; (ii) existência de sistemas efetivos de cumprimento normativo voluntário; (iii) identificação de medidas adequadas e realmente implementadas contra falhas organizacionais suscetíveis de originar a prática de infrações; (iv) identificação, avaliação e controlo dos riscos empresariais.

Não se diga que esse ónus de alegação e produção de prova configura uma inversão do ónus da prova, desde logo porque os itens mencionados não integram os elementos típicos da infração, nem constituem excludentes da responsabilidade.

Tudo visto e ponderado, os programas, os sistemas e as medidas de cumprimento normativo voluntário poderão ter impacto na avaliação da responsabilidade (coletiva ou individual) e na determinação das sanções aplicáveis.

2. A responsabilidade criminal de titulares do órgão de administração, de dirigentes ou de trabalhadores

O incumprimento dos deveres preventivos é gerador de simples responsabilidade administrativa⁴⁶ ou então contraordenacional, que é uma espécie de responsabilidade administrativa prevista em algumas ordens jurídicas nacionais (Alemanha e Portugal).

Será que da violação de deveres preventivos também pode resultar a responsabilidade criminal de pessoas singulares e coletivas por branqueamento de capitais?

45 SCANDELARI (2015), pp. 183-184.

46 SILVEIRA/SAAD-DINIZ (2015), p. 244.

A resposta, em princípio, é negativa, já que os critérios de risco que subjazem aos deveres preventivos não permitem, só por si, identificar uma operação de branqueamento de capitais que possa ser alvo de encobrimento por parte (de titulares do órgão de administração, de dirigentes ou de trabalhadores) da entidade sujeita aos ditos deveres preventivos. Só no caso em que for manifesta a origem ilícita do dinheiro que é depositado, ocultado ou recuperado para utilização no circuito económico legal se poderá equacionar a responsabilidade criminal dos indivíduos que não se abstiveram de executar as operações que lhes foram ordenadas pelo cliente.

3. A responsabilidade criminal do oficial de cumprimento

Muito discutida é a hipótese em que o departamento de cumprimento normativo voluntário de um banco deteta uma operação suscetível de configurar a prática de branqueamento de capitais, mas o diretor do departamento, o chamado oficial de cumprimento (*compliance officer*), não a reporta ao órgão de administração (ou ao respetivo peloureiro). Tal conduta desse diretor configurará um crime de branqueamento de capitais?

Já vimos que a conduta de dirigentes da instituição de crédito que violem os deveres preventivos, em regra, não é alvo de penas criminais. Mas a resposta seria diferente se fosse evidente a origem ilícita dos ativos e o diretor deixasse de reportar as operações em causa?

Neste contexto, é frequentemente citado um acórdão da 5.^a Secção Penal do Supremo Tribunal Federal alemão, que declarou, em *obiter dictum*, que o oficial de cumprimento tem, por regra, um dever de garante jurídico-penal, nos termos do § 13 Abs. 1 StGB, que o obriga a evitar os delitos dos trabalhadores da empresa relacionados com a atividade empresarial (BGH 5 StR 394/08, 17.07.2009)⁴⁷.

Em última análise, trata-se aqui de saber se é possível a prática de um crime de branqueamento de capitais por omissão imprópria, pressupondo-se neste caso a violação de um dever de garante⁴⁸. Na generalidade das ordens

47 CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), p. 377.

48 Salvo nas ordens jurídicas nacionais em que existe um tipo de crime específico para o oficial de cumprimento que omitir a comunicação à autoridade competente de operações suspeitas de branqueamento de capitais que haja detetado, como é o caso do artigo 5 do Dec. Leg. 1106 peruano, como é referido por CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), p. 386. Mas, em minha opinião, esta é uma solução legislativa que não se pode aceitar, pois confunde as meras operações suspeitas, segundo critérios de risco, com as situações de branqueamento de capitais em que há conhecimento ou crença justificada relativamente à origem ilícita dos ativos, valendo neste último caso o reporte à autoridade competente como denúncia do crime. Mesmo neste caso, porém, não se pode transformar o oficial de cumprimento numa *longa manus* da Justiça, através da consagração de uma denúncia obrigatória, porquanto ele não

jurídicas nacionais, falta uma regulação detalhada e legalmente vinculativa das funções do oficial de cumprimento (e.g., Alemanha, Espanha e Portugal)⁴⁹. Sendo assim, a delimitação da sua competência no âmbito da empresa constitui o único fundamento possível para a sua posição de garante, com base na qual se possa depois erigir uma eventual responsabilidade criminal por comissão por omissão. Para fundamentar uma posição de garante do oficial de cumprimento é necessário partir da posição de garante dos órgãos de governo da instituição de crédito (em especial, o órgão de administração). A doutrina dominante tem afirmado uma posição de garante da administração que a obriga a evitar a prática de delitos de empresa⁵⁰. A posição de garante do oficial de cumprimento corresponde a um dever derivado e não originário. O dever de conhecimento originário do órgão de administração, em especial do peloureiro, é complementado pelo dever de reporte derivado do oficial de cumprimento, ao mesmo tempo que o dever de fiscalização originário do peloureiro é complementado por um dever de vigilância derivado do oficial de cumprimento⁵¹. A designação de um oficial de cumprimento através de uma suficiente *diligentia in delegando* não desonera, porém, o órgão de administração, pois o dever originário permanece no órgão de liderança e fiscalização da empresa⁵². Importante é, pois, impedir que haja descarga de responsabilidades por parte dos líderes das empresas no responsável de *compliance*, como se este fosse o bode expiatório de todas as falhas da empresa e fosse pago para isso⁵³.

A imputação do crime de branqueamento de capitais ao oficial de cumprimento depende ainda da verificação do dolo, enquanto elemento típico. Discute-se a possibilidade de dolo eventual no crime de branqueamento de capitais⁵⁴. Não é fácil de aceitar a realização do crime de branqueamento de capitais na modalidade do dolo eventual, apesar de os elementos subjetivos do tipo admitirem, por via de regra, o dolo direto, o dolo necessário e o dolo eventual. No caso do crime de branqueamento de capitais, porém, a mera suspeita da origem ilícita dos bens e a assunção do risco de lhes conferir uma aparência de licitude constituiria uma frágil concretização do dolo eventual, sobretudo se atentarmos

é um funcionário da administração pública, mas sim um trabalhador de uma empresa privada, a qual, quando muito, poderá fazer uma denúncia facultativa à autoridade competente e poderá ter interesse em fazê-la para não figurar como autora do próprio branqueamento de capitais. De resto, o dever de reporte do oficial de cumprimento, quer de operações suspeitas quer de delitos, só deverá vigorar perante o órgão de administração da pessoa coletiva.

49 CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), pp. 376-377.

50 DEMETRIO CRESPO (2008), p. 64, e CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), p. 379.

51 CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), p. 380, e SCANDELARI (2015), pp. 174-176.

52 CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), p. 383.

53 SCANDELARI (2015), p. 191.

54 CALLEGARI/WEBER (2013), pp. 135-147.

na circunstância de o branqueamento de capitais ocorrer no quadro das chamadas ações externamente neutras (*äußerlich neutrale Handlungen*), que são ações aparentemente conformes às atividades profissionais do dia a dia, tais como a atividade do caixa do banco que executa as ordens do cliente⁵⁵. Como caracterizar o dolo eventual de quem realiza uma ação de branqueamento de capitais externamente igual a milhares de ações legítimas que o mesmo agente realiza na sua atividade profissional normal⁵⁶? Se defendermos a possibilidade de dolo eventual no crime de branqueamento de capitais, então será necessário procedermos aqui a um transplante jurídico (*legal transplant*), tomando de empréstimo a doutrina anglo-saxónica da cegueira deliberada (*willful blindness*), que permite qualificar como dolosa a conduta de quem deliberadamente «fecha os olhos» ou faz «vista grossa»⁵⁷.

Aceitando a possibilidade de dolo eventual no crime de branqueamento de capitais, importa concretizar esta possibilidade no caso da comissão por omissão por parte do oficial de cumprimento, de forma a impedir qualquer réstia de confusão entre a prática desse crime e a mera violação dos deveres preventivos. Para a verificação do dolo eventual não basta que o oficial de cumprimento suspeite ou tenha razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação suscetível de configurar a prática do crime de branqueamento de capitais, mas é preciso ainda que tenha desenvolvido ações concretas para evitar a confirmação da origem ilícita dos bens. Só assim se circunscreve com segurança o âmbito do dolo eventual, nos mesmos termos, aliás, em que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América restringiu recentemente a doutrina da cegueira deliberada de modo a transcender a temeridade (*recklessness*) e a mera negligência (*negligence*)⁵⁸, ambas reconduzíveis

55 O debate sobre a questão das ações neutras começou em meados dos anos 80 do século xx na dogmática penal alemã e a própria expressão «ações externamente neutras» teve origem num acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão (BGH, 23.01.1985 – 3 StR 515/84), como é referido por AMBOS (2001), pp. 195-206. Sobre as ações neutras em geral, GRECO (2004), LOBATO (2010) e AGUILAR (2014).

56 AMBOS (2001), p. 203.

57 CALLEGARI/WEBER (2013), p. 140, n. 12, e DE SANCTIS (2013), p. 57.

58 Em 31.05.2011, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América estabeleceu um novo padrão para a cegueira deliberada, em *Global-Tech Appliances Inc. v. SEB SA*, Case No. 10-6, 563 U.S. ____ (2011): «Entendemos que [os] requisitos [da crença na elevada probabilidade da existência de um certo facto e da realização de ações deliberadas para evitar o conhecimento desse facto] dão à cegueira deliberada um escopo apropriadamente delimitado que suplanta a temeridade e a negligência. Segundo esta formulação, o réu deliberadamente cego é aquele que intencionalmente executa ações para evitar a confirmação de uma elevada probabilidade de conduta criminosa e que quase se pode dizer que possuía o conhecimento atual dos factos críticos.» Em língua original: «*We think these requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence. Under this formulation, a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts*» (pp. 13-14). Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf> (consultado em 19.09.2017).

à nossa figura geral da negligência, a qual não é punível no branqueamento de capitais na maior parte das ordens jurídicas nacionais⁵⁹.

É ainda frequentemente apontado como obstáculo à imputação do crime de branqueamento de capitais ao oficial de cumprimento o facto de as suas funções não lhe permitirem que dê ordens aos demais diretores e trabalhadores dos departamentos executivos da empresa⁶⁰. Sendo assim, é discutível que se lhe possa assacar a omissão de uma ação adequada a evitar o resultado do branqueamento de capitais (imputação objetiva), além de que dificilmente se imagina que espécie de ações poderia ter realizado para evitar a confirmação da origem ilícita dos bens (imputação subjetiva). É, porém, um obstáculo meramente aparente, já que o dever do oficial de cumprimento de informar o peloureiro a respeito das eventuais infrações praticadas dentro da empresa torna-o corresponsável pela tomada das adequadas contramedidas que corrigiriam a situação ou, pelo menos, levariam à comunicação da mesma às autoridades competentes.

VI. A fuga para a frente através da punição do autobranqueamento

Jorge Godinho fez um diagnóstico da prática em Portugal e Macau. É o seguinte:

Na verdade, são relativamente invulgares os casos em que um agente é acusado isoladamente da prática do crime de branqueamento de capitais, ou seja, divorciado do tipo de crime que gerou os proventos ilícitos. Por outras palavras: não abundam os casos de «puro» branqueamento de capitais. Ocorrem com mais frequência os casos em que um mesmo processo penal respeita quer a um crime que visa ou compreende a obtenção de um ganho patrimonial quer à dissimulação da origem das vantagens dele obtidas, o que coloca invariavelmente a questão de saber se o agente do crime principal, prévio ou precedente pode ser punido em concurso efetivo pela prática dessas duas espécies de crimes ou se, pelo contrário, haverá aí uma relação de concurso aparente,

59 Há quatro países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha e Suécia) que punem o branqueamento de capitais culposos, conforme é referido por AMBOS (2007), p. 28.

60 CARRIÓN ZENTENO/URQUIZO VIDELA (2015), pp. 381-383 e p. 396.

que leve a não considerar um deles – questão esta que se assume como que uma inarredável «porta de entrada» para todos os outros debates sobre o branqueamento de capitais⁶¹.

Segundo cremos, o mesmo diagnóstico é válido para todos os países. Ou seja, a incriminação do branqueamento de capitais é usada na prática para agravar a responsabilidade criminal dos agentes do crime principal.

Acresce que a acusação por branqueamento de capitais é usada pelos titulares da instrução criminal como expediente para promover as medidas de investigação mais gravosas para os arguidos que são geralmente facultadas pelos regimes legais de exceção consagrados na generalidade das ordens jurídicas nacionais para a prevenção e a repressão do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo⁶².

Mas eis que estamos já nos antípodas das razões de política criminal que estiveram na origem da incriminação do branqueamento de capitais. Duvidamos que o sistema penal contemporâneo tenha melhorado com isso.

VII. O foco na perda alargada como método de recuperação de ativos

Em Portugal, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira) consagra um regime de perda alargada, baseado na diferença entre o património do arguido e aquele que seria compatível com o seu rendimento lícito⁶³. O conceito de património incongruente é definido no art. 7.º, n.º 1: «presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito», sendo desnecessário provar a origem concreta do bem para o confiscar.

São requisitos da perda alargada: (i) a condenação do arguido pela prática de um crime de catálogo (art. 1.º); (ii) os bens serem património do arguido (art. 7.º, n.º 2) e (iii) o património ser incongruente com o seu rendimento lícito. Estabelece-se uma presunção legal da proveniência do património desconforme, mas o arguido pode ilidir a presunção legal (art. 7.º, n.º 1).

61 GODINHO (2011), p. 72.

62 ALLDRIDGE (2016), p. 41.

63 A Sexta alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com republicação, foi introduzida pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

A doutrina discute a natureza jurídica da perda alargada: (i) efeito da pena? (ii) reação penal análoga a uma medida de segurança? (iii) medida de carácter não penal?

Além de que são apresentadas muitas objeções de princípio à perda alargada: (i) princípio da culpa; (ii) presunção de inocência; (iii) *nemo tenetur se ipsum accusare*; (iv) princípio *in dubio pro reo*; (v) princípio do acusatório; (vi) garantia da propriedade privada.

O Tribunal Constitucional português deu novo impulso à perda alargada, na medida em que decidiu não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece que, no caso de condenação pelo crime de lenocínio, «para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito»⁶⁴.

Noutro aresto, o Tribunal Constitucional português decidiu também não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, respeitantes ao regime probatório da factualidade subjacente à perda alargada de bens a favor do Estado⁶⁵.

A Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou o Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA), adaptando o ordenamento jurídico português à Decisão 2007/845/JAI do Conselho, de 6 de dezembro de 2007, relativa à cooperação entre os Gabinetes de Recuperação de Bens dos Estados-membros no domínio da deteção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime. O GRA, que ficou na dependência da Polícia Judiciária, tem atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal e procede à investigação financeira ou patrimonial, por determinação do Ministério Público, quando estejam em causa instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a três anos e o valor universal estimado dos mesmos seja superior a 1000 unidades de conta (102 000 €). A referida Lei procedeu ainda à criação de um Gabinete de Administração de Bens (GAB), que ficou sediado no Instituto de Gestão Financeira e de Infraestruturas da Justiça, I. P., organismo tutelado pelo Ministério da Justiça, estabelecendo as regras de administração dos bens recuperados, apreendidos ou perdidos a favor do Estado e visando a sua boa gestão e o seu incremento patrimonial.

Atualmente, discute-se se seria preferível uma investigação financeira ou patrimonial separada do processo penal, para efeitos de uma *actio in rem*. Neste caso, poderia garantir-se que não haveria transferência de provas para o

64 Acórdão n.º 101/2015 do Tribunal Constitucional, in: *Diário da República*, II Série, de 26.03.2015.

65 Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, in: *Diário da República*, II Série, de 23.09.2015.

processo penal e poderia figurar-se a imposição de um dever de colaboração aos visados⁶⁶.

A Procuradoria-Geral da República de Portugal, em parceria com a Polícia Judiciária, a *Fiscalía General del Estado*, de Espanha, e o *Bureau Ontneming-swetgeving* OM – BOOM (Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos), candidatou-se ao programa financeiro comunitário «Prevenir e Combater a Criminalidade», criado pela Decisão 2007/125/JAI do Conselho, de 12.02.2007, com um projeto respeitante à recuperação de ativos, que veio a denominar-se Projeto Fénix:

O Projeto FÉNIX partiu da constatação de que em vários Estados da União Europeia, a reação penal tem estado centrada na sanção a aplicar ao arguido, desprezando-se a perda ou confisco quer dos instrumentos, quer dos bens e produtos gerados pela atividade criminosa como momentos essenciais do combate a formas de criminalidade com expressão económica. Perda a que subjazem interesses como os de prevenção, geral e especial, de obstar ao investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes e de redução dos riscos de intervenção na economia lícita, além da afirmação do princípio de que o crime não compensa⁶⁷.

São várias as estratégias de política criminal que visam dar execução à máxima de que «o crime não compensa». Não são incompatíveis, mas complementares. A perda alargada afigura-se como a mais promissora.

Conclusões

Na crescente tendência para a repressão do autobranqueamento de capitais, é patente a tentação da entidade acusadora para se refugiar sempre que possível em comodidades de prova, as quais só se verificam se o ilícito antecedente fizer parte do objeto do processo em curso e puder ser provado juntamente com o branqueamento de capitais. É o que se passa, por exemplo, em processos-crime contra funcionários corruptos que acabem sendo perseguidos também por autobranqueamento, na medida em que tenham procurado ocultar os subornos por si recebidos através de depósitos e movimentos bancários evasivos. A aludida tentação afronta, porém, as finalidades de política criminal

66 SILVA DIAS/COSTA RAMOS (2009), p. 52, CAEIRO (2011), pp. 267-32, e BARIN (2013), pp. 53-95.

67 Cf. PROJETO FÉNIX – RECUPERAÇÃO DE ATIVOS (março 2012), p. 11. Disponível em: ministeriopublico.pt (consultado em 19.09.2017).

que presidiram à criminalização do branqueamento, para já não falar da vedação do *bis in idem*, que deveria ser motivo mais do que suficiente para impedir a repressão penal do autobranqueamento, na maior parte dos casos.

Importa recentrar a política criminal na prevenção administrativa do branqueamento de capitais. A prevenção que atua sobre as fontes de risco pode ser igualmente eficaz mesmo se o branqueamento de capitais não for previsto e punido por lei como infração criminal. A prevenção administrativa do branqueamento de capitais basta-se com a imposição às pessoas obrigadas de deveres preventivos, sob cominação de sanções administrativas para o incumprimento. Naturalmente, a prevenção administrativa do branqueamento de capitais implica uma atitude proativa das autoridades administrativas competentes e o concurso das pessoas obrigadas. A aplicação efetiva do Direito não se pode basear apenas no exercício dos poderes das autoridades administrativas, carecendo ainda de uma atitude colaborativa por parte das pessoas obrigadas. Nenhuma prevenção administrativa do branqueamento de capitais é eficaz se for implementada contra a vontade e o interesse das pessoas obrigadas, mas também nenhuma prevenção administrativa é eficaz se contar só com a eventual boa vontade das pessoas obrigadas.

Por fim, é urgente priorizar a máxima de que «o crime não compensa». Ora, o moderno instituto jurídico da perda alargada é sumamente mais eficaz como método de recuperação de ativos do que a repressão do branqueamento de capitais. Nunca é de mais frisar que a reação penal tem estado centrada na sanção a aplicar ao acusado, esquecendo-se a perda dos instrumentos e vantagens originadas pela atividade criminosa como aspetos decisivos da perseguição às formas de criminalidade organizada, o que importa doravante corrigir.

Bibliografia

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «Evolución de criminalización del lavado de activos en doctrina y práctica de Perú y Alemania», in: AA.VV., *Lavado de activos y compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado* (org.: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino), Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 27-90.
- AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*, Lisboa: AAFDL, 2014.
- ALLDRIDGE, Peter, *What Went Wrong with Money Laundering Law?*, London: Palgrave Macmillan, 2016.
- AMBOS, Kai, «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales» (tradução por Gabriel Pérez Barberá do original «Beihilfe durch

- Alltagshandlungen», *JA* 2000, pp. 721-725), *Revista de Derecho Penal y Criminología* 8 (2001), pp. 195-206.
- , *Lavagem de dinheiro e direito penal* (tradução, notas e comentários sob a perspetiva brasileira de Paulo Rodrigo Afflen da Silva), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, «Branqueamento de capitais: Reação criminal», in: AA.VV., *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 337-358.
- BAJO, Miguel, «El desatinado delito de blanqueo de capitales», in: AA.VV., *Política criminal y blanqueo de capitales* (org.: Miguel Bajo Fernández / Silvina Bacigalupo), Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 11-20.
- BAJO, Miguel / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BARIN, Érico Fernando, «Alargar a perda alargada: O projeto Fénix», *C&R* 16 (2013), pp. 53-95.
- BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de capitais: O sistema comunitário de prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- CAEIRO, Pedro, «A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: Necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», in: AA.VV., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* [org.: Manuel da Costa Andrade et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1067-1132.
- , «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)», *RPCC* 2 (2011), pp. 267-321.
- CALLEGARI, André Luís/WEBER, Ariel Barazetti, «Alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira: Dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada – A problemática do “transplante” da *Common Law* para a *Civil Law*», in: AA.VV., *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo: Actas de I Foro Internacional de Compliance y Prevención del lavado de activos y del Financiamiento del Terrorismo* [org.: Dino Carlos Caro Coria / Luis Miguel Reyna Alfaro], Lima: CEDPE, 2013, pp. 135-147.
- CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento – Regime de prevenção e de repressão*, Coimbra: Almedina, 2004.
- CARO CORIA, Dino Carlos/ASMAT COELLO, Diana Marisela, «El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.º 03-2010/cj-116 de 16 de noviembre y N.º 7-20117cj-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos», in: AA.VV., *Compliance y prevención*

- del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo: Actas de I Foro Internacional de Compliance y Prevención del lavado de activos y del Financiamiento del Terrorismo* [org.: Dino Carlos Caro Coria / Luis Miguel Reyna Alfaro], Lima: CEDPE, 2013, pp. 95-134.
- CARRIÓN ZENTENO, Andy/URQUIZO VIDELA, Gustavo, «La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial: Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU», in: AA.VV., *Lavado de activos y compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado* (org.: Kai Ambos / / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino), Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 371-401.
- CONDE CORREIA, João, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: INCM, 2012.
- CONDE CORREIA, João/RODRIGUES, Hélio Rigor, «O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1)», *Julgar Online* (janeiro de 2017), pp. 1-28.
- COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2013.
- COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, *CCBE Comments on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on countering money laundering by criminal law COM(2016) 826 final 2016/0414 (COD)*, 31/03/2017.
- CRAWFORD, Adam, «The preventive turn in Europe», in: AA.VV., *Crime Prevention Policies in Comparative Perspective* (org.: Adam Crawford), Portland, Oregon (USA): Willan, 2009, pp. xv-xxviii.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados», in: AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico* (org.: José Ramón Serrano-Piñedecillas / Eduardo Demetrio Crespo), Madrid: COLEX, 2008, pp. 61-87.
- DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não autoincriminação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- FILIPPETTO, Rogério, *Lavagem de dinheiro: Crime econômico da pós-modernidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GALAIN PALERMO, Pablo, «Lavado de activos en Uruguay: Una visión criminológica», in: AA.VV., *Lavado de activos y compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado* (org.: Kai Ambos / Dino Carlos Caro Coria / Ezequiel Malarino), Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 317-369.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Barcelona: Atelier, 2008.

- GLASER, Reinhard, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, München: Herbert Utz, 2009.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de «branqueamento» de capitais: Introdução e tipicidade*, Coimbra: Almedina, 2001.
- , «Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes», *ROA* 1 (2011), pp. 71-110.
- GRECO, Luís, *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- KOSLOWSKI, Ben, *Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit in der Europäischen Union – Entwicklung europäischer Vorgaben zur Strafbarkeit wegen Geldwäsche unter Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Geldwäschetatbestände*, Baden-Baden: Nomos, 2016.
- LEITE, Inês Ferreira, Ne (idem) bis in idem – *Proibição de dupla punição e de duplo julgamento – Contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 2016.
- LOBATO, José Danilo Tavares, *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: Uma questão única de imputação objetiva*, 1.^a reimp., Curitiba: Juruá, 2010 (1.^a ed., 2009).
- MENDES, Paulo de Sousa/REIS, Sónia/MIRANDA, António, «A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?», *ROA* 2 (2008), pp. 795-810.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito», in: AA.VV., *Política criminal y blanqueo de capitales* (org.: Miguel Bajo Fernández / Silvina Bacigalupo), Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 91-123.
- SATULA, Benja, *Branqueamento de capitais*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- SCANDELARI, Gustavo Britta, «As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: Primeira abordagem», in: AA.VV., *Compliance e Direito Penal* (org.: Décio Franco David), São Paulo: Atlas, 2015, pp. 158-199.
- SIEBER, Ulrich, «Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht: Zur neuen Sicherheitsarchitektur der globalen Risikogesellschaft», in: AA.VV., *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel* (org.: Klaus Tiedemann, Ulrich Sieber, Helmut Satzger, Christoph Burchard e Dominik Brodowski), Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 351-372.
- SIEBER, Ulrich/ENGELHART, Marc, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht,

Reihe S: Strafrechtliche Forschungsberichte (MPIS), Band 140, Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge/SAAD-DINIZ, Eduardo, Compliance, *Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015.

THÉVENOZ, Luc/ZULAUF, Urs, *Réglementation et autoréglementation des marchés financiers en Suisse*, Berne: Weblaw, 2016.

Dez anos depois: quando se recorre diretamente para o STJ?

José Manuel Damião da Cunha

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

Comentário ao Acórdão n.º 5/2017 (Uniformização de Jurisprudência)

DR I – n.º 120 – 23 de junho de 2017, pp. 3170 ss

I. O Supremo Tribunal de Justiça veio fixar jurisprudência no sentido de que *«a competência para conhecer do recurso interposto de acórdão do tribunal do júri ou coletivo que, em situação de concurso de crimes, tenha aplicado uma pena conjunta superior a cinco anos de prisão, visando o reexame da matéria de direito, pertence ao Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 432.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, do CPP, competindo-lhe também, no âmbito do mesmo recurso, apreciar as questões relativas às penas parcelares englobadas naquela pena, superiores, iguais ou inferiores àquela medida, se impugnadas»*.

Os pressupostos de admissibilidade para a fixação de jurisprudência encontravam-se preenchidos, na medida em que, quanto a esta mesma questão de direito – aquela de saber das condições do recurso a interpor diretamente no STJ, à luz do art. 432.º, n.º 1, al. c), do CPP –, se delinearam, dentro do STJ, duas orientações contraditórias (traduzidas em vários Acórdãos; oferecendo uma ampla visão deste conjunto de arestos, cf. IV – 7 deste Acórdão – p. 3175, 1.ª col.).

II. Numa primeira linha, correspondente ao denominado «acórdão fundamento» e aos argumentos constantes do voto de vencido, a interpretação que se considera como mais correta para determinar a recorribilidade direta para o STJ, à luz do art. 432.º, n.º 1, c), do CPP, é aquela que segue a linha metodológica interpretativa, que o STJ tem adotado (embora proveniente do anterior sistema de recursos, instituído após a revisão de 1998 do CPP) para efeitos de aplicação das diversas alíneas do art. 400.º, sobre (ir)recorribilidade, para o STJ, em segundo grau de recurso.

Tal interpretação, em particular quanto à alínea f) do n.º 1 do art. 400.º do CPP em matéria de «conformidade» decisória, foi objeto de análise do Tribunal Constitucional, o qual não declarou a inconstitucionalidade da norma constante da alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º, do Código de Processo Penal, *«na interpretação de que havendo uma pena única superior a 8 anos, não pode ser objeto do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça a matéria decisória referente aos crimes e penas parcelares inferiores a 8 anos de prisão»* – cf., assim, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 186/2013.

Nesta perspetiva, a interpretação, que deve ser feita em tema de recurso direto, obedeceria a estes mesmos pressupostos metodológicos: ou seja, só seria admissível recurso direto, quando estivesse em causa, como objeto do recurso interposto, crime punido com pena de prisão superior a cinco anos; o que, em caso de concurso de crimes, significaria que só seria suscetível de recurso direto, além da própria pena de concurso (que teria necessariamente de ser pena de prisão superior a cinco anos), os crimes e respetivas penas (ditas parcelares) privativas de liberdade desde que aplicadas em medida concreta

superior a cinco anos. Deste jeito, dir-se-ia que só poderiam ter «acesso direto» ao STJ recursos, cujo âmbito de impugnação se restringisse a crimes e respetivas penas, que, pela medida aplicada, oferecessem uma possibilidade «abstrata» de, uma vez interposto prévio recurso na Relação, ainda «chegarem», em segunda instância de recurso, ao STJ (seja na formulação de conformidade, *ie*, por «legitimidade do vencido», seja já na modalidade de duplo grau de recurso; em qualquer caso, pressupondo como limiar mínimo a aplicação de pena de prisão superior a cinco anos). Assim, no caso de concurso de crimes e ainda que a pena conjunta aplicada fosse uma pena de prisão superior a cinco anos, sempre que um sujeito processual interponha recurso, mesmo que restrito a matéria de direito, tendo por objeto crime punido com pena (parcelar) igual ou inferior a cinco anos de prisão, tanto basta para que o recurso deva necessariamente ser interposto na Relação (abrangendo então o recurso aí interposto a integralidade das impugnações).

Julgamos que são resumidamente estas, em grande medida, as considerações que estão subjacentes à declaração de voto de vencido; em boa verdade, são as razões que se encontram devidamente comprovadas nos diversos acórdãos, a que este Acórdão de Uniformização dá relevo, e que constituem exemplificação da «analogia metodológica» às regras de (ir)recorribilidade do segundo grau de recurso.

Fundamentalmente, esta orientação ou linha jurisprudencial pretende louvar-se em razões de «lógica e coerência sistemática» e tornar efetiva a ideia de que o acesso ao STJ deve estar reservado a casos de «maior merecimento penal». Daí, a análise «atomística», de um ponto de vista decisório (em função do singular crime e respetiva pena aplicada, que teria sempre de ser superior a cinco anos), a que se deveria proceder tanto no recurso direto como em segunda instância de recurso para o STJ.

III. Não foi esta, todavia, a solução adotada pelo STJ, neste Acórdão de Fixação de Jurisprudência.

Creemos que o STJ acaba por seguir a opção contrária, fundamentado primordialmente em razões de exegese de ordem literal e sistemática e acentuando, nesse contexto, a diferenciação intencional e metodológica que intercede entre o recurso em segundo grau e o recurso direto para o STJ (cf. assim, em particular; cf. V – 2; p. 3182, 2.^a col. ss).

Verdadeiramente, as razões apresentadas, para que o STJ deva conhecer de penas parcelares de valor igual ou inferior a cinco anos de privação de liberdade (em caso de recurso direto de acórdão de 1.^a instância, que verse concurso de crimes punido com pena de prisão conjunta superior a cinco anos), decorrem, por um lado, do próprio conteúdo do art. 432.º, n.º 1, al. c), do CPP

(que consagra o recurso direto), e por outro, do diferente «posicionamento» ou dos diferentes poderes de decisão do STJ, consoante intervenha em «primeiro grau» ou somente em segundo grau de recurso.

a) Com efeito, enquanto, p. ex., na hipótese referida na al. f), do n.º 1, do art. 400.º do CPP, a redação da norma diz «... *acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos*», podendo numa certa interpretação (não declarada inconstitucional, como acima referimos) entender-se a palavra «decisão» como a concreta estatuição decisória sobre um crime e respetiva pena (seguindo uma versão mais «atomista», ou «civilista», do conteúdo de uma decisão, no seu todo ou globalmente), já a mesma interpretação (restritiva) não pode ser admitida para o denominado recurso direto.

De facto, compreende-se que, numa certa perspetiva das coisas, a intervenção da Relação como instância de recurso implique um efeito «racionalizador» e, além disso, «redutor» do acesso em segundo grau ao STJ – tanto os limites determinados pelas penas aplicadas como os limites decorrentes da regra da conformidade disso pretendem ser consagrações. Por isso, este raciocínio, que é válido para o recurso em segunda instância para o STJ, já não tem o mesmo peso argumentativo para o recurso direto para o STJ. Pois, enquanto no primeiro recurso, seja qual a instância para onde se recorra, o recorrente deve ter o poder de recorrer de toda a decisão (ou, talvez melhor, de todo o acórdão), podendo, todavia, optar por limitar-se a impugnar partes decisórias do mesmo, definindo assim o âmbito do recurso, já no recurso em segunda instância para o STJ, por razões de coerência e de lógica interna sistemática, só deve poder recorrer daquilo que resta como «recorrível».

Explicando melhor: se um arguido for condenado por dois crimes, cada qual punido com pena de prisão de 9 anos, e em pena de prisão conjunta de 12 anos e, recorrendo para a Relação, apenas impugna um dos crimes e a pena conjunta, não é pelo facto de a Relação manter a pena aplicada e até a pena conjunta que o (posterior) recurso para o STJ pode abranger a matéria, que não foi objeto de primeiro recurso (ou seja, aquele crime que não foi objeto de recurso de 1.º grau). Assim, o recurso em segundo grau depende, no seu âmbito, do que foi e como foi conhecido em primeira instância de recurso. O segundo grau de recurso depende sempre do «primeiro recurso do recorrente» e das concretas pronúncias que a Relação tenha proferido quanto a ele.

É esta a interpretação a que o STJ tem procedido, quando segue aquela linha interpretativa mais «atomística»: a confirmação pela Relação refere-se a cada concreto crime/pena que se inclui no concurso de crimes. E esta lógica de confirmação «singularizada», ou seja, a confirmação (ou infirmação) singular-

mente considerada – cada condenação, por crime ou pena aplicada –, poderá lograr sentido, porque o objeto da cognição e dos poderes decisórios, que cabem à instância de recurso, está dependente da motivação/fundamentação e do objeto do recurso. Sendo o julgamento do recurso uma decisão sobre o objeto do recurso – ou sobre os diversos objetos do recurso –, pode compreender-se que, em segunda instância de recurso, a recorribilidade fique dependente da decisão da Relação (segundo regras de conformidade ou inadmissibilidade de outro grau de recurso, definidas legalmente – tal como consta do art. 400.º).

De facto, é preciso não esquecer que o recorrente tem de impugnar cada um dos crimes (e respetivas penas) para que a Relação se pronuncie sobre tais «temas». E, assim, em função do objeto do recurso, a Relação confirma, não confirma, etc.

Chegados aqui, é fácil ver que não sucede o mesmo, e por isso não se devem seguir os mesmos passos metodológicos, quando está em causa a determinação da 1.º via/grau de recurso.

Desde logo, a redação do art. 432.º, n.º 1, al. c), «... *Acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal coletivo que apliquem pena de prisão superior a 5 anos*» não oferece qualquer margem de apoio ou de conforto legal para que se siga a uma interpretação, em analogia ao estatuído no art. 400.º do CPP (nas suas diversas alíneas).

Pelo contrário, o ponto de partida normativo deve ser aquele dos arts. 402.º/403.º do CPP, ao dizer que o recurso interposto de *uma sentença* abrange toda a decisão. Ou dito de outra forma, o recurso interposto de uma decisão de 1.ª instância (que conheça do objeto do processo) é tendencialmente abrangente de toda a decisão. Proferida uma sentença (ou, no caso, um Acórdão, enquanto ato decisório que conheça do objeto do processo, do mérito da causa) é todo o conteúdo da mesma que será suscetível de impugnação em primeiro grau. Ao recorrente tem de ser garantido, em função do conteúdo da decisão «formalizada», saber de antemão para onde recorrer dessa sentença/acórdão. Com efeito, se os atos decisórios assumem uma *forma* – e a forma significa como, ou sob que nome, são publicitadas as decisões dos Tribunais – então, quem recorre apenas tem de saber que está perante um Acórdão que aplicou pena superior a cinco anos, devendo interpor recurso diretamente para o STJ, se recorrer exclusivamente em matéria de direito, ou para a Relação se pretender também impugnar matéria de facto; se o acórdão aplicar pena inferior, o recorrente sabe que tem de recorrer, em qualquer caso, para a Relação.

Questão diferente é a de – determinado para onde se deve recorrer (nomeadamente, tendo em conta se se impugna ou não matéria de facto) – saber sobre o que se vai recorrer, ou seja, qual o objeto do recurso ou então quais as partes da sentença (acórdão) de que se pretende recorrer.

Observe-se que este ponto de partida é relevante para todos os sujeitos processuais, que pretendam recorrer dessa mesma decisão.

Assim, a interposição de recurso de uma sentença (no caso, de um Acórdão) é um recurso sobre toda a decisão. A motivação do recurso é que vai definir a cognição do tribunal de recurso e as «partes da decisão» (na aceção do art. 403.º do CPP), que vão ser objeto de apreciação pelo tribunal de recurso (embora dependendo do âmbito da sua cognição).

Julgamos que o art. 410.º, n.º 1, do CPP também militará neste sentido: *«sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida»*. Ora, uma coisa é restringir a cognição (e essa restrição consta do próprio CPP quanto ao STJ, ao afirmar a sua limitação à matéria de direito – art. 434.º), outra coisa são os poderes do Tribunal (de recurso); é certo que a irrecorribilidade, que consta do art. 400.º, limita o acesso ao STJ (logo, os seus poderes decisórios), mas tão-só enquanto segundo grau de recurso; já não se encontra nenhuma lei ou norma expressa que limite os poderes do STJ em recurso direto.

b) Um segundo ponto, que merece ainda aqui referência, é aquele de que a metodologia e a argumentação, de que a orientação jurisprudencial que não teve vencimento se serve, só seriam coerentes e aceitáveis se, em vez de um recurso direto, estivéssemos perante um recurso *per saltum* (salienta corretamente o STJ este aspeto no presente Acórdão, cf. p. 3183, 2.ª col). Com efeito, o recurso previsto no art. 432.º, n.º 1, al. c), do CPP é um recurso imperativo; ou seja: o recorrente, perante um Acórdão que aplica pena de prisão superior a cinco anos e caso impugne somente em matéria de direito, tem de o interpor no STJ; e, neste sentido, não é difícil perceber que o recurso direto para o STJ corresponde a uma *preferência legislativamente consagrada*.

Ao contrário, e a solução poderia então ser diferente, se o recurso para o STJ fosse considerado uma opção do recorrente, ou seja, um recurso *per saltum* – *no sentido de que o recorrente poderia recorrer também para a Relação mas, em vez disso, recorre para o STJ*. Como se sabe, o n.º 2 do art. 432.º do CPP foi consagrado expressamente para obviar a uma tendência judicial (desenvolvida no âmbito do STJ), que defendia a «tese da opção na via de recurso» (que de resto justificou a prolação do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2007: *«Do disposto nos artigos 427.º e 432.º, alínea d), do Código de Processo Penal, este último na redacção da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, decorre que os recursos dos acórdãos finais do tribunal colectivo visando exclusivamente o reexame da matéria de direito devem ser interpostos directamente para o Supremo Tribunal de Justiça»*), ou seja, do recurso *per saltum* (a discussão sobre a existência

de um recurso direto ou *per saltum* no atual sistema nacional é, no entanto, discussão conceitual meramente especiosa; a autonomização e categorização de um denominado recurso *per saltum* só tem verdadeiro sentido naqueles sistemas em que o Tribunal Superior tem uma função puramente cassatória).

c) Julgamos, pois, que, colhidos os dados legais e tendo em conta as coordenadas do vigente sistema de recursos do CPP, o recurso em primeiro grau, seja para a Relação seja para o STJ, deve seguir aqueles princípios mais básicos: a) o de que interposto recurso sobre sentença/acórdão, este abrange toda a decisão (tal como está contido no art. 402.º, n.º 1, do CPP); b) o de que cabe ao recorrente, através da motivação do recurso, singularizar as partes da decisão que pretende impugnar, porque as entende «mal decididas»; não se pode todavia confundir entre o âmbito (tendencial) da decisão a impugnar e o efeito devolutivo, que o recorrente quer imprimir, em função dos temas que, em concreto, impugna.

Estas coordenadas sistemáticas não se verificam já em segundo grau de recurso (na sequência da interpretação, há muito uniforme, do STJ); aí, em função do impugnado e do que foi decidido sobre a impugnação, é que se analisará o que ainda pode ou não ser recorrível (sobre esta diferenciação – cf., o nosso *Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal*, RPCC, 2012, pp. 261 ss, pp. 283-286).

d) Adiciona-se obviamente ainda a *dimensão material* da questão, sobretudo em tema de determinação da pena; questão onde este Acórdão salienta aspetos que merecem ponderação e que adjuvam seguramente no sentido da decisão proferida (cf. o Acórdão, p. 3184, 1.ª col. s).

Sendo certo que, como diz este Acórdão, qualquer recurso, interposto de um Acórdão que aplique pena de prisão superior a cinco anos, sobretudo em caso de pena conjunta por concurso de crimes, está destinado pela própria natureza das coisas a produzir efeitos na pena conjunta aplicada.

IV. Notas finais

a) Somos, assim, de opinião que, dentro das opções interpretativas que estavam em discussão na questão de direito controversa, o STJ fixou a jurisprudência que melhor se adequa aos dados legais e sobretudo aos princípios gerais do sistema de recursos.

Assim, tendo sido proferido Acórdão de tribunal de júri ou de tribunal coletivo que aplique pena de prisão superior a cinco anos, qualquer recurso, versando exclusivamente matéria de direito, tem de ser interposto no STJ abrangendo toda a decisão.

Cabe ao(s) recorrente(s) especificar as partes dessa mesma decisão que entende(m) deverem constituir o objeto do recurso (apresentando, para isso, as suas razões de discordância) para ser analisado pelo STJ.

b) Pode contrapor-se que a solução interpretativa, agora tornada jurisprudência uniforme (particularmente para o STJ), é, pelo menos na aparência, contraditória com a teleologia subjacente às regras do segundo grau de recurso, ou, então, com aquele propósito do «maior merecimento penal», como condição prévia para aceder à cognição do STJ.

Ora, parece-nos que não é correta esta perspetiva.

Os parâmetros do direito de recurso são aqueles que encontramos definidos para o «1.º recurso».

As soluções legais do segundo grau de recurso, consagradas no direito nacional, não se devem a qualquer construção doutrinal elaborada; apenas se fundam em razões de praticabilidade: impedir que duas instâncias de recurso se pronunciem sobre o mesmo tema (ou, pelo menos, que tal suceda em regra), existindo alguma identidade «cognitiva» nos tribunais de recurso. Daí que não se deva argumentar, a propósito de princípios de recurso, com problemas de eficiência de sistema.

De facto, ainda que eventualmente se possa dizer que existe alguma contradição no atual sistema de recursos, em consequência desta interpretação uniformizadora, seja-nos permitido acrescentar que pouco relevo assume, tendo em conta outras, no nosso entendimento, bem mais graves «aporias», que nele encontrámos, de que destacamos as seguintes:

aa) a da prevalência da pena de concurso para determinar as competências dos tribunais (em primeira, em segunda ou terceira instância).

A competência de um tribunal deveria depender sempre e apenas da gravidade ou da qualidade de um crime. O concurso de crimes deveria ser julgado pelo tribunal de 1.ª instância considerado competente em razão do crime mais grave (em termos de moldura legal), que integre o concurso. A recorribilidade das decisões deveria, do mesmo modo, depender apenas da moldura legal do crime mais grave que integre o concurso. E por aí adiante...

bb) a de que se impõe fixar limites à «singularização» das confirmações ou infirmações decisórias no âmbito de sentenças/acórdãos que recaiam sobre concurso de crimes. Sendo os recursos no direito nacional concebidos como recursos para «modificação da decisão», há sempre que garantir e acautelar a unidade e coerência intrínseca de todo o conteúdo, que conste de um mesmo ato decisório; também em julgamento do recurso e mesmo em caso de concurso de crimes. A coerência e a uniformidade intrínseca das decisões constituem

valores da função jurisdicional. E, no caso do STJ, enquanto Tribunal Superior que visa garantir a unidade e uniformidade na aplicação do Direito, aceitar que uma sua pronúncia possa ser contraditória com outras pronúncias que se encontrem num mesmo ato decisório, é hipótese que contraria a sua mais relevante função.

cc) Por fim, as (nossas) dúvidas sobre a adequação e bondade de um sistema que assenta a «ascensão» na hierarquia dos tribunais em penas judicialmente fixadas (e não nas legalmente determinadas, como se impõe).

DIREITO
PENAL

Anabela Miranda Rodrigues
Claudio Brandão
Leonardo Siqueira
Eduardo Demétrio Crespo
Frederico de Lucena da Costa Pinto
Luís Greco
Paulo de Sousa Mendes
José Manuel Damásio da Cunha



Revista Quadrimestral

☐ Sim, desejo ser assinante a partir do próximo número.

Ficha para assinatura em www.fd.lisboa.ucp.pt

Portugal	<input type="checkbox"/>	Assinatura anual 38,00 €
Europa	<input type="checkbox"/>	Assinatura anual 48,00 €
Resto do Mundo	<input type="checkbox"/>	Assinatura anual 58,00 €

Nome
Morada
Localidade Código Postal
NIF* Tel. Tm.....
e-mail Profissão
Instituição | Empresa.....

* Campo de preenchimento obrigatório para emissão de recibo.

FORMAS DE PAGAMENTO

- ☐ Cheque n.º
Banco.....
Cheque passado a:
Universidade Católica Portuguesa
- ☐ Transferência bancária
PT50 0033 0000 2108 0018 4224 3
(Anexar comprovativo de transferência)

ASSINATURA

- ☐ OS DADOS FORNECIDOS SERÃO PROCESSADOS AUTOMATICAMENTE NO FICHEIRO COMERCIAL DO DESTINATÁRIO, GOZANDO OS RESPECTIVOS TITULARES DE DIREITO DE INFORMAÇÃO E ACESSO. ESTAS INFORMAÇÕES SERÃO EXCLUSIVAMENTE UTILIZADAS PARA DIVULGAÇÃO DE PRODUTOS E PROMOÇÕES DA CATÓLICA LAW REVIEW. SE, DE FUTURO, NÃO PRETENDE RECEBER ESSAS INFORMAÇÕES, ASSINALE UM X.

POR FAVOR, ENVIE ESTE CUPÃO PARA:

Católica Research Centre for the Future of Law
Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa
Palma de Cima 1649-023 Lisboa

INFORMAÇÕES: Tel.: (351) 21 721 41 78 | Fax (351) 21 721 41 77

catolicallawreview:fd@ucp.fd.pt



www.fd.lisboa.ucp.pt

VOLUME I
n.º 3
nov. 2017

DIREITO PENAL

DOCTRINA

O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade
– o caso do abuso de mercado \ **Anabela Miranda Rodrigues**

Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado
omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade
no Código Penal brasileiro \ **Claudio Brandão** \ **Leonardo Siqueira**

A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito \ **Eduardo Demetrio Crespo**

Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico
\ **Frederico de Lacerda da Costa Pinto**

Por que inexistem deveres absolutos de punir \ **Luís Greco**

A problemática da punição do autobranqueamento \ **Paulo de Sousa Mendes**

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Dez anos depois: quando se recorre diretamente para o STJ?
\ **José Manuel Damião da Cunha**



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA