



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

DA PENA EXEMPLAR

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito
especialização em Ciências Jurídico Criminais

Mestrando: Leontino Jorge Monte Arroio do Carmo

Orientador: Doutor Pedro Trovão do Rosário

Fevereiro, 2014

Lisboa

«Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito que assiste ao soberano de punir os delitos, pois que não é de esperar alguma vantagem duradoura da política moral se ela não se fundamentou nos sentimentos indeléveis do homem. Qualquer lei que deles se desvie encontrará sempre uma resistência contrária que acabará por vence-la, da mesma forma que uma força, por menor que seja, continuamente aplicada, vence qualquer movimento violento transmitido a um corpo.»

Cesare Beccaria¹

¹ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 64.

*Aos meus pequenos filhos Sofia e
Pedro.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, pelas reflexões sensatas e pertinentes com que me sacudiu o espírito ao longo do Mestrado.

SUMÁRIO

A Pena Exemplar que se propõe estudar cinge-se aos contornos legais que levam à aplicação de reações criminais “agravadas” consubstanciadas em requisitos deontológicos, éticos e morais, tidos como corolários dos funcionários na aceção do art.º 386º do Código Penal, quando estes são punidos criminalmente por delitos praticados fora do exercício das suas funções. Às sentenças judiciais, acrescem como exemplo corporativo “penas disciplinares” subtraídas dos mesmos factos que consubstanciaram a sentença penal, que são aferidas à margem dos princípios informadores do estado de direito democrático. Defende-se que o sancionamento penal é exponenciado pelo vínculo público do autor e que o cúmulo coercivo extravasa a medida em que os delitos praticados pelo funcionário corrompem a prestação do contrato que estabeleceu com a sua entidade patronal, o mesmo estado, que lhe deve o garante dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa.

ABSTRACT

The Exemplar Penalty studied in the present research confines itself to the legal aspects that lead to the application of “aggravated” criminal penalties on the basis of deontological, ethical and moral requisites that apply specifically to public servants as defined by article 386º of the Criminal Code, whenever they are punished for actions not related to their public functions. Adding to the judicial criminal sanctions, the same facts may lead to “disciplinary sanctions” judged in the absence of rule of law basic principles. It is sustained that criminal sanctions are aggravated by the public nature of the employee’s contract and that the coercive reaction surpasses the relation of the criminal action committed by the employee with the contract of employment with the same State that ought to protect the fundamental rights as enshrined in the Constitution of the Portuguese Republic.

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	CONTEXTO DA PENA EXEMPLAR	18
3	O GOVERNO LIMITADO	28
3.1	A Separação de Poderes.....	31
3.2	Sujeição à Lei	34
3.3	Reserva de Jurisdição	40
3.4	O Juiz Natural.....	42
3.5	Legitimação do Poder Judicial.....	43
3.6	Controlo da Constitucionalidade.....	44
3.7	Conclusão Capitular	47
4	A FUNÇÃO DE GARANTIA DO DIREITO PENAL.....	54
4.1	O Direito e a Moral	59
4.2	A Culpa Penal.....	61
4.3	A Culpa Agravada.....	65
5	TEORIAS DOS FINS DA PENA	74
5.1	Teorias Absolutas ou Retributivas	75
5.2	Teorias Relativas ou Preventivas	77
5.3	Prevenção Especial.....	78
5.4	Prevenção Geral.....	79
5.5	Teorias Mistas ou Unificadoras	82
5.6	O Sistema Sancionatório Português	83
5.7	Considerações Finais	87
6	FUNDAMENTO E NATUREZA DO DIREITO DISCIPLINAR	91
6.1	A legitimidade da Administração.....	92
6.2	Natureza das Sanções Disciplinares	95
6.3	Arbitrariedade do Procedimento Disciplinar	98
6.4	O Princípio “non bis in idem”	99

7	CONCLUSÕES	102
8	BIBLIOGRAFIA.....	117

ABREVIATURAS

CRP	Constituição da República Portuguesa
FMI	Fundo Monetário Internacional
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CE	Código da Estrada
LOFTJ	Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CEP	Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
EDTAP	Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública
AC	Acórdão
TC	Tribunal Constitucional
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STA	Supremo Tribunal Administrativo

1 INTRODUÇÃO

Sob o título “Da Pena Exemplar” constitui o presente texto a dissertação final do autor no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico Criminais, ministrado em Portugal na Universidade Autónoma de Lisboa.

O presente trabalho científico procura investigar se existem fundamentos legais que justifiquem a submissão dos funcionários públicos e demais cidadãos que exercem funções públicas a reações criminais “agravadas” consubstanciadas na violação de deveres abstratos com interpretações subjetivas, de cariz: deontológico, ético e moral, amurados ao substrato público da atividade que exercem, que são tidos como costumeiros na sociedade portuguesa «*sem necessitar da mediação de nenhum oráculo*²» e vinculam intemporalmente os funcionários à adoção de condutas exemplares ou virtuosas, tidas como imanentes ao serviço público.

O interesse pelo tema prende-se essencialmente com duas razões: A primeira de ordem sentimental inspirada na afirmação de Thomas More, de que não se deve «*ser um estranho em nossa própria casa*³». Neste contexto agracio o meu orientador, por aquando da escolha do tema ter pronunciado “*que uma tese pode dever-se a uma paixão*” pois nutro esse sentimento pelas funções públicas que exerço e comungo da angústia dos muitos mártires que delas têm sido injustamente excomungados. A segunda razão de ordem académica prende-se com a emergente crise económica, catalisadora da contração do estado social que tem levado à subtração de direitos adquiridos ao longo de várias gerações de trabalhadores e consequentemente promovido uma maior fragmentação do tecido social.

No desenrolar de várias políticas economicistas direcionadas a nivelar o plano salarial e os direitos laborais das pessoas que exercem funções públicas, com os demais trabalhadores do sector privado, não tem o estado equitativamente abdicado da pressão estatutária a que submete o funcionalismo público, o que desde logo impõe uma atenção redobrada sobre a temática, pois se o poder executivo trata de forma idêntica o que é diferente, a invocação do síndrome de exemplaridade na vida particular dos funcionários, persiste no sancionamento judicial e disciplinar sem que exista paralelo entre os privados, o que é preocupante face ao aumento de denúncias e delitos envolvendo cidadãos com funções públicas.

² ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 264.

³ MORUS, Tomás - *A Utopia*. Lisboa: Guimarães Editores 2009, p. 8.

Ao desfolhar as páginas de qualquer matutino destacam-se letras “GORDAS” que pronunciam delitos e “profetizam” na praça pública, penas despojadas dos mesmos princípios constitucionais que num estado de direito legitimam a própria liberdade da imprensa e demais comunicação social.

No seio das populações escutam-se vozes que pedem maiores penas de prisão para os indivíduos que furtam, que roubam, que danificam, que agridem, que matam, que falsificam, que traficam, que contrabandeiam, *«mas não se ouvem pedir que se criem condições humanas que evitem os caminhos vertiginosos do crime.»*⁴

Com frequência as notícias enaltecem certos delitos, praticados sem especialização ou perigosidade que justifique as exaustivas aberturas dos noticiários, devendo-se tamanha ênfase única e exclusivamente às funções ou profissões dos arguidos envolvidos.

Nesta linha encontram-se os funcionários da administração pública e demais cidadãos com funções de cariz público, independentemente do vínculo contratualizado, que possam de alguma forma ser englobados na definição do art.º 386 do Código Penal, que estabelece um alargado conceito de funcionário para efeitos da lei penal *«suficientemente abrangente para que não se verifiquem lacunas de punibilidade»*⁵.

O objeto em estudo cinge-se à responsabilização criminal por delitos “indevidos” às funções públicas dos funcionários, com o propósito de perceber se existem fundamentos legais que corroborem a sujeição a sanções penais “exemplares” acrescidas de punições “disciplinares”, derivadas ou impostas pelos mesmos factos.

No ordenamento jurídico português, prevalece a conceção administrativa do direito disciplinar, que se caracteriza pela sua autonomia face ao direito penal, levando a que as sanções disciplinares sejam ditadas à margem dos princípios do direito penal, materializáveis através de despachos exarados pela cadeia hierárquica, desprovida de competência estatutária para aferir matérias do foro criminal, o que tem merecido a reprovação da emergente conceção penalista do direito disciplinar, apoiada na idêntica génese das suas sanções com as sanções penais⁶.

⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Prisão a Metamorfose da Benevolência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9.

⁵ PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre - *Código Penal Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 940.

⁶ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 22.

Visa-se apreciar a legalidade deste cúmulo coercivo e verificar se tais penalizações extravasam a medida em que os delitos consumados corrompem a prestação do contrato que o funcionário estabeleceu com a sua entidade patronal o “Estado Português”.

Pretende-se denunciar que a inexistência de limites para desencadear o procedimento disciplinar, bem como a não tipificação do que consiste infração disciplinar, restringe liberdades fundamentais, a responsabilização consubstancia-se na violação de deveres generalistas, que permitem a intromissão hierárquica no lar e na vida íntima dos funcionários, quer estejam no ativo na reforma ou qualquer outra situação laboral.

Nesta infâmia ocorre ainda a instrumentalização da pessoa do funcionário como exemplo de “purificação” do efetivo das instituições, em desprimor da dignidade inerente à sua pessoa e com franca violação dos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Sem descurar o valor da “moral” inerente às instituições públicas, nem inflamar a controvérsia resultante da determinação do conteúdo dessa moral “muito própria”, invoca-se a dignidade da pessoa humana enquanto princípio formalmente consagrado na matriz da República Portuguesa⁷, que se consubstancia num dever jurídico, *«que submete todas as manifestações do estado tanto aos seus limites como à árdua tarefa de a assegurar»*⁸.

Não se visa aferir a responsabilidade criminal do funcionário que atuou no exercício das suas funções, nem aquele que utilizou instrumentos destinados ao fim único da administração pública, a prossecução do interesse público⁹, nem daquele que tirou partido de informações que lhe estão disponíveis pelas mesmas funções e as utiliza para fins contrários.

Em súmula, pretende-se subtrair deste estudo as condutas onde a qualidade de funcionário seja idónea a consubstanciar tipos autónomos ou a promover a agravação de tipos penais, ainda que a “separação das águas” se venha a revelar no excuro deste trabalho um dos maiores dilemas.

Exclui-se ainda a responsabilidade dos personagens eleitos ou nomeados para cargos públicos pois as suas condutas a montante de qualquer olhar judicial, devem ser cristalinas e insuspeitas, refira-se que o princípio da presunção da inocência é um conceito jurídico e não político, razão pela qual não deveria com a frequência com que nos habituámos ser invocado fora das instâncias judiciais.

⁷ República Portuguesa - Art.º 1º da CRP.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 51.

⁹ Princípios Fundamentais - Art.º 266º da CRP e Princípio da Prossecução do Interesse Público e da Protecção dos Direitos e Interesses dos Cidadãos - Art.º 4º CPA.

Ficamos relativamente aos crimes perpetrados por titulares de cargos políticos¹⁰, conscientes que a temática merece uma referência autónoma, apesar de ser evidente «*uma certa intenção politico-criminal de parificação dos regimes jurídicos da corrupção de funcionários e da corrupção de políticos*»¹¹.

Por outro lado, não seria possível realçar a dupla punição concretizada através do “Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas”¹², visto ser apenas aplicável a quem seja trabalhador e execute funções públicas com subordinação jurídica de emprego, o que desde logo exclui da sua previsão os titulares de cargos públicos¹³.

No decurso desta investigação recorre-se inevitavelmente aos conceitos da Teoria Geral da Infração, da Doutrina das Consequências Jurídicas do Crime e das Teorias dos Fins da Pena, para serem inteligíveis as preeminências dos modelos dominantes na Política Criminal Portuguesa e suportar um modelo que apesar de não subverter o vigente, expurga-o de preconceitos remanescentes do estado novo e nos aproxima do pensamento de Germano Marques da Silva: «*A pena simplesmente retributiva está ultrapassada e não só por moda, mas na sua própria legitimidade democrática*»¹⁴.

Apesar das proeminentes celeumas, não se traça uma posição fraturante com a doutrina e jurisprudência vigentes, pretende-se mormente demonstrar que no decurso do processo democrático ocorreram despenalizações e descriminações de tipos legais de crimes, adotaram-se penalizações menos desprestigiantes para a dignidade da pessoa humana, reflexo de profundas alterações no pensamento jurídico ocorridas ao longo da maturação do estado de direito e da permeabilidade do direito a outras ciências sociais que justificam ou abonam determinados comportamentos humanos.

Neste contexto foram reconhecidos e assimilados pela Constituição da República Portuguesa, novos e coerentes direitos fundamentais, através de uma “*cláusula aberta*”¹⁵ que recusa ser exaustiva a enumeração do catálogo de direitos plasmados no texto constituinte e por conseguinte deixa-o aberto a outros direitos humanos merecedores de idêntica dignidade.

¹⁰ Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, alterada pela Lei n.º 41/2010 de 3 de setembro.

¹¹ CARMO, Rui do; LEITÃO, Helena; Centro de estudos Judiciários - *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 25.

¹² Aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro.

¹³ MOURA, Paulo Veiga e - *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 28.

¹⁴ *Apud*: GONÇALVES, Pedro Correia - *A Pena Privativa da Liberdade: Evolução Histórica e Doutrinal*. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 9.

¹⁵ Âmbito e Sentido dos Direitos Fundamentais - Art.º 16º, nº 1 da CRP.

Questão premente que se pretende ver respondida é se esta cláusula, já patente nas constituições republicanas 1911 e 1933¹⁶, tem beneficiado todos os cidadãos portugueses, mormente os funcionários.¹⁷

Tal adversidade acompanha a humanidade desde a antiguidade, revele-se por exemplo a passagem bíblica onde que Moisés surge diante do seu povo ostentando as pedras fumegantes onde Deus gravou a sua lei¹⁸. Atentemos ao mandamento que se conserva no art.º 24º do nosso texto fundamental, como o direito à vida.

A questão que se suscita é que desde os primórdios da civilização humana, certas garantias cingem-se a determinadas castas sociais, ou abonam como destinatários apenas alguns “senhores” ao invés de serem direitos ou obrigações de todos os seres humanos. Um escravo, por exemplo, não sendo senhorio da sua própria vida, podia ser abatido sem “pecado”.

Quais seriam as motivações que levaram poderosos como o Imperador Marco Aurélio a difundir o Estoicismo? A real crença nos valores de tal corrente filosófica ou o mero intento da difusão conformar os humildes com a miséria, para aligeirar rebeliões populares, confortar os desafortunados com a escravatura, como Epíteto tido na Grécia antiga como um dos seus maiores protagonistas¹⁹.

O valor científico deste ensaio consolida-se porque as respostas às questões suscitadas e outras a que será dedicada uma atenção meritória, fundamentam-se em diplomas legais, interpretados com base nos manuais de direito, com destaque para os de direito constitucional, direito penal e disciplinar, sem ignorar o vasto recurso à doutrina e jurisprudência.

¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73.

¹⁷ Veja-se por exemplo o Regulamento Disciplinar da PSP publicado pela Lei 7/90, de 20 de fevereiro, um diploma com mais de 20 anos, que sobrevive alheio às profundas alterações na mentalidade portuguesa, ocorridas desde a sua publicação. O consumo de algumas drogas foi descriminalizado; a possibilidade de pessoas do mesmo sexo contraírem casamento arrumou a imoralidade inerente à homossexualidade; a atenuação de tipos criminais a bagatelas penais, como ocorreu com a dependência de acusação particular para desencadear o procedimento criminal no caso do furto de coisas móveis expostas de valor diminuto ocorrer em estabelecimento comercial, cometido por uma única pessoa durante o período de abertura ao público, se tiver havido recuperação imediata das coisas promovido pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro.

¹⁸ Os dez mandamentos: Êxodo (20; 2-17); Deuteronomio (5; 6-21).

¹⁹ O escravo Epíteto sustentava “ser mais feliz que o seu amo”, pensar na interação senhor-escravo, leva quase instintivamente a encenar a felicidade do abonado senhor e a infelicidade do escravo a quem nem a vida pertence. Através de uma sábia inversão de valores, o escravo “filósofo” protagonizou que a felicidade não reside na abundância das coisas materiais, mas sim no significado que lhes damos e na abstração daquilo que não conseguimos mudar. Deste raciocínio “Estoico” evangelizado pelo cristianismo chegam hoje de forma dissimulada resquícios às nossas crianças, veja-se a inócua expressão: “AKUNA MATATA” da série infantil da Disney – O Rei Leão.

Apesar dos indultáveis esforços para expurgar latentes convicções, inclinações ideológicas, políticas ou corporativistas, certamente serão visíveis algumas manifestações pessoais feridas de alguma subjetividade, mas de forma semelhante se manifesta a sociedade portuguesa, pois se aderiu em vários temas fraturantes uma visão tendencialmente liberal²⁰, no tema em apreço, teima em permanecer solidamente conservadora.

Recorreu-se ainda a documentação indireta baseada em pesquisa documental e bibliográfica, onde com predominância do recurso ao método dedutivo e hipotético-dedutivo, se procurou aprofundar situações onde o mesmo bem jurídico padeceu de diferente proteção jurídica por parte do legislador.

A metodologia utilizada centra-se nos métodos qualitativo e comparativo, necessários para compreender as motivações subjacentes à assimilação de pensamentos jurídicos similares em vigor noutros estados europeus, numa vertente de Direito Comparado.

Quanto ao enfoque temporal, incide-se essencialmente no contexto da Constituição de 1976, ávida dos valores anunciados como catalisadores do golpe de estado militar de abril, que a história vem lecionado convergentes aos princípios proclamados pela revolução francesa: "*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*", no entanto alguns escritores, apontam como principal finalidade do golpe militar de 1974, terminar com marcha de oficiais dos ramos das forças armadas com ascendente nas elites do estado novo, para as colónias portuguesas do ultramar²¹.

Em termos de sequência lógica, direcionado ao leitor desenvolveu-se o capítulo designado "**Contexto da Pena Exemplar**" onde são expostos os motivos que levam a afirmar que existe um incremento desmensurado da penalização aplicada aos funcionários que cometeram delitos criminais, mesmo quando praticados na qualidade de cidadãos, apartados das funções que os ligam ao contrato de utilidade pública estabelecido com o povo português,

²⁰ Despenalização do aborto, casamento homossexual, etc...

²¹ Neste sentido leia-se: JALALI, Carlos - *Partidos e Democracia em Portugal 1974-2005*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais -Universidade de Lisboa, 2007, p. 58.

Segundo o autor a durabilidade das guerras coloniais afetaram a homogeneidade dos oficiais das forças armadas. Até então as patentes mais elevadas dos cargos de oficiais eram monopolizados pelos filhos de proprietários rurais e da alta burguesia, a satisfação das necessidades da guerra em África abriu as escolas de oficiais a classes sociais mais modestas, levando a que deixassem de poder contar com os lucrativos cargos dos oficiais salvaguardados em Lisboa e que as promoções fossem diluídas pelo recrutamento de oficiais milicianos, oriundos das universidades, também estas fontes de oposição à guerra e ao regime. Defende o autor que foi o decreto n.º 353/73, JUL que despoletou o golpe de 25 de Abril de 1974, por permitir o acesso de oficiais milicianos ao quadro de oficiais permanentes, em condições que os oficiais de carreira consideravam desfavoráveis. Os acontecimentos que se seguiram evidenciaram que o MFA continha pontos de vista diferentes, quer em relação às questões coloniais, quer à natureza do regime Pós-Estado Novo. Como se subtrai da primeira declaração pública de 25 de Abril, que dedicou a totalidade do primeiro parágrafo às guerras coloniais, o principal objetivo foi terminar a guerra colonial.

regime que não se pretende equitativo ou aligeirado pelo poder político, apesar da emergência económica, ditar políticas que visam a aproximação entre os sectores público e privado.

A convicção de que existem diferentes pesos e medidas criminais consubstanciadas nos vínculos profissionais e nos padrões morais a ele intrínsecos, leva a delinear no capítulo seguinte **“O Governo Limitado”** uma abordagem sintética sobre o moderno constitucionalismo português, onde se enunciam mecanismos que visam limitar o poder sancionatório do estado²², sem os quais não se pode afirmar com credibilidade a vigência de um “estilo” de Estado de Direito Democrático, entendido como uma organização política que promove e garante os direitos fundamentais de todos os cidadãos, dos quais se destaca a garantia de um tratamento jurídico igual e imparcial para todos os membros da comunidade, rejeitando *«querer punir este ou aquele comportamento invocando uma determinada imagem do homem»*²³.

O capítulo com a epígrafe **“Função de Garantia do Direito Penal”** ocupa-se das preeminências do direito penal a sua assimetria com a moral e as concepções de culpa, que servirá de ponto de partida para aludir que apesar Constituição ter omitido as funções laborais quando refere: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual²⁴”, o legislador penal não tolera uma regra geral de discriminação negativa consubstanciada no cariz público das funções do arguido, o que será sustentado através do discernimento das alíneas exemplificativas no tipo de homicídio qualificado²⁵.

No capítulo **“Teorias dos Fins da Pena”** resume-se a evolução ideológica do sentido das penas, realçam-se os fins da prevenção geral e especial, evidenciam-se as virtudes da reintegração social em contraposição com as vicissitudes dos aspetos retributivos, como a instrumentalização da pessoa do funcionário a “exemplo” para os demais funcionários, mas também para demonstrar pureza no seio da Administração. Estes aspectos vinculados nos modelos da prevenção estão notoriamente em desuso para os demais cidadãos, apesar de continuarem a afligir à revelia dos fins do direito os funcionários criminal e disciplinarmente.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

²³ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 38.

²⁴ Princípio da Igualdade - Art.º 13º n.º 2 da CRP.

²⁵ Homicídio Qualificado - Art.º 132 do CP.

No capítulo dedicado ao “**Direito Disciplinar**” enumeram-se questões relativas à génese do direito disciplinar, aprecia-se a falta de unidade do poder sancionatório do estado, suscitada pela questionável competência da Administração para sancionar matérias do foro judiciário. Realça-se a presunção de culpa do funcionário consubstanciada na participação ou parecer do superior hierárquico, a atipicidade das infrações disciplinares, a impraticabilidade ou impossibilidade de ser traçado um processo disciplinar isento e imparcial, a ausência de critérios uniformes na escolha das sanções, o que promove sancionamentos exemplificativos, que ultrapassam o grau de culpa individual, «*onde se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atentando realmente contra a dignidade humana*»²⁶.

Por fim, fundamentam-se as respostas às questões colocadas no início da investigação, anunciam-se outras contendas para reflexões futuras, seguidas de várias sugestões.

Delimitados que estão os métodos, o objeto e arquitetura deste trabalho académico, reafirma-se que a presente investigação e soluções apresentadas se recostam aos aspetos jurídicos subtraídos e interpretados dentro do espírito do constitucionalismo português, que coloca a pessoa humana acima das instituições democráticas e deve proteção legal contra quaisquer formas de discriminação²⁷.

²⁶ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 37.

²⁷ Outros Direitos Pessoais - Art.º 26 n.º 1 da CRP.

2 CONTEXTO DA PENA EXEMPLAR

A crise económica internacional atingiu o coração da Europa, fulminando a frágil economia Portuguesa.

A passagem inesperada de um discurso político de normalidade para o “caos económico” levou o poder legislativo a implementar cortes salariais, a aumentar e implementar novos impostos entre outras medidas de austeridade que permitissem num curto prazo temporal diminuir a despesa pública contraída ao longo das últimas décadas.

Tais medidas originaram nas ruas contestações moderadas dos tecidos sociais, mas fomentaram fortes contendidas jurídicas, relativamente ao papel do estado e das instituições democráticas, a que não tem ficado impune o Tribunal Constitucional.

Segundo Gomes Canotilho, «o Estado de Direito deve assegurar às pessoas a tranquilidade necessária para conduzir a vida sem surpresas, através dos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da protecção à confiança, opondo-se aos poderes públicos salvaguardam os cidadãos».²⁸

As medidas de austeridade resultantes do exercício da soberania do estado destinam-se à maioria dos contribuintes portugueses, porém algumas foram delineadas exclusivamente para os funcionários da administração pública, o que intencionalmente ou não, fomentou a cisão entre os trabalhadores do sector público e os particulares.

As mediadas destinadas ao sector público, não resultaram de qualquer modalidade de negócio jurídico ou acordo entre trabalhadores e patronato, onde depois de mutuas cedências, ocorre certamente não a concordância desejável, mas a possível entre as partes conflitantes. Unilateralmente o estado subtraiu aos funcionários públicos parte dos seus vencimentos e retirou-lhes regalias que pesaram na decisão destes aquando do ingresso nos quadros do estado.

Não se pode deixar de ressaltar que uma quota-parte da responsabilidade pelo incumprimento das prestações assumidas pelos cidadãos se deveu à confiança de solidez económica transmitida pelos timoneiros do país, pelo que em certa medida pode ser deferida para um estado negligente, que não atuou com a previsibilidade necessária para conter as

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 265.

despesas do seu funcionamento, nem respeitou a legislação relativa aos seus custos por si mesmo elaborada²⁹.

Enquanto se esgrime na praça pública se terá sido o chumbo do quarto Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC4) que terá levado à queda e não reeleição do Governo de José Sócrates³⁰ e como consequência Portugal não terá conseguido evitar o resgate financeiro, patrocinado em longa medida pelo FMI³¹, prolifera a insegurança jurídica e assiste-se à restrição de direitos laborais e sociais tantas vezes idolatrados como bastiões da conquista de “Abril”, cujas nefastas consequências não podem com agrado a ser aceites pelos administrados.

Muitos cidadãos encontram-se no presente impossibilitados de manter a qualidade de vida adquirida ou incapacitados de honrar as prestações resultantes da compra de habitação própria, aquisição de automóvel, entre um rol de dívidas contraídas para satisfazer outras necessidades, que tem levando a que milhares de funcionários públicos, se tenham deparado com os seus salários penhorados, conforme tem vindo a ser francamente noticiado³².

Cronologicamente deve ser de admitir que depois do tombo do “regime corporativista³³” foi a integração económica da velha nação lusitana no remodelado continente europeu que afiançou mundos e fundos que alargaram os horizontes modestos das tradicionais famílias portuguesas.³⁴

²⁹ Veja-se por exemplo: Decreto-Lei n.º 299/2009 de 14 de outubro - Estatuto da Polícia de Segurança Pública, que após três anos da sua entrada em vigor (1 de janeiro de 2010), ainda não promoveu a colocação de todos os seus destinatários na tabela salarial única da função pública.

³⁰ XVIII Governo Constitucional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321/2009, de 11 de dezembro.

³¹ A adesão de Portugal ao Fundo Monetário Internacional, ocorreu através do DL n.º 43.338, de 21 de novembro de 1960, assinado por Américo Thomáz e António de Oliveira Salazar. Esta organização internacional concebida em 1945, depois da conferência de Bretton Woods (1944), tinha como objetivo reconstruir o sistema monetário internacional destruído pela Segunda Guerra Mundial. Para o efeito, foi criado um fundo sustentado através de quotas por parte dos países membros, que poderia ser utilizado a título de empréstimo aos países com desequilíbrios financeiros. Portugal recorreu no passado ao FMI em duas ocasiões: em 1977, no decorrer do I Governo Constitucional, tendo como Presidente da República Ramalho Eanes e Mário Soares como Primeiro Ministro; e numa segunda ocasião em 1983, no decurso do VIII Governo Constitucional, onde Mário Soares era novamente Primeiro Ministro à frente do governo do Bloco Central, com o PPD-PSD de Mota Pinto.

³² Correio da Manhã - Ano XXXIII/n.º 11985 de 1 abril 2012, pág. 1

³³ Que vigorou em Portugal entre 1926 e 1974.

³⁴ Muito pode ser dito relativamente aos motivos que levaram Portugal a aderir à Comunidade Económica Europeia, porém no apelo realizado neste trabalho: “A democratização do poder disciplinar” importa referir, que a adesão é também uma consequência golpe militar de 25 de abril de 1974, que veio por fim a uma política económica em desagregação, com uma grave dependência externa, uma população com precárias condições de vida e escasso poder de compra. As condições de vida foram agravadas pela vinda de milhares de portugueses das ex-colónias, que obrigaram ao reforço desmesurado e consequente encerramento dos quadros da função pública. Nesta conjectura, Portugal perdeu o mercado colonial e viu-se obrigado a direcionar a sua economia para o mercado Europeu, com regras diferentes das que o império estava habituado.

Portugal apresentou a sua candidatura de adesão a 28 de março de 1977, vindo a assinar o acordo de pré-adesão em 3 de dezembro de 1980, tornando-se membro de pleno direito da União Europeia a partir de 1 de janeiro de 1986³⁵. Desde então enquanto as empresas nacionais se abriam à europa, as grandes multinacionais instalaram-se em Portugal, absorvendo mão-de-obra qualificada, com especializações técnico-profissionais imprescindíveis para laborar com novas ferramentas tecnológicas operadas através de céleres linguagens binárias, enfim, mecanismos adequados à manutenção de padrões de concorrência técnica e intelectual livres e sem fronteiras na Europa e no mundo.

Uma nova onda social erradicou as tradicionais formas de transações comerciais, revolucionou as técnicas de publicidade e arrasou com os clássicos meios de comunicação³⁶, desenvolveram-se genuínas ferramentas de telecomunicações móveis e de localização³⁷, que não tardariam a gerar uma forte dependência das redes sociais, que discutivelmente promovem o sedentarismo habitacional, apesar do imenso potencial para superar o abandono, frustrar a solidão e complementar a tranquilidade e a segurança que o estado a todos deve.

Incontestavelmente, estas tecnologias são hoje bens imprescindíveis para a maturação e intelectualização da pessoa humana e não meros luxos, modernices ou extravagâncias, pois a dignidade da pessoa humana não se contém na satisfação das necessidades básicas ou biológicas do homem.

Longe de acompanhar proporcionalmente o progresso industrial, tecnológico e civilizacional, a máquina do estado foi sucumbindo enquanto os seus quadros de topo, tal como ainda no presente se foram acomodando entre continências, mordomias e honras, descurando o desenvolvimento empresarial à sua volta, enraizado em metas de eficiência.

A falta de visão estratégica, aliada à ausência de equipamentos e ferramentas informáticas adequadas, foi sendo superada ao longo de décadas pelo incremento de mão-de-obra, sobrecarregando os quadros do estado. Os funcionários foram angariados através de promissoras “carreiras aliciantes”³⁸, publicitadas nos meios de comunicação estaduais, que acabariam por influenciar a decisão de ingresso nos quadros da função pública, numa “paragem” histórica onde os privados auferiam melhores salários que os funcionários do estado.

³⁵ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota - *Manual de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 55.

³⁶ Os CTT por exemplo num esforço de adaptação para além da correspondência prestam ainda que de forma secundária serviços bancários e cambiais ou assemelham-se a lojas de brindes e livrarias.

³⁷ Telemóveis, emails; GPS, etc...

³⁸ Slogans - Cativadores de jovens para as forças armadas, forças e serviços e forças de segurança, entre outros.

O estado tem vindo a promover uma política de agravamento fiscal, consubstanciada no critério da proporcionalidade salarial, mais severo para os melhor remunerados, mais brando para aqueles que recebem contrapartidas monetárias inferiores, apregoando ser esse o dever social do estado, enquanto vai nebulizando promíscuos favorecimentos de grupos de interesse e de pressão³⁹, que aspiram obter decisões favoráveis à realização dos seus interesses económicos ou empresariais, entre outras clientelas políticas, sem cuidar que está a subverter a arquitetura dos valores vigentes na sociedade portuguesa.

Veja-se por exemplo o que profere Cristina Queiroz: «A constituição assinala ainda a passagem de um conceito de igualdade formal, necessariamente abstrato, a uma posição de igualdade”, que implica já uma valoração das condições de vida.»⁴⁰

Sem divergir no essencial de tal “posição de igualdade” questiona-se em que medida o estado está obrigado a sustentar uma existência condigna a todos os cidadãos, quando muitos dos beneficiários dessa mesma solidariedade, por inércia ou vontade própria, nunca depositaram no estado qualquer contrapartida, enquanto com fundamento nessa mesma precaridade social aflige os demais cidadãos que desenvolvem atividades laborais maiores tributações fiscais, suprime-lhes subsídios e outras regalias que na sua génese consistiam em incrementos remuneratório indiretos, que o estado suportava por serem menos dispendiosos.

Este caminho tem promovido a penalização de quem mais se esforçou ao longo da vida académica ou laboral em benefício dos muitos que voluntariamente se desleixaram, num estado que garante a todos em condições de igualdade o direito à educação, cultura, ciência e ensino⁴¹, tal conduta aparentemente correta, parece adequada a adulterar valores como o sacrifício no trabalho, a dedicação aos estudos, ou o incentivo para poupanças familiares⁴², pois se já não é tão coerente que “o crime não compense”, decididamente dar um maior contributo à sociedade é penalizador.

Uma política fiscal que despreza a penosidade do trabalho e confisca a “adiafa⁴³” em benefício de uma igualdade social, que trata de forma igual o que é desigual, pode prejudicar um trabalhador que merece uma remuneração superior por ter abdicado de prazeres mundanos

³⁹ FERNANDES, António José - *Introdução à Ciência Política: Teorias, Métodos e Temáticas*. Porto: Porto Editora, 2008, p. 179.

⁴⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. - *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 127.

⁴¹ Direitos e deveres culturais, art.ºs 73 a 79 da CRP

⁴² A atribuição de subsídios sociais encontra-se condicionada pelo valor do património mobiliário (depósitos bancários, ações, certificados de aforro e outros ativos financeiros), bem como ao valor de bens móveis sujeitos a registo (veículos automóveis, embarcações, aeronaves).

⁴³ Refeição dada aos trabalhadores no fim de um trabalho.

em primor de uma formação académica ou por exercer uma atividade profissional mais exigente, mas também por ter abdicado de mais horas de descanso em prol do trabalho. A dinâmica laboral merece contrapartidas, o trabalhador tem direito em troca do seu tempo de vida e desgaste na saúde despendidos nas tarefas laborais, a um preço que deve ser proporcional à dureza, exigências cognitivas e condições de realização do trabalho.

Na função pública, os vencimentos variam conforme os anos de serviço, em carreiras que se têm vindo a revelar progressivamente miseráveis, contrariando as expectativas com que o estado seduziu os seus quadros em momentos demarcados da jovem democracia portuguesa, numa época em que ninguém queria ser funcionário do estado. Fugia-se das forças armadas e militarizadas, trocava-se a disciplina e a subordinação hierárquica pela liberdade pessoal, pois apesar da ausência de estabilidade contratual nos privados, o trabalho abundava e era melhor remunerado: “lá fora, ganhava-se melhor!”

Certo que o cenário descrito pode ser extensível à maioria dos portugueses, que igualmente se sentem defraudados e injustiçados, por terem dedicado anos de sacrifício a uma causa e depararem-se no presente com a redução do seu poder de compra, com ordenados em atraso, comungando de mesa e coabitação com familiares desempregados ou idosos carenciados, que pela esmera necessidade de colmatar as necessidades, vergonhosamente, longe de se sentirem delinquentes típicos, não deixarão de estar mais permeáveis ou a tornarem-se potenciais violadores da lei, como expõe Arlindo Donário:

«Na escolha entre um comportamento legal ou ilegal os indivíduos têm em conta não só as sanções e recompensas legais esperadas mas também as "sanções" e "recompensas" de natureza axiológica (cultural), que emergem dos valores morais, éticos, sociais e religiosos, inculcados nos indivíduos através do processo de socialização...»⁴⁴

Neste contexto, furtar para comer, terá sempre uma forte compreensão no seio de um povo humilde, a menos que o autor do delito seja um “funcionário público”.

Mas fará sentido no presente, onde vozes clamam a supressão de regalias da Administração Pública, a similitude dos vencimentos e a convergência das reformas e pensões praticadas na função pública com o sector privado, manter os funcionários sobre a “agressão” de um regulamento ou estatuto disciplinar?

⁴⁴ DONÁRIO, Arlindo Alegre - *Aumento das Sanções ou das Probabilidades de Aplicação da Lei?* Lisboa: EDIUAL, 2010, p. 32

Independentemente do vínculo contratual ou respeito devido a todas as profissões será legítimo lidar de forma diferenciada e exemplar com o incumprimento por parte de milhares funcionários com os vencimentos penhorados, entre outros tantos com insolvência declarada: «A sensibilidade diz-nos que metade do total de 100 mil salários penhorados seja de funcionários públicos», disse ao «Correio da Manhã» o presidente da Câmara dos Solicitadores, José Carlos Resende.⁴⁵

Num estado de direito democrático a contenção da criminalidade ou a violação de deveres corporativos, não pode ocorrer através de retribuições penais exemplares, consubstanciadas num vínculo serviçal público sem que dele derivem efetivas contrapartidas económicas que justifiquem a permanente agressão penal e disciplinar a que os demais cidadãos não estão sujeitos.

Admitindo-se que os ideais idolatrados pela república no contexto da atual crise económica possam ser mitigados, não se deve ignorar que em certos ramos do estado nunca chegaram a ser francamente disseminados.

Enumerem-se os casos de suicídios nas forças e serviços de segurança, o seu não reconhecimento como profissão de risco, a obrigação de realizar horas extraordinárias sem qualquer retribuição, o despojo de contrapartidas idealizado pelo próprio texto constitucional, que lhes veda um núcleo essencial de direitos indispensáveis para tornar audíveis as suas reivindicações, nomeadamente o recurso à greve, a obrigatoriedade de gozo de férias em períodos específicos em benefício do serviço, que lesa o direito de reunião familiar, o silêncio imposto pelas hierarquias de topo, muito melhor remuneradas, que lhes sonegam a liberdade de manifestação pública, a interdição de exercer outras atividades remuneradas, através de um regime de incompatibilidades não extensível como seria salubre a certos cargos políticos.

Ainda que não devam ser misturados os interesses particulares dos funcionários com as obrigações inerentes às suas funções públicas, cujas progressões e metas foram atempadamente projetadas pelo legislador, através de cargos, categorias, competências e respetivas tabelas salariais, como fazer face às dificuldades económicas agravadas pela crise?

As restrições à acumulação de funções a título remunerado ou não, em regime de trabalho autónomo ou subordinado⁴⁶, parecem subsistir mais por imperativo histórico, do que

⁴⁵ RESENDE, José Carlos - Salários Penhorados a 50 mil funcionários públicos. **Correio da Manhã**. Lisboa. (1 abril 2012), p. 8.

⁴⁶ Lei n.º 12-A/2008, 27 de fevereiro, art.º 28º n.º 4 al. c) - Estabelece os regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas.

pelo perigo da falta de isenção ou imparcialidade exigidas ao desempenho das funções públicas muito mais quando os vencimentos auferidos não garantem uma existência condigna nem se perspectiva que venham a garantir.

Por outro lado, estas limitações esbanjam potencial humano em abundância nos quadros da função pública, em prol da devoção exclusiva a uma categoria profissional, quando começa a ser visível em determinados serviços que os funcionários exercem funções de grande especialização, cujas competências ou formação académica foram obtidas às suas tensas, sem que auferiram qualquer contrapartida.

Face ao panorama resenhado, assistindo-se ao progressivo emagrecimento dos ordenados e ao impedimento de exercer legalmente outras atividades remuneradas restarão aos funcionários poucas alternativas senão enveredar pela criminalidade.

Neste contexto, é mister repudiar a intimidação obtida com penas judiciais exemplares, acrescidas de sanções disciplinares, para apaziguar agitações populares ou amainar intervenções enraivecidas da comunicação social, que prescrevem ou idolatram qualidades exigidas aos funcionários, que verdadeiramente não abundam nos valores da comunidade, pois tal artifício não é uma manifestação de direito, mas sim um mero aproveitamento de modestos funcionários como “bodes expiatórios⁴⁷” para expurgar dos organismos e instituições do estado a imagem negativa.

Como já foi referido, existem tipos penais cujo preenchimento carece da qualidade de funcionário⁴⁸, reitera-se que o objeto em investigação, estanca-se na pessoa do funcionário, quando despido do seu traje público, quando na sua pessoalidade se deixa consumir pelos defeitos e virtudes com que fora enxertada a sua personalidade única, resultante de um contínuo processo de socialização, repleto de audíveis louvores mas com tão raros exemplos contemporâneos.

Visam-se os conflitos familiares, resultantes do divórcio que lhe fora imposto, a vergonha de um relacionamento homossexual no seio da sua descendência. Quando no seio da sua intimidade, de férias, de folga, na reforma, onde os ritos da sua educação parental se opõem aos novos valores e liberdades, por si apreendidos como paixões proibidas ou mal figuradas no passado e que se erguem como modas do presente.

⁴⁷ Ritual judeu (Livro dos Levíticos) - Abrão coloca as mãos sobre a cabeça de um bode e transmite para o animal todos os pecados do povo de Israel.

⁴⁸ A qualidade de funcionário (na acessão do art.º 386 do CP.) pode ser um elemento do tipo como ocorre nos Crimes de Corrupção (art.º s 372º; 373º; 374º do CP.).

Pretende-se arguir a posição desonrosa em que se encontra, o drama da sua incapacidade para satisfazer compromissos assumidos, que a todo custo quer honrar, quando no limiar da sua existência, num conturbado instinto de sobrevivência se dedica com vergonha à prática de crimes.

Não se podia deixar de fazer uma particular referência aos funcionários que desempenham funções no âmbito da segurança interna, por serem verdadeiros malabaristas no fio da navalha. Paralelamente às imposições de índole moral que lhes são impostas pela comunidade, não auferem contrapartidas que os distingam dos demais funcionários. No entanto, garantem a segurança de fortunas acondicionadas sem barreiras físicas, possuem um desmesurado poder de fiscalização e desenvolvem funções no âmbito criminal onde um breve cerrar de olhos pode subverter um processo ou fazer com que nem exista procedimento.

Ironicamente sendo-lhes imposto um rigor extremo tanto nas suas vivências profissionais como nas particulares, a sociedade exige-lhes brandura, compreensão, recetibilidade, proximidade e humanidade, porém condena-os publicamente à margem de garantias constitucionais em matéria de presunção da inocência, *“in dubio pro reo”* ou das causas de justificação, pela depreensão de possuírem adequada aptidão física e psicológica, terem assimilado técnicas de defesa ou gestão de conflitos ou possuírem vastos conhecimentos legais, indicadores estes aferidos com a mera ostentação de uma carteira profissional, que nada refere quanto às suas reais capacidades, aptidões, cursos ou especializações para que foi nomeado ao longo de uma carreira contributiva que pode ultrapassar 40 anos de serviço.

O que se afirmou, facilmente pode ser alargado a outras atividades públicas, questione-se por exemplo, qual o vínculo que submente um professor, com mérito reconhecido através dos resultados obtidos pelos seus alunos nos exames de acesso ao ensino superior, a ser confrontado em sede de audiência com a “obrigação de dar o exemplo”, quando por um desvairo da sua conduta pessoal, fora das funções de docente, ter sido intercetado ao volante de um automóvel com uma taxa de álcool superior a 1,2 g/l e consequentemente sujeitar-se a uma multa torneada pelo seu estatuto profissional?

Atente-se ainda à real dimensão do pecado de um ministro de fé, que sem vocação foi abandonado às portas de um seminário pela sua mãe, que ao invés de o poder acarinhar, por razões de insubsistência económica ou meramente para fortalecer o seu orgulho maternal com a façanha de ter um “prior” na família, sem que tenha ocorrido qualquer “chamamento

divino” condenou o seu filho a suportar a mutilação “psicológica” dos seus órgãos genitais em subserviência às escrituras⁴⁹, por este ao invés de sucumbir no celibato ter tido a fraqueza de manter um relacionamento amoroso com uma crente da paróquia.

Longe de afloramentos legais os figurinos esboçados pretendem somente realçar que apesar da moral e o direito andarem frequentemente de mãos dadas e ainda que os seus significados na praça pública sejam idênticos, em sede de direito não podem ser confundidos: «*O Direito e a Moral, sendo essencialmente distintos, podem e devem estar, quanto possível, ao serviço um do outro, mas sem que essa entre-ajuda desnature o que há de específico em cada um deles.*»⁵⁰.

Com alguma frequência, um ou outro jurista popular: «*leigo com fama de muito sábio jurista*»⁵¹ apardalado pelas luzes da ribalta refere nos seus comentários televisivos a moral e o direito como sinónimos, enquanto se congratula com a mão pesada da justiça, por ter sancionado exemplarmente um arguido por ser: médico, professor, polícia, etc...

Certamente o lapso passará despercebido aos olhos do cidadão comum, cegos de vingança, mas um conceito de justiça amadurecido pelos estudos numa comunidade jurídica, não pode desconhecer que o direito penal português é o direito penal do facto e não do autor⁵², nem que a tipificação dos crimes é devida à merecida tutela de bens jurídicos, cuja violação é reprovada pela ordem jurídica na sua globalidade.

Segundo Figueiredo Dias é inadmissível a conceção de um “direito penal do agente” por ser contrária aos fundamentos do estado de direito e por ter sido esse o discurso que legitimou a escravatura e o holocausto, por declinar a proteção penal do inimigo⁵³.

Ao jurista compete dar testemunho da evolução e ordem de valores que enformam e estruturam a sociedade: «*Tem de afirmar pois o primado do direito contra todas as violações e contra todas as pressões*»⁵⁴.

⁴⁹ I Epístola aos Coríntios (7; 32-33).

⁵⁰ TELLES, Inocêncio Galvão - *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Vol. II, p. 116.

⁵¹ MORUS, Tomás - *A Utopia*. Lisboa: Guimarães Editores 2009, p. 29.

⁵² O Direito Penal do Autor fundamenta a aplicação das penas em razão das características particulares do “autor” e não em razão do ato praticado, o que justifica a criminalização é a típica personalidade e não a conduta, condena-se menos o furto e mais o facto de ser ladrão.

⁵³ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 36.

⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 230.

O nervosismo mediático promove linchamentos públicos, cujos danos podem ser irreparáveis, pois a comunicação social especula o crime, mas inibe-se na ênfase a dedicar no direito ao contraditório.

Será sempre discutível falar de progresso civilizacional, quando ao invés de se destruir as traves mestras dos modelos processuais e penais que atormentaram a humanidade no passado, nos limitamos a enterra-las como medida de segurança e conforme os suplícios, vai-se disseminando uma semente aqui outra acolá, enquanto as gentes distraídas vão percorrendo ao sabor de correntes ideológicas maioritárias, trilhos já arduamente percorridos pela humanidade.

Os grandes acontecimentos históricos demonstram que o esquecimento trás consigo tantos perigos como vantagens. Com o passar dos tempos vão-se revitalizando caducos preceitos reformulados vezes sem conta, que frequentemente são tidos como novas soluções, obtidas através de teoremas científicos das novas ciências sociais, que no presente são francamente patrocinadas por economicistas políticas criminais, enquanto se vão deturpando as verdadeiras razões do crime, citando Tomás More: «*A minha íntima convicção, eminentíssimo senhor, é que é injusto matar um homem por se ter apoderado de dinheiro, desde que a sociedade humana não pode ser organizada de modo a garantir a cada um uma parte equitativa de bem-estar.*»⁵⁵

⁵⁵ MORUS, Tomás - *A Utopia*. Lisboa: Guimarães Editores 2009, p. 39.

3 O GOVERNO LIMITADO

O Estado de Direito é um conceito que na sua essência significa a subordinação ao direito e à justiça tanto os indivíduos, como o próprio estado, com a finalidade suprema assegurar as liberdades individuais de todos. Tal aspiração não se descola das páginas dos textos legais onde foram impressos, sem que a comunidade onde «*os membros estão unidos apesar de tudo quanto os separa*⁵⁶» se reveja nos princípios fundamentais que edificam a pessoa humana, asseguram as suas liberdades, o pluralismo e o primado do direito.

A queda do estado novo não concretizou o “Sonho Português”, a desilusão subjacente tem vindo a ser revelada através da crescente manifestação de mérito, certamente não dos contornos do regime autoritário derrubado com o golpe militar de abril, mas pela decência do estadista que o caracterizou.⁵⁷

Certamente em muito terá contribuído o envolvimento de figuras políticas do presente em crimes milionários e outros de cariz sexual, mas muito decisivamente pela contração do estado social, devido às sucessivas crises políticas e económicas, que têm levado o estado a intervir na qualidade de vida dos portugueses, sob a égide de corrigir desigualdades sociais.

O estado legal na satisfação das exigências do quotidiano convenceu o povo que podia com total confiança depositar nos seus representantes eleitos os desígnios do país, invocando as garantias de um processo democrático munido com normas de autocontrolo arquitetadas constitucionalmente e por essa razão com um valor reforçado capaz de limitar os poderes do estado, os seus serviços e funcionários.⁵⁸

A marcha democrática, envergonhada com a ancestralidade normativa de uma nação erigida na batalha de Ourique⁵⁹, sem manifesta necessidade legislativa ou exigências explícitas do povo português, desencadeou abruptas avalanches legislativas, tanto através dos poderes legislativo como do executivo.

⁵⁶ CAETANO, Marcello - *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 2 e 3.

⁵⁷ António Oliveira Salazar obteve 41% dos votos, foi a personalidade escolhida pelos telespectadores que participaram no concurso "Os Grandes Portugueses", programa televisivo da RTP1, inspirado no programa de grande êxito da BBC - "Greatest Britons". O projeto foi para o ar em outubro de 2006 e a final ocorreu no dia 25 de março de 2007.

⁵⁸ Força Jurídica - Art.º 18º n.º 1 da CRP.

⁵⁹ Existe diferentes entendimentos históricos quanto ao nascimento de Portugal, uns utilizam a data em que Afonso Henriques foi alçado rei na sequência da batalha de Ourique em 1139, outros a data da Conferência de Zamora, 1143, ocorrida com o Rei de Leão que reconheceu a independência de Portugal, outros referem ainda a o ano de 1179, data do reconhecimento pela Santa Sé.

Esta adaptação jurídica ao regime democrático era contudo inadiável, tanto pela mudança de políticas assumidas depois de 25 de abril de 1974, como pela adaptação e adesão aos princípios vigentes nos ordenamentos jurídicos internacionais com quem Portugal assumiu compromissos como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que Portugal aprovou para ratificação interna em 1978⁶⁰, que ditou a revogação do Código Napoleónico em 1982 pelo vigente Código Penal, resultante dos estudos do Professor Eduardo Correia.

Ainda neste impulso surge em 1987 um novo Código de Processo Penal, que revogaria um diploma em vigor desde 1929.

Muitas outras medidas legislativas contribuíram para adaptar o ordenamento jurídico português a uma Europa democrática, respeitadora dos direitos humanos e promotora da justiça social, que ocorreu através de um *«fenómeno de Hipercriminalização que se verificou ao longo dos últimos vinte anos»*⁶¹.

O incansável legislador por vezes negligenciou que a supremacia do direito sobre o estado carece de uma jurisdição independente, douta e prudente, veja-se por exemplo o episódio onde Portugal, um dos maiores produtores e certamente consumidores de vinho da União Europeia, tentou na legislatura de António Guterres⁶², reduzir a taxa permitida para o exercício da condução dos 0,5 g/l para os 0,2 g/l o que acabaria por ser suspenso durante 12 anos⁶³.

*«É suspensa por um período de 10 meses a aplicação do disposto no n.º 2 e na alínea a) do n.º 5 do artigo 81.º do Código da Estrada, considerando-se durante esse período sob influência do álcool o condutor que apresente uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,5 g/l ou que, após exame realizado nos termos previstos no Código da Estrada e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico.»*⁶⁴

⁶⁰ Lei n.º 65/78, 13 de outubro.

⁶¹ LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 13.

⁶² XIII Governo Constitucional de Portugal.

⁶³ Os estudos que suportavam a exigência da descida da taxa de alcoolémia para o exercício da condução, cederam perante a forte reação popular que a medida desencadeou, forçando o poder político a recuar para não vir ser penalizado eleitoralmente. O passado demonstra nunca ter sido um assunto pacífico, o primeiro diploma sobre a matéria datado de 29 de março 1982, fixava a TAS nos 0,8 g/l, que viria em Outubro de 1983 a ser reduzida para os atuais 0,5 g/l, com a devida exceção do curto período de vigência dos 0,2 g/l, acabaria por ser revogada pela Lei 20/2002, de 21 de agosto, para 12 anos depois através da Lei 72/2013, de 3 de setembro voltar a ser implementada, não à generalidade dos condutores, mas apenas a condutores em regime probatório, de veículo de socorro ou serviço urgente, de transporte coletivo de crianças e jovens até aos 16 anos, de táxi, de automóvel pesado de passageiros ou de mercadorias ou de transporte de mercadorias perigosas.

⁶⁴ Lei 1/2002, de 2 de janeiro, art.º 5.º- B Suspensão de normas.

Depreende-se que a lei deixou de ser um claro limite para o estado, converteu-se em mais um dos instrumentos de que este dispõe para promover a sua linha de governação.

Este instrumento adequado a fragmentar o tecido social, abrir findas, incentivar clivagens ou despoletar controvérsias, sobre temas que servem de mero “entretenimento”, enquanto os proventos do país são desviados para satisfazer interesses de *«grupos económicos que particularmente encontram sempre os modos de influenciar a escolha dos dirigentes e a adopção de providências concretas»*⁶⁵.

Estes contributos, aleados ao obscuro entendimento normativo a que se referia Beccaria⁶⁶, reaviva recônditos sentimentos de desconfiança e insegurança nos seus destinatários e desentranham preconceitos ainda latentes, decorridos que são praticamente quatro décadas desde o golpe militar de abril de 1974.

Neste contexto, muitos cidadãos cientes do “ciclo perpétuo das coisas” continuam a olhar com desconfiança para vários organismos e serviços do estado, apesar de reconhecerem a sua utilidade para manutenção e prossecução das suas liberdades individuais e coletivas, nomeadamente a manutenção de quadros militares, as forças e serviços de segurança, a réstia autoridade do professor público, os serviços de finanças, os hospitais públicos e os tribunais.

No âmago académico, uns apregoam garantias que extravasam o conteúdo literal do texto constitucional e sustentam que estas estão solidamente imunizadas da arbitrariedade do “*ius puniendi*” do estado, enquanto outros com um olhar mais crítico sobre a arquitetura legislativa, defendem que o legislador possui um vastíssimo espaço de liberdade, que lhe permite habilmente fundamentar opções políticas que suprimem direitos apenas a alguns cidadãos em benefício de outros, num jogo de influências adequado a diminuir a independência tripartida característica dos estados democráticos.

A severidade das penas vigentes nos ordenamentos jurídicos refletem o patamar cultural de um povo e conseqüentemente o regime político a que este se encontra submetido, não se aproa este estudo com a análise das características nem das incongruências do estado de direito democrático português, mas não será possível desvendar a existência de despojos totalitários dissimulados entre os versos do constitucionalismo moderno, sem lhes fazer a alusão que se segue.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 220.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.71.

3.1 *A Separação de Poderes*

Nos finais dos séculos XVIII e primórdios do XIX, contrariando o totalitarismo político, caracterizado pela oportunidade e arbitrariedade, emerge com a consagração do princípio da separação de poderes, o princípio da independência judicial que subjuga o exercício do poder jurisdicional apenas à Lei.

O exercício da atividade jurisdicional de forma autónoma em regime de permanente exclusividade funcional, concretizou-se com a consagração constitucional de que a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na separação e interdependência de poderes⁶⁷, mas tal só se concretiza se efetivamente forem criados mecanismos que garantam a imparcialidade do juiz e o consagrem como o último reduto desse princípio de independência: «*A independência dos tribunais pressupõe a independência dos juízes*⁶⁸».

Só uma independência judicial amurada à independência dos juízes garante que o exercício da função jurisdicional se realiza liberta de interferências dos outros órgãos de soberania, obrigando a que as competências, limitações recíprocas e interferências admissíveis entre os poderes da república estejam previamente delimitadas pelo legislador constituinte.

A independência dos juízes não consiste num privilégio da magistratura, trata-se apenas de mais uma das parcelas que compõem a imparcialidade do exercício da função de julgar, se esta não estiver assegurada, não existem garantias de que a sentença judicial seja uma emanção do direito e não um mero ato decisório do estado.

Pela inquestionável razão, aos juízes deve estar consagrada a mesma proteção constitucional que é conferida aos tribunais: “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”.⁶⁹

Importa ainda que esteja assegurada a independência dos juízes, relativamente aos seus órgãos de gestão. Nesse sentido a independência interna ou funcional, preside sem que exista uma efetiva fiscalização consubstanciada numa hierarquia entre juízes, não resultando dessa anormalidade uma desproteção dos intervenientes e demais participantes, pela possibilidade destes, ao verem ser tomadas decisões que se lhes afiguram desfavoráveis,

⁶⁷ Estado de Direito Democrático - Art.º 2º da CRP

⁶⁸ AC TC. n.º 135/1988, 16JUN, BMJ 378-176

⁶⁹ Independência - Art.º 203 da CRP.

terem à sua disposição o desdobramento das instâncias judiciais de recurso, que decorrem através de uma sequência temporal, onde prevalece naturalmente a última decisão judicial.

Diferentemente do que foi dito relativamente aos juízes, os magistrados do Ministério Público, para além de serem responsáveis pelas decisões tomadas no âmbito da tutela jurisdicional encontram-se hierarquicamente subordinados, sendo-o em ultimíssima instância perante o Procurador-Geral da República, “órgão superior do Ministério Público”⁷⁰.

Ressalve-se que o texto constitucional afirma a existência de uma estrutura hierárquica nos tribunais: «O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional»⁷¹.

Importa ainda referir que ao poder de revisão ou reapreciação de factos jurídicos conferidos ao juiz que decide o recurso, não lhe assiste qualquer dever de obediência relativamente às decisões anteriores, salvo o acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas pelos tribunais superiores. Procedimento que não se confunde com um poder de revogação, pois não supõe qualquer poder de avocação como ocorre nas relações hierárquicas.

A legislação portuguesa permite que os órgãos de gestão ou de disciplina da magistratura transmitam ordens e instruções jurisdicionais, relativas a procedimentos ou matérias administrativas, sem que tal signifique que os tribunais e os juízes não estejam apenas sujeitos à lei como impõe a constituição, desde que tais diretrizes não condicionem ou vinculem a jurisdição do juiz, revelada no instante da sua decisão, tomada sem constrangimentos para além dos juridicamente adequados e válidos para realização da justiça.

A independência dos juízes deve ainda estar assegurada perante a própria classe e imune a pressões do Conselho Superior de Magistratura, seu órgão superior de gestão e disciplina.

A estrutura delineada na Constituição da República Portuguesa pretende assegurar formalmente a independência dos tribunais face aos outros órgãos de soberania⁷², impondo condicionantes legais às intromissões governamentais na esfera da justiça, designadamente:

➤ A integração na reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da

⁷⁰ Estatuto do Ministério Público – Art.º 9, Lei n.º 60/98, 27 de agosto.

⁷¹ Supremo Tribunal de Justiça e Instâncias - Art.º 210 da CRP e Art.º 25, n.º1 LOFTJ.

⁷² A sua importância levou a que fosse elencada no artigo 308º do projeto de Constituição publicado em 1975, onde se referia que nenhuma lei de revisão constitucional podia afetar, "a reserva aos tribunais das funções jurisdicionais e a sua independência", o que esteve na génese do art.º 290 da CRP de 1976, (atual art.º 288 sob a epígrafe - Limites Materiais de Revisão).

República, das matérias relativa ao estatuto dos titulares dos órgãos se soberania.⁷³

- A integração na reserva relativa da competência da Assembleia da República a matéria relativa à organização dos Tribunais e estatuto dos respetivos magistrados.⁷⁴
- A Consagração de limites materiais de revisão constitucional, nas matérias relativas à independência dos tribunais, ao princípio da separação e da interdependência de poderes e fiscalização da constitucionalidade.

Com a tríplice separação dos poderes: legislativo, executivo e judicial, apenas aos tribunais compete em nome do povo administrar a justiça.⁷⁵

Apesar da aparente perfeição do modelo normativo, os tribunais não possuem autonomia financeira. Economicamente estão condicionados pelas verbas que lhes são destinadas pelo governo, através do ministério da Justiça. Assim, indiretamente o poder executivo consegue interferir nos anseios da justiça, pois um menor investimento nesta área, vai refletir-se numa menor possibilidade de julgar em condições de plena liberdade, estando em causa sobretudo a investigação criminal⁷⁶.

No mesmo contexto, a carência de juízes ou de funcionários judiciais devidamente instruídos, bem como a escassez de meios tecnológicos, são propícios a mitigar os resultados da justiça e a deixar transparecer uma imagem negativa da justiça: *«Por isso também é fácil ao poder político, quando esses resultados não surgem perante a opinião pública, atribuir essa responsabilização ao poder judicial.»*⁷⁷

A desejada independência orgânica, não se deve cingir à concretização de autonomias e aposição de obstáculos legislativos contra as interferências dos demais poderes da república. Devem estender-se a todos os grupos ou meios de pressão externos, como os sindicatos, os partidos políticos, os grandes grupos económicos, a que frequentemente se alia a comunicação social.

⁷³ Reserva absoluta de competência legislativa - Art.º 164, al. m) da CRP.

⁷⁴ Reserva relativa de competência legislativa - Art.º 165, al. p) da CRP.

⁷⁵ Função jurisdicional - Art.º 202 da CRP.

⁷⁶ LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 45.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 46.

3.2 *Sujeição à Lei*

De acordo com o quadro legal vigente pode-se afirmar que os tribunais são efetivamente independentes, mas a sua concretização implicou que aos juízes fossem dadas regalias singulares, relativamente aos demais funcionários públicos, para que no exercício da função de julgar o pudessem fazer de modo livre e independente, abreviadamente enuncia-se:

- Apenas nos casos expressamente previstos na lei podem ser sujeitos a responsabilidade civil, criminal ou disciplinar pelas suas decisões judiciais;
- São nomeados vitaliciamente e só podem ser transferidos, suspensos, promovidos, aposentados, demitidos ou mudados de situação nos casos previstos no seu estatuto.
- Estão impedidos do exercício de outras funções, salvo as de docente ou investigação científica de natureza jurídica, desde que não remuneradas.
- Beneficiam de um regime remuneratório autonomizado do restante funcionalismo público, adequado às suas responsabilidades profissionais, mas também para os proteger de tentativas que pudessem influenciar as suas decisões.⁷⁸

Mas em que medida será humanamente possível a um juiz decidir sem ter a pretensão de satisfazer o pulsar da comunidade, para preservar a confiança nas normas jurídicas vigentes e revitalizar a crença numa salutar engrenagem jurídica, idónea a proteger os imperiosos valores da sociedade.

Interiorizado que está, que os tribunais são órgãos de soberania⁷⁹, constitucionalmente incumbidos de administrar a justiça em nome do povo, deve-se igualmente realçar que são simultaneamente prestadores de um serviço público: *«Toda a lei é cultural e politicamente vinculada. Há por isso, na intervenção do magistrado uma necessária componente vinculativa ao desejo do cidadão que serve.»*⁸⁰

⁷⁸ Sistema Retributivo dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público - Lei n.º 2/90, de 20 de janeiro.

⁷⁹ A Constituição da República Portuguesa menciona órgãos e soberania e não poderes: Artigo 202.º (Função jurisdicional) 1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (...) O Artigo 110.º (Órgãos de soberania) 1. São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais (...) Importa referir que cada tribunal é individualmente um órgão de soberania, contrariamente ao que ocorre com os outros órgãos de soberania que estão dotados de órgãos colegiados: Parlamento e Governo a função judicial é exercida por órgãos unipessoais, quer tenha como titular um juiz ou um colégio de juizes.

⁸⁰ LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 51.

As emaranhadas interpretações das normas jurídicas servem os mais variados desígnios, desde a dificuldade em determinar o seu embrião no passado, passando pelos desvios da sua matriz, resultantes do vasto percurso que conduz à sua publicação, como o cumprimento de agendas e compromissos políticos, a sua construção literal, a utilização de conceitos difusos, entre outros entraves, propícios a suscitar díspares entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais, a que se somam as constantes revogações implícitas ou explícitas, dificultando a já difícil “fundamentação de uma sentença judicial”⁸¹.

Face ao exposto melhor se posicionará o juiz se confiar nas regras da experiência e na sua “livre convicção”⁸² e ao invés de perseguir a “verdade material”⁸³, procurar agradar as expectativas comunitárias, enaltecendo desse modo uma validade normativa restauradora do sentimento de segurança, mas perigosamente potenciadora do terror penal.

Este efeito potenciador inicia-se antes mesmo da existência de um processo no seio dos órgãos de polícia criminal, vindo a variar ao longo do seu decurso apenas de titular, por conseguinte na acusação suportada pelo Ministério Público: «*O juízo valorativo sobre a existência de indícios fortes face às provas já careadas, no âmbito da investigação desencadeada, brota da livre apreciação do acusador*».⁸⁴

Aliada à ultrapassada premissa da “arte de Julgar”⁸⁵, abre-se caminho às manifestações de carácter ou sensibilidade do julgador, às suas crenças e inócuas tiranias, assimiladas através das suas vivências e preconceitos. Estas manifestações não podem verdadeiramente ser classificadas como imperfeições, são características intrinsecamente humanas, que podem operar no sentido de empobrecer o real valor do dano se o juiz estiver permeável às motivações do arguido, mas também pela interpolação do ofendido relativamente ao dano que alega ter sofrido.

No entanto, as manifestações de arrogância podem não consistir necessariamente numa ausência de arrependimento, mas tão-somente revelar falta de consciência da ilicitude dos factos. Certamente podem ser invocadas manobras de encenação de arrependimento ou de predisposição para corrigir o dano, que podem influenciar a íntima convicção do magistrado,

⁸¹ Requisitos da sentença - Art.º 374º n.º 2 do CPP.

⁸² Livre apreciação da prova - Art.º 127 do CPP.

⁸³ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 202

⁸⁴ NEVES, Rosa Vieira - *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 87.

⁸⁵ MARTINS, Lourenço A. - *Medida da Pena: Finalidades: Escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 170.

mas uma sentença não pode materializa-se numa transcrição legal expressa sem humildade⁸⁶.

«... o artigo 71.º, n. 3, do Código Penal, estabelece que na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena. Este critério especial, da determinação da medida da pena conjunta do concurso que é feita em função das exigências gerais da culpa e da prevenção impõe que do teor da decisão conste uma especial fundamentação, em função de tal critério. Só assim se evita que a medida da pena do concurso surja conseqüente de um ato intuitivo, da apregoada e ultrapassada arte de julgar, puramente mecânico e, por isso, arbitrário.»⁸⁷

Mas se é duvidoso afirmar que um mesmo delito culminasse numa mesma sentença se hipoteticamente apenas fosse substituído o julgador, os perigos de ambiguidade empolam-se com a mediatização do facto, pois ao invés de ser ouvido o timbre melodioso pautado pela lei, pode-se cometer a grave falha de se condenar com base na errante instabilidade das interpretações, aberta à torrente de opiniões.

A permeabilidade do juiz às sondagens da opinião pública que se insurgem de forma extrema e emotiva, com ondulações que ora exigem uma célere condenação desenraizada de garantias constitucionais, forçosamente exemplar e que não raras vezes, após uma tomada de posição exaustivamente mediatizada pela comunicação social, se desdobra em ações de sensibilização ou iniciativas populares contra os excessos repressivos das medidas judiciais ou de polícia: *«Mas a verdade é que, quantas cabeças, tantas sentenças, cada um tem o seu modo de ver.»⁸⁸*

Por vezes sem qualquer rigor ou referência a padrões objetivos indiciadores de maior ou menor gravidade dos crimes cometidos, erguem-se vozes populares em defesa de uma personagem da terra, de um colega de trabalho ou mesmo figura pública com a qual os participantes não têm qualquer laço de amizade ou familiaridade e para quem a existência dos apoiantes é completamente estranha ou insignificante.

A mediatização de certos crimes acentua a falsa necessidade de uma maior intervenção da prevenção geral positiva, que pode não corresponder aos verdadeiros critérios objetivos de necessidade e proporcionalidade.

Recordem-se os rumores políticos em defesa da criação de uma tipificação autónoma

⁸⁶ Humildade do Latim “*hūmus*” - Filhos da terra - Qualidade dos que não se ostentam acima das outras pessoas.

⁸⁷ AC STJ -Proc. n.º 236/07.3GEALR.E1.S1 de 15-03-2012

⁸⁸ TERÊNCIO - *Formiões: Clássicos Gregos e Latinos*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 68.

para o “Car Jacking”⁸⁹”, pela ficção de estarmos na presença de um fenómeno novo, que depois de arduamente comentado pela comunicação social, suscitou a emergência política de promover alterações ao Código Penal.⁹⁰

Certamente que para restabelecer a paz comunitária assolada pelos delitos, será necessário apaziguar os receios das populações. Mas nem o legislador nem os juízes se devem compadecer com a flagelação momentânea de certos tipos criminais, pois essa é a regra que vigora no seio da generalidade dos membros da população, que depois de um crime estrondoso, clamam por punições imoderadas, apelam à pena de morte⁹¹, à castração dos violadores, à irradicação da liberdade condicional em benefício do integral cumprimento e desumanização das penas, por não reconhecerem importância à reintegração do condenado.

Promover uma regulação social que aflige aos infratores sanções de variada índole que extravasam o mal com que os delitos lesaram o bem comum ou extravasam a necessidade coerciva, declina o poder sancionatório do estado a favor de grupos ou sectores privados com interesses económicos ou comerciais, que estão na origem da multiplicidade de polícias municipais e empresas públicas de estacionamento: *«Se a ordem jurídica deixar de funcionar para benefício colectivo e for instrumentalizada para servir interesses privados, a sua legitimidade desaparece.»*⁹²

O constitucionalismo moderno⁹³ ordenou de forma racional e sistemática a comunidade política, através da redação de uma Constituição que enuncia as liberdades, os direitos e os limites do poder político, o seu conteúdo revela a vontade de todos os cidadãos, mas humanamente não deixará o juiz de se sentir legitimado, depois de ouvir o clamor de uma comunidade juridicamente iletrada, a sancionar exemplarmente certos delitos perpetrados por certos grupos, credos ou classes profissionais.

⁸⁹ Desconhece-se onde terá ocorrido o primeiro roubo de viatura, certamente será tão remota quanto a invenção do automóvel: O primeiro relato de que existe registo ocorreu em França no ano de 1912. Praticado pelo Gang Bonnot, numa floresta de Senart, entre Paris e Lyon, tinha como alvo o “Dion Bouton” um automóvel de luxo da época. Várias ocorrências resultaram do desespero para obter um veículo que permitisse fugir às autoridades. Não tardou a ser retratado no grande ecrã, contribuindo para uma popularidade que alargou aos jogos de vídeo como o *Grand Theft Auto (GTA)*, longe de consenso, justifica-se este roubo não devido a um preocupante aumento da criminalidade violenta, mas sim à evolução dos sistemas de segurança dos automóveis, que dificultam o método de tradicional da ligação direta. Impossibilitados de colocar o motor a funcionar sem a respetiva chave, a solução passa por roubá-la através da ameaça ou agressão efetiva do condutor, contrariando as barreiras criadas pelos seus construtores, os criminosos passaram a agir sobre o condutor, que paralelamente desenvolveu um franco mercado de artigos e tecnologias que dificultam a sua consumação.

⁹⁰ Proposta do CDS-PP: http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=936287 (consulta: 18-06-2011)

⁹¹ A pena de morte foi abolida em Portugal pela Lei de 1 de julho de 1867.

⁹² ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 222.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

Se por um lado se cultiva a crença de que certas “classes” estão acima da alçada da lei, levando ao desejo de despir o ordenamento jurídico das “excessivas” garantias processuais, por outro a comunidade jurídica “faz orelhas moças” enquanto se atormentam classes e grupos profissionais, que não auferem rendimentos económicos que permitam sustentar a sua inocência em juízo.

Os órgãos de comunicação social possuem a capacidade de conformar as opiniões, hoje é iniludível que as suas intervenções condicionam qualquer poder, direcionam as intervenções dos operadores da justiça, desde as polícias que dispõem os seus efetivos de acordo com os focos mediáticos, ao Ministério Público titular da ação penal⁹⁴ através do exercício dos seus magistrados, mesmo estando duplamente vinculados “*sob o signo da estrita vinculação à lei*”⁹⁵.

Não seria correto deixar de enaltecer que os órgãos de comunicação social também se revelam como mecanismos adequados a servir as populações e a disseminar valores democráticos.⁹⁶

*«A TV é, em qualquer caso, um poderoso instrumento de aculturação, isto é, de transferência de influência cultural e social de um grupo para outro, pelo que qualquer pessoa, analfabeta ou alfabetizada, recebeu dela elementos de formação política»*⁹⁷.

Outra questão relevante consiste na articulação do princípio da legalidade com o oportunismo político. Apesar da impossibilidade de ordenar ou instruir diretamente o Ministério Público, o estado consegue traçar o caminho das prioridades criminais, através de lei.⁹⁸ A Lei-quadro da Política Criminal define os objetivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, ação penal e execução das penas e medidas de segurança.

⁹⁴ Funções e Estatuto - Art.º 219 CRP.

⁹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 126.

⁹⁶ Primeiro a imprensa escrita, depois a rádio, seguida da televisão e por fim as redes sociais e Blogs interativos revolucionaram a difusão da informação. Nunca serão facilmente mensuráveis os efeitos que despoletaram no tecido social e no mundo do direito. E muito preocupantemente na atividade dos tribunais, a justiça deixou de ser pública, para ser publicitada o que ultrapassando a “fiscalização” da justiça pelo povo, subjuga e condiciona a livre convicção do juiz, comprometendo a sua imparcialidade. A comunicação social presta efetivamente um serviço público, não seria justo omiti-lo neste trabalho, ignorar o papel da televisão estatal depois do golpe de abril, mesmo permanecendo um instrumento político, revelou-se “um dos mais importantes meios ao serviço do povo português” e do regime democrático.

⁹⁷ TORRES, Eduardo Cintra - *A Televisão e o Serviço Público*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 48.

⁹⁸ Lei Quadro da Política Criminal - Lei n.º 17/2006, 23 de maio.

O governo pode ainda insurgir-se na atuação do Ministério Público, através das relações intrínsecas que suportam a nomeação do Procurador-Geral da República.⁹⁹

A concretização do que foi dito revela-se no aumento substancial do número de detidos que praticaram crimes “*elevados a prioritários*” pela política criminal, resultado do direcionamento das intervenções dos órgãos de polícia criminal, podendo na mesma medida ser aferido pelo aumento dessas tipologias na população prisional.

Neste contexto, torna-se difícil sustentar que os juízes julguem livres e dentro das suas convicções, sem que no seu espaço criativo condicionado por lei, confundam o delinquente com a vítima ou façam desta o próprio delinquente.¹⁰⁰

As intervenções públicas de alguns magistrados, motivadas pelo protagonismo pessoal ou da classe, aliados ao escrutínio jornalístico, obsta que possam com credibilidade contrariar, que não são humanamente influenciáveis pela comunicação social, ou negar que são impermeáveis aos apelos das populações.

Resta-nos apelar à sabedoria do doutor prudente que não se deixa envaidecer pela fama, nem corromper pelas falácias da máquina audiovisual, que turvam o bom censo de uma opinião pública desinformada ou propositadamente mal informada pelo poder político que pretende dissimuladamente impor soluções legislativas e condicionantes judiciais que colidem com os direitos dos cidadãos:

*«As leis são pelos juízes interpretadas e aplicadas. Quando elas não respeitam os princípios a que estão obrigados então é obrigação dos tribunais questioná-las e se necessário não as aplicar.»*¹⁰¹

⁹⁹ O Procurador-Geral da República é nomeado ou exonerado sob proposta do Governo pelo Presidente da República, este procedimento revela uma dupla confiança do Governo e do Presidente da República. Trata-se de uma cargo da magistratura sujeito a designação pelo poder político, sem que a escolha esteja vinculada a área de recrutamento ou requisitos especiais de formação, o que tem suscitado críticas consubstanciadas na violação do princípio da independência dos órgãos de soberania e na falta de transparência institucional.

¹⁰⁰ As diretrizes da política criminal, canalizam recursos para combater crimes que causam maior alarido social, levando à impunibilidade dos demais, uns por não terem sido encontrados os seus autores, outros por diversas razões não são participados, mas com a sucessiva notícia de casos sentenciados, os cidadãos sentem-se confortados, pelo que nem só a comunicação social se serve do crime, como a própria justiça recorre aos meios de comunicação social para forjar um desejável sentimento de que o ordenamento jurídico é eficaz.

¹⁰¹ LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 62.

3.3 *Reserva de Jurisdição*

A função jurisdicional é da exclusiva competência dos tribunais, esta referência deve-se à posição assumida neste trabalho, de que as sanções penais e as disciplinares apenas diferem na sua intensidade, razão que leva a sustentar que a única entidade legitimada constitucionalmente para executar o poder punitivo do estado são os tribunais. Qualquer outro órgão, entidade ou serviço que não detenha tal função em regime de exclusividade, nunca poderá garantir a imparcialidade e a isenção de que o poder disciplinar está ferido.

A submissão de homens livres ao mal infligido através da pena, para consistir um bem, precisa de ser justificado com a proteção de valores tutelados juridicamente. As sanções correspondentes carecem de ser apuradas através de regras claras e com respeito pelos princípios constitucionais estruturantes. Contrariamente ao que ocorre no procedimento disciplinar, onde a penalização é escolhida através do elenco de penas disponíveis, em função do rosto ou título do faltoso, da sua habilidade na elaboração da nota de culpa, ou apoio jurídico para consubstanciar uma defesa que contrarie a sua instrumentalização como exemplo temeroso para os demais funcionários.

Depois de decorridos quase tantos anos de democracia como os que durou a ditadura, continua a passar despercebido aos olhos da comunidade jurídica, que a aplicação arbitrária do poder disciplinar, a atipicidade das sanções disciplinares, a negação do direito a um procedimento realizado por uma entidade isenta, através de um processo edificado com as garantias inerentes ao processo penal, consubstanciadas no princípio da separação de poderes, no princípio da necessidade e da adequação, merece a reprovação de uma República Democrática baseada na dignidade da pessoa humana¹⁰².

Na base do constitucionalismo moderno, reside a proibição do exercício de julgar, tanto ao poder executivo como ao poder legislativo, esta condição juridicamente designada de “reserva de jurisdição” eleva-se como limite constitucional à atuação e intervenção de outros órgãos que não sejam os tribunais no exercício da justiça: *«Esta reserva de jurisdição actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional.»*¹⁰³

O modo como o problema foi colocado, pode levar ao raciocínio que a mitigação do

¹⁰² República Portuguesa - Art.º 1 da CRP.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 664.

direito no exercício disciplinar se contém nas secretarias, departamentos, núcleos ou funcionários da função pública a quem foi distribuída a instrução de processos ou decidir o sancionamento das faltas, numa espécie de magistratura disseminada por vários gabinetes ministeriais, com delegações nos vários serviços ou organismos.

A questão é bem mais abrangente, mesmo que o legislador democratizasse os estatutos e regulamentos disciplinares da função pública, no sentido introduzir as faltosas garantias constitucionais, por razões de promiscuidade, proximidade ou defesa das traves corporativas, tais garantias estariam sempre feridas pela falta de isenção ou imparcialidade.

Tais bastiões apenas estão garantidos sob a alçada de um órgão com exclusiva função jurisdicional que assegure a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e que simultaneamente reprima a violação da legalidade democrática.¹⁰⁴

Segundo o Professor Gomes Canotilho, deve ser colocada a questão: «*O de saber quando e em que condições outras autoridades públicas podem dizer uma palavra de direito*».¹⁰⁵

Porém, é prática comum dos titulares dos partidos da oposição, mas também de membros do governo, apelar à condenação exemplar ou afirmar meritoriamente que foi instaurado processo de averiguações ou disciplinar a cidadãos que exercem funções no estado. Afirmando-se Portugal como um estado erigido sob a égide do primado do direito, nos assentos parlamentares não se deviam formular juízos de teor criminal, consubstanciados em artigos jornalísticos, pois esse exercício compete aos tribunais em regime de exclusividade e necessita de ser realizado com fundamento no direito.

Certamente que o pensamento traçado pela atual política da justiça continuará a recusar que o exercício do poder disciplinar sonega direitos fundamentais aos funcionários portugueses: «*Parece-nos que a jurisprudência portuguesa enferma de um raciocínio que se era justificável antes do Estado de Direito democrático já não o é neste tipo de estado*».¹⁰⁶

¹⁰⁴ Função Jurisdicional - Art.º 202 da CRP.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 669.

¹⁰⁶ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 50.

3.4 O Juiz Natural

O princípio do juiz natural visa impossibilitar a criação de tribunais de exceção, como ocorreu na vigência do Estado Novo, onde foram subtraídos aos tribunais competências para julgar crimes políticos. Nesta ocorrência os crimes subtraídos da alçada dos tribunais comuns foram atribuídos aos tribunais militares até à edificação em Lisboa e no Porto¹⁰⁷ dos “*Tribunais Plenários*”, reconhecidos como tribunais criminais especiais¹⁰⁸.

Segundo este princípio o magistrado de causa determinada corresponde àquele que resultar da aplicação da lei atributiva de competências existente antes da prática do facto ilícito, impedindo assim uma designação arbitrária do juiz.¹⁰⁹

Cronologicamente o art.º 176º da Constituição de 1822, já prescrevia: “*O poder judicial pertence exclusivamente aos juízes. Nem as Cortes nem o Rei o poderão exercitar em caso algum.*”

Vedava-se assim a possibilidade de serem avocadas causas pendentes, determinar a abertura de findas ou dispensar formas de processo prescritas pela lei.¹¹⁰

Veio a consagrar-se definitivamente no art.º 145º da Carta Constitucional de 1826: “*a inviolabilidade do Direitos Civis e políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do reino:*

§ 10.º *Ninguém será sentenciado senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita*”¹¹¹.

Nas referências internacionais destaca-se a sua previsão no art.º 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e ainda no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos onde se refere: “*Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias de um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os*

¹⁰⁷ Constituídos por um presidente, juiz desembargador, e dois vogais de nomeação governamental.

¹⁰⁸ Criados pelo DL n.º 35044, de 20 de outubro de 1945 - DG, 1 Série, n.º 233, de 20/10/45, competia-lhes o julgamento de crimes contra a segurança exterior e interior do Estado, a instrução preparatória competia à Polícia Internacional e de Defesa do Estado/ Direção-Geral de Segurança (PIDE/DGS).

¹⁰⁹ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Rei dos Livros Editora, 2010, pág. 31

¹¹⁰ Apesar da referência não havia noção da sua importância, na época as partes podiam escolher o tribunal de acordo com os seus interesses ou conveniência.

¹¹¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2009. Tomo 1, p. 248.

seus direitos e obrigações de carácter civil.”¹¹²

Na legislação portuguesa apenas tem suporte constitucional ao nível das garantias do processo criminal: *"Nenhuma causa pode ser subtraída ao Tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior"*¹¹³

O Princípio do Juiz Natural não é absoluto, cede para garantir a imparcialidade, através dos mecanismos dos impedimentos, escusas e suspeições, salvaguardando as relações entre os magistrados e as partes.

Parece consensual que deva ser estendido a todos os ramos do direito processual¹¹⁴, por estar intrinsecamente ligado ao princípio da independência e da imparcialidade.

No âmbito do procedimento disciplinar não tem aplicação, os funcionários da mesma categoria ora são inquiridores ora inqueridos, num processo despido de efetivas garantias de isenção ou imparcialidade, onde pela redação da participação de um superior hierárquico se presume à partida a existência de uma modalidade de culpa do funcionário, onde se misturam interesses corporativos, afinidades ou retaliações pessoais germinadas em ocorrências anteriores.

3.5 *Legitimação do Poder Judicial*

A legitimação do poder judicial, a sua separação face aos outros poderes da república e demais garantias do poder judicial derivam exclusivamente da lei fundamental: *«Os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes. Organizatória e funcionalmente, o poder judicial é portanto, “separado” dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos».*¹¹⁵

¹¹² Art.º 14º, n.º 1 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

¹¹³ Garantias de processo criminal - Art.º 32º, n.º 9 da CRP.

¹¹⁴ CHUMBINHO, João - *A Constituição e a Independência dos Tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009, pág. 105

¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 657.

A Constituição da República Portuguesa, quando se refere à função jurisdicional utiliza a terminologia “órgãos de soberania” e não poderes. O seu teor não profere que administra a lei, nem o direito, mas sim: “*Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.*”¹¹⁶

Destas traves subtrai-se o “Princípio da Justiça” que confere ao juiz que se depare com uma lei injusta, a legitimidade para não a aplicar, sem que tal conduta signifique estar a atuar “*contra legem*”, mas muito seguramente “*secundum legem*”, porque normas que infrinjam o disposto na Constituição ou princípios nela consignados são inconstitucionais.¹¹⁷

Ao longo do texto constituinte o legislador esforça-se para concretizar uma “justiça justa”, no entanto aos funcionários são sonegados direitos fundamentais, como o direito a uma decisão disciplinar isenta e imparcial, insustentável pelos critérios de avaliação hierárquica ou de eficácia a que os intérpretes do poder disciplinar estão institucionalmente obrigados. Só o órgão de soberania Tribunais, com exclusiva competência para o exercício do poder disciplinar, que de forma análoga ao poder penal não dirime contentas horizontais entre partes, mas revela o poder sancionatório do estado numa vertical descendente, pode garantir que uma penalização esteja consubstanciada no direito.

«A liberdade e sobretudo o respeito pelos direitos de cada cidadão não podem soçobrar perante a contingência dos dias e dos acordos de partilha de poderes que a acompanham. Apenas um apelo: afirme-se o direito ao Direito!»¹¹⁸

3.6 **Controlo da Constitucionalidade**

A Constituição atribui ao poder judicial a competência para fiscalizar e garantir o respeito pelos princípios enformadores da República Portuguesa, no entanto o nosso ordenamento não possui um mecanismo de “Amparo Constitucional” que permita os cidadãos

¹¹⁶ Função Jurisdicional - Artigo 202º da CRP.

¹¹⁷ Apreciação da inconstitucionalidade - Art.º 204º da CRP;
Inconstitucionalidade por Ação - Art.º 277 da CRP;

Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade - Art.º 280 da CRP.

¹¹⁸ LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32.

apelar diretamente para o Tribunal Constitucional¹¹⁹, o que condiciona o acesso ao direito e aos tribunais, o direito à tutela jurisdicional efetiva e dos direitos fundamentais¹²⁰.

No plano legislativo, tanto a Assembleia da República¹²¹, órgão por excelência de representação do povo, como o Governo¹²² que detém o poder executivo, estão legitimados a conceber atos legislativos, a que todos os órgãos de soberania estão vinculados. A democracia, não se esgota na manifestação de maiorias por sufrágio, fomenta-se no pluralismo¹²³ e apesar do esbatido interesse na participação política ou algum descrédito nas instituições democráticas, a soberania nacional é una e indivisível e o seu exercício reside no povo¹²⁴.

Apesar da Assembleia da República e o Estado terem sido mandatados pelo povo, a liberdade para definir prioridades e a promoção de atos legislativos encontra-se submetida aos princípios plasmados na Constituição e ao respeito pela ordem “jurídica material” vigente.¹²⁵

O sistema de fiscalização da constitucionalidade português é considerado um sistema misto, pela combinação do controlo da compatibilidade da lei com a Constituição e por simultaneamente aferir a legalidade da norma dentro do pensamento constituinte mediante um caso concreto. A fiscalização limita-se à análise de normas jurídicas¹²⁶.

O controlo não incide diretamente sobre os poderes públicos, estes possuem um controlo autónomo: Os atos políticos estão sujeitos ao Regime de Responsabilidade Política, os administrativos ao controle pelo tribunal Administrativo e os atos jurídicos são objeto de recurso.

O controlo da constitucionalidade pode ser superveniente e intervir sobre normas revogadas, caducadas ou suspensas. A fiscalização da constitucionalidade incide nas situações jurídicas criadas por essas normas, produzindo a declaração de inconstitucionalidade efeitos desde a entrada em vigor da norma inconstitucional.¹²⁷

¹¹⁹ O recurso de Amparo em vigor nos ordenamentos Alemão e Espanhol dirige-se a todas as atuações dos poderes públicos que lesem direitos e pode ser invocado por todas as pessoas perante o Tribunal Constitucional, mediante uma ação autónoma mesmo que o seu teor seja coincidente com o objeto previamente analisado pelos tribunais ordinários. O seu carácter extraordinário e subsidiário apenas permite suscitar questões ligadas à violação de direitos reconhecidos, depois de debatidas nas instâncias inferiores.

¹²⁰ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 601.

¹²¹ Reserva absoluta de competência legislativa - Art.º 164 da CRP; Reserva relativa de competência legislativa - Art.º 165 da CRP.

¹²² Competência Legislativa - Art.º 198 da CRP; Competência administrativa – Art.º 199 da CRP.

¹²³ Estado de Direito Democrático - Art.º 2 da CRP.

¹²⁴ Soberania e Legalidade - Art.º 3 n.º 1 da CRP.

¹²⁵ Soberania e Legalidade - Art.º 3 n.º 2 e 3 da CRP.

¹²⁶ Inconstitucionalidade por Ação - Art.º 277 n.º 1 da CRP.

¹²⁷ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade ou de Ilegalidade - Art.º 282 n.º 1 da CRP.

O controlo incide ainda sobre a conformidade dos tratados internacionais. A aplicação de tais preceitos na ordem jurídica portuguesa depende da não violação de disposições fundamentais.¹²⁸

A fiscalização concreta cuida da ilegalidade das normas¹²⁹, esta faculdade está atribuída a todos os juízes diante de um caso em concreto, quer por impugnação das partes, quer por iniciativa do Ministério Público ou “*ex officio*”: “*todo e quaisquer tribunais são órgãos de Justiça Constitucional*”¹³⁰.

Os tribunais não se inibem apenas de aplicar normas tidas como inconstitucionais¹³¹, eles possuem competência para interpreta-las de acordo com o espírito da Constituição.

Já o controlo abstrato das normas¹³² não aprecia questões incidentais de inconstitucionalidades submetidas a julgamento, neste procedimento não existem partes nem litígios subjacentes, ocorre exclusivamente pelo seu interesse público. Nestes casos a fiscalização aborda a constitucionalidade formal ou material da norma jurídica. Do seu desfecho resultará uma decisão com força geral e obrigatória que vinculará os tribunais e demais poderes instituídos.

A iniciativa para desencadear o processo de fiscalização encontra-se atribuído a determinados órgãos ou titulares de órgãos¹³³, a quem compete fixar o objeto, especificando as normas que pretende analisadas, bem como as normas constitucionais que presume violadas.

Contudo o Tribunal Constitucional não se limita a confrontar as normas indicadas, possui a faculdade de consubstanciar a sua decisão em normas constitucionais diversas.

Face ao que se pretende arguir neste trabalho, não se afigura relevante descrever os procedimentos relativos à Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade¹³⁴ nem da Fiscalização da Inconstitucionalidade por Omissão¹³⁵.

Relativamente à Fiscalização Sucessiva, reitera-se que esta ocorre independentemente da existência de um caso concreto, visto pretender averiguar a conformidade de normas vigentes com os normativos constitucionais, competindo ao Tribunal Constitucional inclinar-se para defesa dos valores plasmados na Constituição em prejuízo do legislador ordinário.

¹²⁸ Inconstitucionalidade por Acção - Art.º 277 n.º 2 da CRP.

¹²⁹ Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade - Art.º 280 n.º 2 da CRP.

¹³⁰ CHUMBINHO, João - *A Constituição e a Independência dos Tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 155.

¹³¹ Apreciação da Inconstitucionalidade - Art.º 204 da CRP.

¹³² Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade e da Legalidade - Art.º 281 da CRP.

¹³³ Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade e da Legalidade - Art.º 281 n.º 2 da CRP.

¹³⁴ Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade - Art.º 277 n.º 1 da CRP.

¹³⁵ Inconstitucionalidade por Omissão - Art.º 283 da CRP.

Na fiscalização sucessiva não correm prazos (como na preventiva), pode ser suscitada intemporalmente, por iniciativa do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República e por um décimo dos Deputados à Assembleia da República [Art.º 281, n.º 2, a), b), c), d), e f)].

Relativamente à violação dos direitos das regiões autónomas ou violação do estatuto da respetiva região pode ser invocada pelas demais entidades referidas no art.º 281, n.º 2, g) da CRP.

Como referido, da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade decorrem efeitos “*ex tunc*”.¹³⁶

Reitera-se que o exponente máximo da Constituição da República Portuguesa, não se esgota na proibição dos tribunais aplicarem normas contrárias ao texto constituinte¹³⁷, visa acima de tudo assegurar o princípio supremo da dignidade da pessoa humana, que obriga a conformar toda a ordem jurídica ao seu respeito. Estão assim, vinculados todos os poderes do estado de direito a instituir, interpretar e aplicar toadas as normas em sua conformidade, no entanto: «...pouquíssimos têm examinado e combatido a crueldade das penas e a irregularidade dos processos criminais¹³⁸».

3.7 Conclusão Capitular

Uma sociedade civil fortemente agarrada à lei formal desenvolveu um conceito de estado penalista, expressões como: onde é que isso está escrito? São frequentemente suscitadas perante a autoridade pública, fomentando a regulamentação de todas as tarefas do estado, o que de certa forma inverte a ordem natural, pois cronologicamente as pessoas precederam a lei, surgindo esta de uma necessidade humana, que levou os homens livres a ceder parte da sua liberdade: «*Nenhum homem fez dádiva gratuita de parte da sua liberdade com vista ao bem público; uma tal quimera não existe senão na ficção;*»¹³⁹

Nesse sentido, o que garante ao soberano o direito de punir, resulta da soma das mínimas partes das liberdades cedidas em detrimento do bem comum, na medida bastante

¹³⁶ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade ou de Ilegalidade - Art.º 282 n.º 1 da CRP.

¹³⁷ Apreciação da Inconstitucionalidade – Art.º 204 da CRP.

¹³⁸ BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 62.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 65.

para que outros o defendam, qualquer abuso desse direito será ilegítimo.

No campus da justiça trocam-se suposições, enquanto uns afirmam que a crise da justiça se propagou aos sectores económicos da sociedade portuguesa, outros justificam com os escassos recursos financeiros o défice de justiça. Certamente numa sociedade multifacetada serão muitos os culpados.

A democracia desde a sua génese Grega “*demo* = povo e *kracia* = governo” teve ao longo dos sucessivos ciclos históricos conceitos distintos, o seu vocábulo nem sempre se revelou uma forma de “governo do povo pelo povo e para o povo”, pois se já na antiga Grécia significava que nem todos tinham o direito de participar nos desígnios da cidade¹⁴⁰, essa modalidade de democracia ainda revela alguns traços no presente.

Compete ao estado democraticamente eleito avaliar a necessidade da responsabilização criminal a partir dos 16 anos e fundamentar o contraste com a maturidade eleitoral só a partir dos 18 anos; compete-lhe questionar os critérios de seleção dos manuais escolares e não condicionar as suas temáticas; compete-lhe expurgar a fraca qualidade dos canais televisivos e não promove-la nos canais estatais; compete-lhe questionar os benefícios da internet e conjuga-los com os malefícios dos jogos virtuais, sem estimular os encarregados de educação a adquirir equipamentos informáticos de determinada linha, génese ou marca; compete-lhe controlar a publicidade sem a partidizar às custas de fundos públicos; compete-lhe promover hábitos saudáveis de vida como a prática desportiva e não fomentar o entretenimento de massas condicionadas em recintos fechados a assistir contendas de alguns “meninos finos”; compete-lhe analisar as necessidades de segurança fronteiriças e internas e dotar as forças e serviços de segurança dos meios e da liberdade democrática, imprescindíveis para que estas progridam nas trincheiras da tirania, ao invés de direcionar a sua intervenção e a investigação criminal.

Dos reflexos “atenienses” invocados, questiona-se, o que afinal receiam os governantes democráticos, o retorno do povo que os elegeu à velha e cíclica ditadura ou um impulso juvenil ou estudantil esclarecido num ensino público de excelência que os derrube?

A atividade política subsiste com a exposição aos journalismos, onde através da arte de oratória dotada de técnicas de discurso próprias, enaltece as qualidades pessoais do orador, influencia ou promove clivagens.

Mas se a existência de um défice democrático deriva do controlo dos meios de

¹⁴⁰ As mulheres, estrangeiros, escravos e crianças não participavam das decisões políticas da cidade.

comunicação social pelo poder instituído, uma informação distorcida também a condiciona: «Não há jornal nenhum que diariamente não opine e noticie factos judiciais. Neste panorama, fácil é constatar que o abuso da informação jurisdicional provoca distorções ou mesmo falsidades, por vezes com consequências irremediáveis.»¹⁴¹

Pelas sumariadas razões, impõem-se uma exigente regulamentação da comunicação social, que condicione os gastos públicos em transmissões sem rigor técnico ou científico, com a finalidade única de entreter as pessoas, percepção que existe no interior da classe jornalística, leia-se José Vegar:

«...nós, jornalistas portugueses, salvo honrosas exceções (..) falhamos continuamente na nossa missão. Ao termos cedido às regras atuais do mercado da imprensa, que consagram ditatorialmente o imediatismo, a superficialidade no tratamento dos factos e o sensacionalismo, e ao sentirmo-nos vencidos na luta por condições mínimas de tempo e espaço, para investigar e publicar os nossos temas, não estamos a informar os nossos públicos. Por informar entendo o esforço de noticiar determinada realidade de um modo rigoroso, profundo, completo e acessível.»¹⁴²

Outra questão que deve ser colocada é saber se a justiça tem interagido como deve com a comunicação social? O que segundo Laborinho Lúcio não tem ocorrido: «Comunica, mas sem querer comunicar, comunica fazendo um juízo avaliativo sobre a qualidade dos média, condicionando assim o seu próprio discurso.»¹⁴³

Promover a desinformação consiste numa prática propositada nos estados totalitários para conter a disseminação de direitos humanos e vedar o conhecimento de outras realidades além-fronteiras, divulgando deste modo uma espiral maléfica dos males alicerçados ao progresso, como a quebra de identidade de um povo ou rotura dos valores ancestrais.

Mas que mecanismos sustentam a democracia? Seria a modalidade portuguesa praticável com um povo mais exigente, mais participativo e esclarecido, ou sobrevive pela dormência ou entretenimento das massas, com manobras que desviam as suas atenções para temas secundários, enquanto desconhece, não é informado, ou não revela interesse quando é chamado a sufrágio ou a pronunciar-se diretamente sobre questões que guiam os desígnios do

¹⁴¹ LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 53-54.

¹⁴² MORGADO, Maria José; Vegar, José - *O Inimigo sem Rosto: Fraude e Corrupção em Portugal*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007, p. 19-20.

¹⁴³ LÚCIO, Laborinho - A justiça precisava de uns safanões. *ao*. Lisboa: Boletim da Ordem dos Advogados. N.º 90 (maio 2012), p. 34.

país, dentro das temáticas passíveis de referendo¹⁴⁴.

Por outro lado, o grau de especialização exigido para o exercício da justiça, dificulta qualquer avaliação ou monitorização externa, mesmo quando efetuada por outros ramos académicos, em virtude da linguagem própria dos juristas.

Tal terminologia pode servir interesses corporativos dos magistrados por ser idónea a dissimular excessos de exercício do poder judicial, razão pela qual se preserva que a independência judicial, não se confunde com a autonomia judicial, tida como o pleno exercício do poder judicial, sem controlo ou aferição de responsabilidades do julgador perante terceiros, salvo nos casos previstos na Lei.

Aspira-se o equilíbrio entre um poder judicial responsabilizável quando ultrapasse os limites da lei, mas independente nas várias vertentes:

- Independência Pessoal, como faculdade do magistrado decidir com base na lei e sua consciência, livre de pressões das partes e de outros órgãos de soberania ou poderes emergentes.¹⁴⁵
- Independência Processual, que atribui ao magistrado a faculdade de escolher entre os mecanismos legais existentes, os mais adequados ao litígio em apreço, de acordo com as diferentes fases processuais.
- Independência Coletiva, entendida como a não submissão do poder judicial aos poderes legislativo e executivo, mas também quanto ao traçado das prioridades da investigação criminal.
- Finalmente, a Independência Administrativa, ligada à gestão da justiça sem interferências do poder político, nomeadamente nas questões orçamentais ou salariais, bem como na afetação de recursos físicos e humanos disponíveis.

Em súmula, idealiza-se a concretização de um efetivo estado de direito, munido de uma estrutura de controlo compatível com a independência dos órgãos de soberania, com uma exigente especialização técnica e académica da justiça, consciente das suas capacidades de subversão corporativa e das imensuráveis possibilidades de condicionar a atividade dos demais órgãos de soberania¹⁴⁶. Que a ação jurisdicional consista numa revelação do Direito

¹⁴⁴ Referendo - Art.º 115 da CRP; Lei nº 15-A/98, 3 abril - Lei Orgânica do Regime do Referendo.

¹⁴⁵ Mediatismo promovido pela comunicação social, bem como manifestações, reuniões ou vigílias, de substrato popular, entre outras técnicas adequadas a influenciar o poder decisório.

¹⁴⁶ AC TC n.º 187/2013 - Processos n.º 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013. Na sessão plenária de 5 de abril de 2012, o Tribunal Constitucional apreciou quatro pedidos de fiscalização abstrata sucessiva de

consubstanciada nos princípios enformadores da República Portuguesa.

Não se pode ignorar que a politização da justiça é um fenómeno real, ao qual as democracias modernas não estão inócuas, mas o verdadeiro perigo não deriva de uma politização em prol de uma evolução normativa que incremente a dignificação da pessoa humana, mas sim numa partidarização que não satisfaça o bem comum, razão que leva a questionar se o partidarismo dos magistrados, que migram entre a política e a justiça, indiferentemente das motivações pessoais ou corporativistas não fere a separação de poderes.

Sem questionar as aspirações corporativas ou motivações pessoais dos magistrados, nem a dignidade de ambos os cargos, será de refletir sobre as preeminências dos cargos e as suas compatibilidades. Questões que nunca se colocariam se os magistrados que tivessem desempenhado cargos nos poderes executivo ou legislativo, estivessem impossibilitados de regressar ativamente à magistratura.

Ainda que se invoque que tal impedimento seria idóneo a dissuadir bons magistrados, com pretensões construtivas, retira credibilidade à preocupação de manter imunizadas de clivagens partidárias e as fortes restrições à sindicalização das forças armadas e das forças de segurança, quando parece ser normalíssima a osmose entre órgãos de soberania.

O direito não é uma realidade estanque, desenvolve-se molda-se aos novos problemas que lhe são colocados, mas como reagir quando o direito consubstancia em si mesmo um problema?

Assente na morosidade da justiça, têm-se subtraído a resolução de certos litígios do escrutínio dos tribunais, mas ser litigante num conflito em resolução num tribunal arbitral, não aboliu o estigma de estar a braços com a justiça e pode não significar necessariamente uma decisão justa.

Como refere Marinho Pinto, Bastonário da Ordem dos Advogados: «o processo de desjudicialização da justiça em curso em Portugal há mais de 20 anos e que consiste, fundamentalmente, em fazer a administração da justiça fora dos tribunais.»¹⁴⁷

Sintetize-se o que já fora dito quanto ao direito disciplinar, se por um lado abre

constitucionalidade, apresentados, respetivamente, pelo Presidente da República, por um grupo de deputados do PS, por um grupo de deputados do PCP, do BE e do PEV, e pelo Provedor de Justiça, tendo decidido: “*Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, da norma do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, relativa à suspensão do pagamento do subsídio de férias de quem auferir remunerações pagas por verbas públicas.*”

¹⁴⁷ PINTO, António Marinho - *Um Combate Desigual*. Lisboa: Verso da Kapa, 2010, p. 39

caminho a absolvições airoas, outros em silêncio, de forma exemplar estão sujeitos às injustiças de um procedimento que discricionariamente seleciona o autor, acusa-o e sanciona-o sem respeito pelos seus direitos fundamentais.

Segundo o princípio da Jurisdição *"nulla poena sine judicio"* pertence aos juizes a exclusiva competência para fazer justiça, somente a estes compete ajuizar e sentenciar, através de um processo que assegure todas as garantias de defesa ao arguido¹⁴⁸ em curso nos tribunais, órgão de soberania dotado constitucionalmente da competência para administrar a justiça em nome do povo.

Exorta-se que mesmo em sede de juízo, o julgador deve ter presente que a manifestação da sua convicção, apenas irá dirimir parte do litúgio que foi levado ao seu apreço. Em nome do princípio da justiça, na sala de audiência sobre o seu palanque¹⁴⁹ o guardião da justiça, deve observar por cima dos horizontes traçados pelas partes que clamam razão, pois mesmo admitindo uma exata equivalência das lesões perpetradas ou concluindo que estas são impróprias de censura criminal, para um dos litigantes a sentença terminou o suplício da incerteza de amanhecer ou não livre, enquanto o funcionário é atirado ao tormento silencioso de um processo disciplinar regido pelos princípios da oportunidade e da atipicidade, submetido à sorte, simpatia e influências, num mar de injustiças desprezadas pelas "cortes".

Que fundamentos persistem no atual contexto de convergência entre os sectores público e privado para se prosseguir com a condenação exemplar dos funcionários ou manter um estatuto disciplinar que se socorre da mitigação da liberdade de expressão para lesar a dignidade da pessoa humana?

Será ousado afirmar-se que quanto mais esclarecido for um povo maior será a consciência da severidade e desadequação das penas e consequentemente maior o sofrimento e revolta que estas suscitam?

Atente-se ao ensinamento de Santo Agostinho: *«O que mais interessa não é o que se sofre, mas como sofre cada um.»*¹⁵⁰

Se nos primórdios da democracia como redenção ou controlo dos poderes do estado, seria compreensível o reforço do juízo sobre o exercício dos trabalhadores do estado, no vigente estado de direito, tal condicionante da liberdade não tem suporte constitucional.

¹⁴⁸ Garantias de Processo Criminal - Art.º 32 da CRP.

¹⁴⁹ Tribuna.

¹⁵⁰ AGOSTINHO, Santo - *A cidade de Deus*. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 119.

Os funcionários além de suportarem condenações judiciais guarneçadas para satisfazer os impulsos da moral pública e servir de exemplo ao demais funcionários, sofrem cumulativamente sanções disciplinares, resultantes de processos instruídos pelas suas ordens profissionais ou estruturas hierárquicas, consubstanciadas na coesão da classe e nas relações especiais de sujeição, que constituem duas faces “idênticas” numa mesma moeda, pelo emergente entendimento de que *“Entre o direito penal e o direito disciplinar as diferenças são meramente quantitativas”*¹⁵¹.

Tal prática sujeita o funcionário a uma pena judicial que ultrapassa a medida justa, ainda que contida na moldura abstrata da norma, pelo particular exemplo que lhe é enxertado, acrescida de uma sanção disciplinar, tal evidência ultrapassa o princípio da proporcionalidade a que alude Cesar Beccaria:

*«Mas uma pena que ultrapasse os limites fixados pela lei é igual à pena justa, mais uma outra pena; pelo que não pode um magistrado, sob qualquer pretexto – de zelo ou de bem público – aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinquente.»*¹⁵²

¹⁵¹ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 22.

¹⁵² BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 66.

4 A FUNÇÃO DE GARANTIA DO DIREITO PENAL

Num estado de direito aspira-se dos poderes públicos a prossecução de um tratamento idêntico para todos os membros da comunidade, desejo este que subsiste cravado no mais profundo modo-de-ser individual e coletivo: «...a comunidade enquanto poder organizado jurídica e politicamente – trate de modo igual, cada um dos seus membros, constitui uma matriz evolutiva...»¹⁵³.

Tem-se argumentado no decurso deste trabalho, que à margem dos direitos enformadores do estado de direito democrático, os funcionários quando são chamados à responsabilização por crimes praticados fora do exercício das suas funções, são condenados a penas exemplares.

Apesar da medida penal aplicada ser prescrita dentro dos limites do tipo, o seu cálculo é especulado pela impossibilidade humana do juiz manter a imparcialidade, em virtude das exigências de “vindicta” suscitadas pelos ócios da opinião pública.

O direito penal não deve ser figurado como uma nébula aterrorizadora que paira sobre os seus súbditos, deve enaltecer-se que ele é o principal obstáculo ao poder discricionário do estado. Nele estão tipificadas as condutas que o soberano pode dirimir, bem como as regras a que se deve sujeitar para punir legitimamente. A justiça penal, não se destina a carcerar homens, mas sim a cuidar que não sejam condenados indiscriminadamente ao enclaustramento.

Pela exposta razão, o preconceito da exemplaridade exigido aos funcionários é inadequado a sustentar por si só um juízo de maior culpa, que deva existir logo à partida, carece de uma aferição objetiva da culpa que não pode ser subtraída das expectativas morais nele depositadas, nem deve ser aproveitada com a mera finalidade de demonstrar pureza dos quadros de pessoal do estado ou culminar numa instrumentalização do funcionário como exemplo para atemorizar os demais funcionários e satisfazer a mediatizada censura pública.

Se perscrutarmos a história do direito penal conclui-se que o caminho percorrido conduz ao seu desaparecimento, tendencialmente tem-se reduzido o campo penal a um mínimo essencial de “*ultima ratio*”, princípio que orienta o Direito Penal a intervir apenas quando os demais ramos do direito não conseguem responder à tutela dos bens jurídicos que se pretende proteger.

¹⁵³ COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 228.

De acordo com Cavaleiro Ferreira: «*Em matéria de Direito Penal, a legislação deve ser pouca mas duradoura, não devem ser criminalizados senão os factos que perturbem o bem comum, quer por ser grave a ofensa do bem comum, quer por ser de tal modo generalizada que ponha em perigo constante o mesmo bem comum.*»¹⁵⁴

Se quanto à ingerência do direito penal na liberdade das pessoas a criatividade do legislador se presume limitada, em matéria jurídico-penal está definido que todo o direito penal é direito penal do “facto” e não o direito penal do agente.

No mesmo sentido o Professor Figueiredo Dias, relaciona num primeiro momento a punibilidade jurídico-penal aos factos singulares tipificados em função da sua natureza e não das características ou personalidade do agente, enquanto num segundo momento fundamenta a necessidade das sanções naqueles mesmos factos típicos e não na reação contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade¹⁵⁵.

Apesar da convergência quanto ao objeto do direito, a natureza do Direito Penal autonomiza-o em relação aos demais ramos do direito, pois se o direito em geral pretende dirigir as relações sociais o penal tem uma função específica, garantir o bem comum da sociedade, através da constante ameaça do sofrimento característico das suas sanções: «*O direito penal é a última instância comunitariamente legitimada, a ter o monopólio de produção e distribuição do mal da pena que se repercute, de modo quase necessário no corpo-próprio.*»¹⁵⁶

As finalidades do direito penal estão submetidas ao respeito pela dignidade da pessoa humana, o que forçosamente coloca em primeiro plano os destinatários das normas penais, que pelo mero nascimento estão dotados de uma mesma dignidade social, que lhes confere o direito a um tratamento idêntico pela lei, independentemente da sua “*ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*”¹⁵⁷

A finalidade última do direito penal pode distinguir-se das finalidades do direito

¹⁵⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro - *Lições de Direito Penal*. p. 16.

¹⁵⁵ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 235.

¹⁵⁶ COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 84.

¹⁵⁷ Princípio da Igualdade - art.º 13.º da CRP.

A constituição da República portuguesa enumera outros “direitos fundamentais de igualdade”, nomeadamente o direito de igualdade dos cidadãos em constituir família (art.º 36º n.º 1), o direito de igualdade dos cônjuges (art.º 36.º n.º 2), o direito de igualdade dos filhos (art.º 36.º n.º 4), o direito de igualdade no acesso à função pública (art.º 47.º n.º 2), o direito de igualdade de participação na vida pública (art.º 48.º), o direito de igualdade de sufrágio (art.º 10.º).

constitucional que se repercute no homem em si mesmo, enquanto a razão da justiça penal é o bem comum das sociedades onde todos os homens convivem “*ad alterum*”¹⁵⁸, destina-se a «*dirigir homens felizes e não um rebanho de escravos onde circule perpetuamente tímida crueldade.*»¹⁵⁹.

Tanto na convivência entre pares como nas relações com as instituições democráticas a Constituição dispõe:

*"Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual."*¹⁶⁰

O elenco constituinte dos fatores de não discriminação não são exaustivos, razão que suporta que sejam igualmente ilícitas quaisquer diferenciações que ofendam a dignidade humana, tais como a arbitrariedade, ou discricionariedade patentes no âmbito do poder disciplinar. Como alude a Constituição:

*"A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação."*¹⁶¹

Pela citada razão, nas relações onde o funcionário não esteja sujeito a obediência hierárquica, como ocorre no plano familiar para além da tutela reconhecida aos factos ilícitos perpetrados pelos demais cidadãos, o direito disciplinar, mesmo no vigente quadro legislativo não deve operar, veja-se que de acordo com o texto constituinte os funcionários apenas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no

¹⁵⁸ Uns em relação com os outros.

¹⁵⁹ BECARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 67.

¹⁶⁰ Princípio da Igualdade - art.º 13.º n.º 1 e 2 da CRP.

¹⁶¹ Outros Direitos Pessoais - Art.º 26º da CRP.

A constituição promove várias “discriminações positivas” a favor de grupos mais desprotegidos, designadamente: aos órfãos ou abandonados (art.º 69.º n.º 2), aos trabalhadores jovens (art.º 70.º n.º 1), trabalhadores menores e trabalho de mulheres (art.º 59.º n.º 2 al. c), entre outras, recorrendo ainda a ousadas discriminações negativas de teor profissional, que limitam direitos de participação política, interdição de acumulação de atividades profissionais legítimas e a mitigação de formas de luta laborar (direito à greve) a vários sectores da função pública, sem qualquer contrapartida.

exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.¹⁶²

A formalização da igualdade enraizada ideologicamente pelo constitucionalismo liberal sintetiza-se através da reflexão: “*os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*” associada à consideração “*que todos os homens são iguais perante a lei*”, exige uma idêntica igualdade na aplicação do direito por parte do julgador, mas também a vinculação do legislador à criação de um único direito para todos os cidadãos.

A questão da "igualdade jurídica" suscita-se diariamente aquando a interação dos cidadãos com ações ou atos administrativos perpetrados pelas autoridades públicas. Com clarividência se percebe que todos os cidadãos são merecedores de tratamento idêntico na execução de um mesmo ato pelos poderes públicos, mas se deste melindre de desigualdades cabe a possibilidade de recurso e sequente apuramento de responsabilidades, maiores injustiças residem nas situações onde o próprio legislador descurou a dimensão real do conceito de igualdade, ao conceber normas jurídicas que não contemplam a estratificação social da sociedade, muito particularmente no que se refere às consequências da aplicação da lei penal, que deve nortear-se não por uma igualdade aritmética, mas sim por uma igualdade de resultado.

Dada a heterogeneidade das funções sociais ou profissionais das comunidades contemporâneas, deve-se precaver que uns não se congratulem com a insignificância das sanções, enquanto outros gemam com as consequências irreversíveis das reações criminais, situações estas que para serem reguladas com igualdade, carecem de um tratamento desigual.

As elações até aqui reproduzidas não se esgotam na capacidade económica dos condenados, pois se a equidade na aplicação de sanções pecuniárias em substituição de sanções privativas da liberdade, pode à primeira vista refletir algum mérito, por vezes as sanções criminais consomem recursos dignamente ganhos no passado, cuja subtração pode destruir o presente e condicionar a viabilidade de um futuro, o que longe do figurino da prevenção especial, direciona o condenado para a esteira do crime.

Tal ocorrência obriga a introduzir na equação penal outras incógnitas, como a ponderação dos padrões de cultura, o grau de educação e instrução, bem como o defraudar de expectativas sociais ou ruína de metas profissionais.

Consubstanciar que o legislador penal deprecia o incremento da culpa em virtude da

¹⁶² Responsabilidade dos Funcionários e Agentes – art.º 271º da CRP.

profissão do arguido, torna indispensável abordar sucintamente o princípio da legalidade, reconhecido na comunidade jurídica pela súpula latina “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”¹⁶³ que conforme se tem vindo a descrever, visa conter o poder punitivo do estado e garantir a defesa dos direitos de todos os homens.

Já formalmente implícito nos primeiros textos constituintes¹⁶⁴ o princípio da legalidade encontra-se hoje redigido na Constituição, nos seguintes moldes: “*Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.*”¹⁶⁵

Da sua precisa estrutura literal subtrai-se a pretensão de banir o arbítrio judicial, condicionando a liberdade do juiz, na medida em que o subordina explicitamente ao respeito pela lei no exercício exclusivo de cominar penas.

Para facilitar a compreensão do seu amplo sentido a doutrina socorre-se de várias fórmulas latinas:

“*nullum crimen sine lege praevia*” – Resume que além de só a lei poder incriminar a incriminação está proibida quando mire o passado¹⁶⁶.

“*nullum crimen sine lege certa*” - A certeza do conteúdo da norma incriminadora obriga a que a lei determine com precisão o facto criminoso visado. Tanto a acção como a omissão¹⁶⁷ que consubstanciam o crime, não podem ser deduzidos do texto da lei, carecem de uma inequívoca definição legal, vício que padece a formulação do que consiste uma infração disciplinar.

Para conter a analogia das leis penais, a doutrina acrescentou como corolário deste princípio: “*nullum crimen sine lege stric-ta*”.

Realça-se pela importância neste trabalho que o princípio da legalidade se estende à cominação das penas e medidas de segurança, obrigando de forma idêntica que estejam expressamente cominadas por lei: “*nulla poena sine lege*”.¹⁶⁸

Segundo Faria Costa, no direito penal reside o último e derradeiro poder que detém a

¹⁶³ A Ludwig Andreas Feuerbach se deve a expressão latina como hoje é reconhecido.

¹⁶⁴ Já constava na Carta Constitucional de 1826 no art.º 145.º, §§ 1.º, 2.º e 10.º, posteriormente transitou para a Constituição de 1911, e depois para a Constituição de 1933.

¹⁶⁵ Aplicação da Lei Criminal – art.º 29º da CRP.

¹⁶⁶ Proibição da Retroactividade da lei penal, art.º 29º n.ºs 1, 3 e 4 da CRP e art.ºs 1º e 2º do CP.

¹⁶⁷ Equiparação da acção à omissão - art.º 10º do CP.

¹⁶⁸ Aplicação da Lei Criminal – art.º 29º n.º 3 da CRP.

“autoridade” de aplicar um mal que ofende o próprio corpo: *«No mais pequeno passo que se dê, quando se o faz em liberdade, vai, por inteiro, a firmação do corpo-próprio. Que é encontro. Que é contacto. Que é amor. Que é afecto. Nos outros e pelos outros, em todos os espaços e sem limites.»*¹⁶⁹

O Direito Penal deve por isso conter-se em precaver as injustiças que ofendam os bens comuns a todos, cimentando-se deste modo o princípio da intervenção mínima do direito penal, precavendo que mais direito não fomente mais injustiças - *“Summum jus, summa injuria.”*¹⁷⁰

4.1 O Direito e a Moral

Tanto a moral como o direito se impõem aos homens como um dever de agir em conformidade com normas, mas as suas essências não se confundem, mesmo quando os comportamentos são reprovados tanto pela moral como pelo direito, visto não existir qualquer relação de subordinação entre ambos.¹⁷¹

Quando o legislador optou por converter as regras morais em genuínos preceitos jurídicos, separou as duas ordens. Tendo o direito absorvido e reprovado na sua tipificação a imoralidade de certas condutas, qualquer invocação moral em sede de juízo sobre essas mesmas condutas, consiste numa dupla reprovação dos mesmos factos.

A incorporação da moral no direito ocorre para salvaguardar os bens comum de todos, no entanto o conceito de “justiça moral” tem um significado distinto e muito mais amplo do que o da justiça penal, como refere Fernanda Palma:

«A relevância limitadora para a responsabilidade da consideração das motivações e atitudes significa, em última análise, que a responsabilidade jurídica sempre deverá coincidir com uma efectiva

¹⁶⁹ COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 89.

¹⁷⁰ MORUS, Tomás - *A Utopia*. Lisboa: Guimarães Editores 2009, p. 39.

¹⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 103.

*responsabilidade em sentido moral, embora o inverso não seja necessário nem os critérios da responsabilidade jurídica tenham de corresponder integralmente aos da responsabilidade moral.»*¹⁷²

A justiça penal não pretende a conformidade dos comportamentos humanos com os imperativos morais, mas somente a sua conformação com imperativos da ordem jurídica, determinados em função da sua utilidade social, o que difere das prerrogativas que visem moldar ou conformar as consciências morais das pessoas.¹⁷³

De acordo com o que foi dito, tanto os atos humanos interiores como os exteriores podem ser qualificados como morais ou imorais, mas só as atitudes exteriorizadas através de ações ou omissões, podem ser tipificados como ilícitos criminais, razão pela qual os imperativos morais, ainda que tenham suscitado a necessidade de tipificação, não devem ser chamados à colação uma segunda vez, para fundamentar o sancionamento exemplar.

O direito difere da moral cuja finalidade última é atingir a perfeição do homem e eleva-lo à esteira de Deus, ambição que ao longo da história, não raras vezes refreou o pecado com outro pecado¹⁷⁴.

Tanto o direito como a moral são permeáveis às paixões, encontram-se em permanente transformação, pode dizer-se que evoluem ou retrotraem-se na medida em que os seus catálogos de valores se vão misturando, pode por isso afirmar-se que estes só estão historicamente condicionados, raciocínio que obriga para melhor se compreender a justiça do presente a perscrutar o seu embrião, a sua necessidade legislativa no passado.

Recorde-se por exemplo que as penas carcerárias, consideradas no presente pela comunidade jurídica atentatórias da dignidade da pessoa humana, utilizadas apenas como último reduto, foram erigidas no passado em prestígio da dignificação humana. Representaram uma meritosa conquista da humanidade, representam o fim das penas corporais e o abandono nas masmorras por tempo indeterminado ou ilimitado.¹⁷⁵

A tomada de consciência que penalizar pessoas não é o fim da justiça, que a pena é somente mais um dos meios a utilizar na prossecução de um fim superior, que consiste na prevenção da criminalidade, leva a que se equacione a sua contribuição no clássico equilíbrio entre “Justiça” e “Segurança”, na medida em que se vai abandonando o secular engano de que

¹⁷² PALMA, Fernanda - *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 120.

¹⁷³ SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral I*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 84.

¹⁷⁴ AGOSTINHO, Santo - *A cidade de Deus*. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 169.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Pedro Correia - *A Pena Privativa da Liberdade: Evolução Histórica e Doutrinal*. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 11.

a pena de prisão ajustava a criminalidade, em primor da convicção de que a prisão consome recursos necessários noutras áreas sociais, que se empregues a montante teriam o efeito de prevenir a criminalidade.

Do que foi exposto, retira-se que tal como os demais ramos de direito, o direito penal não é uma realidade estagnada¹⁷⁶, encontra-se em permanente adaptação aos flagelos que atingem a humanidade, mas tal não ocorre através da promiscuidade ou interação entre diferentes ramos de direitos, mas sim dentro das suas próprias autonomias. Por princípio, as normas de direito penal devem ser interpretadas autonomamente, independentemente do modo como os outros ramos tutelam os seus interesses.¹⁷⁷

Em síntese pode afirmar-se como critério fundamental de distinção entre direito e moral: «*O Direito apenas contende directamente, por conseguinte, com o resultado externo das acções humanas; as meras intenções transcendem-no.*»¹⁷⁸

4.2 A Culpa Penal

O conceito de crime aceite pela comunidade jurídica consiste numa ação típica, ilícita, culposa e punível¹⁷⁹.

Parece incontestável que da tríplice estrutura do facto punível devida a Beling¹⁸⁰, na cominação de uma sanção penal, deve ser colocado o acento tónico na categoria da culpa.

A culpa, autonomizada do conceito de ilicitude pela maturação do pensamento Germânico, ressalta como pedra angular de todo o direito penal, como pressuposto do crime e comumente limite inultrapassável da pena.

Deste vértice emerge o princípio da culpabilidade "*nulla poena sine culpa*", também

¹⁷⁶ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 121.

¹⁷⁷ SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral I*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 84.

¹⁷⁸ VICENTE, Dário Moura - *Direito Comparado*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 97.

¹⁷⁹ Quanto à "Punibilidade", veja-se DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 280 – O autor consubstanciado no instituto da dispensa da pena regulado no art.º 74 do CP, defende que a punibilidade deve ser analisada autonomamente com a Doutrina das Consequências Jurídicas do Crime.

¹⁸⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro - *Lições de Direito Penal: Parte Geral I e II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89.

conhecido pelo princípio da culpa ou da censurabilidade, que em bom rigor significa que para um facto ser merecedor de uma sanção criminal, não carece apenas de ser desconforme com o ordenamento penal, é necessário que a conduta do agente seja culposa.¹⁸¹

Como salienta Figueiredo Dias: «...que o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário.»¹⁸²

O conceito formal de culpa revela-se através de um juízo de censura dirigido a um comportamento dominado (ou dominável) pela vontade de determinado agente.

Já o conceito material de culpa relaciona-se com os pressupostos necessários para consubstanciar esse juízo de censura dirigido ao comportamento penalmente relevante de determinado agente, o que tem merecido posições doutrinárias extremadas. Enquanto uns tomam a liberdade como pressuposto imprescindível para fundamentar o juízo de culpa, outros partem do determinismo para o justificar.

Por conseguinte, no discernimento do conceito material da culpa não se pode desprezar a liberdade, onde quer que se fale de responsabilidade ou de culpa pressupõe-se sempre a liberdade de ação do indivíduo: «...o substrato que permite imputar ao existir, e ao ser-livre, o seu próprio comportamento.»¹⁸³

O conceito de liberdade aqui invocada, não se esgota na autonomia dos movimentos corpóreos ou domínio dos impulsos intelectuais que justificam o juízo sobre a sua conduta, compreende ainda a liberdade de não conformação com a ordem jurídica e o direito de pagar por essa afronta na mesma medida que os demais cidadãos. Não existe liberdade de primeira nem de segunda.

Outra importante anotação a fazer é que o conteúdo material de culpa penal expressa uma valoração ética vivente no seio da comunidade, que limita o intervencionismo repressivo do estado fundamentado na mera oportunidade ou utilidade política, o que se opõe aos critérios do conveniente controlo social. A dignidade da pessoa humana impede o legislador

¹⁸¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro - *Lições de Direito Penal: Parte Geral I e II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89.

¹⁸² DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 274.

¹⁸³ *Apud*: MONTEIRO, Elisabete Amarelo - *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 73.

de criminalizar condutas que não mereçam um juízo de desvalor ético-social.¹⁸⁴

Mas sendo certo que toda a pena pressupõe a culpa, nem toda a culpa é necessariamente merecedora de reprovação penal. Apenas a culpa tipificada valida uma censura penal. Subtrai-se deste labirinto de ideias, que a pena não pode ser contaminada por fundamentos morais, como alude Claus Roxin: «...a “moral” ainda que amiúde se sponha o contrário, não é nenhum bem jurídico»¹⁸⁵.

O que obsta que a moral pública ou divina, possam ser consideradas para efeitos de valoração da pena, pois a dignificação da pessoa humana limita ao mínimo intromissão do direito penal.¹⁸⁶

Neste sentido acentua-se que “...a culpa é pressuposto e limite, mas não fundamento da pena¹⁸⁷” e “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.”¹⁸⁸

Seguindo de perto neste exercício a teoria da culpa de Figueiredo Dias, acata-se a culpa jurídico-penal e a culpa ético-social como uma mesma realidade, levando a que dentro do estrito respeito pela dignidade humana, seja de reprovar uma dupla valoração da culpa para responsabilizar a não conformação dos indivíduos com a ordem jurídica: «... violação de um dever de conformação da pessoa, no seu actuar, às exigências do direito.»¹⁸⁹

O relevo da culpa no excursus da Teoria Geral da Infração, surge como consequência do ilícito, onde apenas é excluída de acordo com as causas de exclusão ou justificação tipificadas, fundadas essencialmente em deficiências na motivação do agente e como tal idónea a consubstanciar a sua inimputabilidade.

Apesar da franca liberdade atribuída ao juiz dentro da amplitude das molduras penais, o legislador subtraiu a faculdade de sustentação de uma verdadeira teoria a partir da “vontade” ou da “consciência” do arguido. Contudo, consistentemente as modernas Ciências Empíricas do Crime atestam a culpa com base na formação da personalidade, contrariando o juízo penal, onde a moral se intromete para justificar uma punição mais severa dos comportamentos desviantes, com base numa moral solidificada do homem funcionário.

Com a intenção de demonstrar a incoerência de certa tipologia de valores vigente no funcionalismo publico, com a sistematização dos bens jurídicos do código penal, atente-se à

¹⁸⁴ SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral I*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 94.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 30.

¹⁸⁶ PALMA, Fernanda - *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 120.

¹⁸⁷ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 47.

¹⁸⁸ Finalidades das penas e das medidas de segurança - n.º 2 do art.º 40º do CP.

¹⁸⁹ DIAS - *Direito Penal: Parte Geral*, p. 522.

sistematização do Código Penal.

O critério de sistematização da parte especial do Código Penal Português assenta no bem jurídico, definido como: «*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.*»¹⁹⁰.

Em função dos bens jurídicos os crimes estão agrupados em capítulos dirigidos ao mesmo bem tutelado, sendo dentro do mesmo critério reunidos em títulos que englobam bens jurídicos próximos.

O legislador socorreu-se ainda de critérios como a gravidade do facto, a intensidade da lesão ou conduta, mas também da pessoa do autor, das suas motivações, bem quanto às condutas se revelarem como de perigo ou de lesão efetiva.

Foram dispostos inicialmente os crimes de maior relevância, seguidos por ordem decrescente de acordo com o relevo axiológico da pessoa humana, resultando na seguinte sequência: Crimes contra as pessoas; Crimes contra o património e por último Crimes contra o estado.¹⁹¹

O que aqui pretende arguir é que se um funcionário for acusado de um furto, (ou crime de corrupção), independentemente do valor residual subtraído ou da singela moldura penal que na atualidade pune o furto «*...nem sequer a própria iniquidade consegue apagar: que ladrão há que suporte com paciência outro ladrão? Nem um rico suporta um homem que a isso é levado pela necessidade.*»¹⁹²

Nenhum do povo, nem os demais funcionários aceitam que reúna condições para continuar no exercício de funções. Não se pretende aqui suscitar qualquer discórdia.

Ocorre porém que a hierarquia de valores surge desordenada quando por exemplo, numa intervenção policial onde resultaram feridos ou mortes, indiferentes ao valor normativo dos bens em confronto, com frequência juntam-se vozes populares em manifestações de solidariedade para com os arguidos.

Imagine-se a repercussão de tal desorganização de valores normativos, num procedimento disciplinar.

¹⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 114.

¹⁹¹ SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 26 e 27.

¹⁹² AGOSTINHO, Santo - *Confissões*. Lisboa. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2004, p. 65.

4.3 *A Culpa Agravada*

Depois do que fora exposto, parecem reunidos os conceitos básicos para abordar o tema nuclear desta dissertação, responder se podem as características necessárias para o exercício das funções públicas a que o arguido profissionalmente se encontra vinculado, consubstanciar a ampliação de uma sanção penal, merecida pela prática de um crime praticado fora do exercício das suas funções, sem que exista efetivamente uma ligação funcional a essas mesmas funções.

O legislador penal definiu no art.º 386º do Código Penal o conceito de funcionário, esta qualidade surge ao longo da parte especial do código penal como necessária para que certas condutas preencham um tipo legal de crime, enquanto noutras é idónea a promover o privilegiamento ou a qualificação de determinados tipos legais.

Pretende-se demonstrar recorrendo à confrontação das circunstâncias previstas na alínea **l)** do n.º 2 do art.º 132º do Código Penal, que fortalece a integridade dos operadores do estado, quando são vítimas de homicídio no exercício das suas funções públicas ou por causa destas, com a posterior alínea **m)** que se dirige ao funcionário que praticou um homicídio com grave abuso de autoridade.

Pretende-se sustentar que a qualificação prevista na alínea **m)** não se relaciona com o vínculo profissional ou qualidade de funcionário, fundamenta-se sim no abuso da autoridade de que é detentor no exclusivo momento em que exerce a sua atividade de funcionário.

Não se subtrai diretamente do arbítrio do legislador a intenção de promover discriminações relacionadas com vínculos profissionais, contrariamente o legislador penal omite que o título profissional, seja idóneo a despoletar um maior juízo de censura, que corrobore numa pena exemplar.

Pela importância do bem jurídico de topo na hierarquia no ordenamento jurídico-penal português, tal consideração será arguida através da lesão da vida humana formada.¹⁹³

A incriminação do crime de homicídio encontra-se prevista no art.º 131º do Código Penal, consiste num crime de lesão condicionado pelo resultado, que admite a forma tentada,

¹⁹³ Direito à Vida - Art.º 24º da CRP

podendo a sua prática ocorrer por ação ou omissão. Encontra-se numa relação de especialidade que faz com que dela variem as restantes formas de homicídio¹⁹⁴.

Analisar um crime de homicídio consiste num exercício metódico que se inicia com a averiguação do preenchimento do tipo objetivo do “homicídio base¹⁹⁵”, ou seja a conduta de matar e a produção do resultado morte de uma pessoa, e do tipo subjetivo “o Dolo” que é determinante para distinguir as situações de homicídio das de ofensas à integridade física. Seguidamente averigua-se se a conduta perpetrada preenche uma das demais formas de homicídio previstas no Código Penal.

Importa ao tema em apreço sintetizar o tipo de homicídio qualificado tipificado no art.º 132º do Código Penal, assumindo-se desde já a concordância com a posição de que o legislador tipificou um crime de homicídio agravado não pelo maior grau de ilicitude¹⁹⁶, mas pela cominação de uma cláusula geral de maior culpa¹⁹⁷ relativamente ao tipo do art.º 131º que objetivamente se reporta aos mesmos factos.

O preenchimento das circunstâncias previstas no tipo através da técnica dos “exemplos regra” ou “exemplos padrão” não funcionam autonomamente, carecem da verificação dos requisitos de especial censurabilidade ou perversidade, que não sendo conflituantes sofrem de uma certa indeterminabilidade.

A obrigatoriedade do preenchimento dos requisitos previstos no n.º 1 revela-se como uma garantia para os cidadãos: «*sobretudo quando o efeito agravante resulte, sem mais e imediatamente, da remuneração exemplificativa*»¹⁹⁸.

¹⁹⁴ SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 47.

¹⁹⁵ “Base” para fugir da utilização controversa do “simples” que estimula a crença de que a epígrafe do artigo refere: “Homicídio Simples”.

¹⁹⁶ Esta posição não é isenta de críticas, com base no art.º 71º do Código Penal existem autores que sustentam que a qualificação deste tipo se deve a um misto de ilicitude e de culpa, por ser inaceitável que a culpa funcione autonomamente como critério determinante para a qualificação do crime, esta posição esgota-se na análise das alíneas previstas no n.º 2 do art.º 132º do Código Penal. Acompanha-se neste trabalho a posição de Fernando Silva, que o critério da qualificação se deve à especial censurabilidade ou perversidade exigida pelo seu n.º 1. Não sendo assim relevante a regra imposta pelo art.º 71º do Código Penal, porque esta se destina a aferir uma concreta medida da pena, onde terá que ser levada em consideração quer a censurabilidade dirigida ao agente, quer o nível de desvalor do facto que este praticou, contrariamente em sede de qualificação do tipo de homicídio visa-se determinar a pena em abstrato.

¹⁹⁷ A culpa consiste num juízo de censura individual dirigido ao agente pelo facto de ter atuado em desconformidade com a ordem jurídica quando podia e lhe era devida essa atuação, o grau da culpa é aferido pelo nível de desaprovação e de exigibilidade.

¹⁹⁸ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal Português: As consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 204.

Concretizado um dos requisitos do n.º 1, recorre-se ao elenco de situações exemplificativas alineadas no n.º 2, que não sendo verdadeiros critérios determinantes, justificam a qualificação por indiciarem uma culpa agravada.

Reitera-se que as alíneas tipificadas não são de funcionamento automático, nem se esgotam nas circunstâncias qualificadoras nelas descritas, estas são meros azimutes destinados a condicionar a discricionariedade do julgador.

Dentro de cada circunstância é possível isolar um “valor jurídico”, que extravasando a literalidade da norma indicia uma culpa agravada e possibilita a qualificação de factos não expressos na alínea.

O carácter aberto conferido ao tipo legal, não configura uma violação do princípio da legalidade¹⁹⁹, que proíbe o recurso à analogia para tipificar um facto como crime.

Efetivamente a integração da conduta no âmbito do homicídio qualificado não ocorre por analogia, a extensão da qualificação resulta desde logo da revelação de uma especial censurabilidade ou perversidade, sendo estes os verdadeiros critérios de qualificação.

Nesta linha de pensamento, Fernando Silva, admite ser sustentável que circunstâncias que não possuam um mínimo de previsão nas alíneas do n.º 2, possam ser qualificadas, desde que os requisitos de especial censurabilidade ou perversidade estejam preenchidos, visto a qualificação ocorrer em sede de culpa e não através da tipificação.²⁰⁰

A analogia resenhada, resume-se numa mera aproximação qualitativa ao tipo incriminador, que por si só é insuficiente para aplicação do preceito, vindo a admitir-se a analogia apenas para determinar que certa conduta não expressa no tipo é suscetível de revelar especial censurabilidade ou perversidade, mas o que efetivamente preenche o tipo, decorre da culpa mais grave consubstanciada nos requisitos de especial censurabilidade ou perversidade previstos no n.º 1 do art.º 132º do Código Penal.

Em síntese, consubstanciado no padrão de valores individualizados nas várias alíneas do n.º 2, torna-se sustentável depois de aferida uma exata correspondência ao “valor jurídico” tutelado, que outras circunstâncias sejam enquadradas no tipo, através do recurso a uma modalidade de “analogia na culpa” revelável através das relações: entre agente e vítima, as motivações do agente e o modo de execução do facto, desde que qualitativa e quantitativamente próximas.

¹⁹⁹ Princípio da Legalidade - Art.º 1º do CP.

²⁰⁰ SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 61.

Depois da sinopse realizada pretende-se conjugando duas das circunstâncias previstas no n.º 2, fazer a ponte para “*a responsabilização criminal de funcionários por crimes praticados fora do exercício das suas funções*”.

Na revisão de 1998²⁰¹ o legislador acrescentou na redação do n.º 2 do art.º 132º do Código Penal, como circunstância qualificadora a alínea **m)**. Segundo Fernando Silva²⁰² deveu-se à necessidade de saciar as críticas relativas ao facto da precedente alínea **l)** promover a qualificação do homicídio de várias personagens que pela sua posição e funções exercidas na sociedade são tidas como merecedoras de uma maior proteção da ordem jurídica, sem que existisse paralelo normativo que contemplasse a agravação de uma situação onde o homicídio fosse executado por uma dessas personagens, sem que estivesse acautelado um maior juízo de censura de tais condutas.

A primeira ressalva a ser efetuada é que essa proteção acrescida não advém do cargo, posto ou profissão da vítima em si mesmas, mas do seu exercício ou relacionamento do móbil ou motivações homicidas com esse mesmo exercício.

Sustenta-se, que a qualificação se deve à conexão do agente com as funções públicas da vítima, se tal não ocorrer, se os motivos forem do foro particular, não relacionados com a posição ocupada ou funções da vítima, estamos perante uma situação comum a qualquer cidadão, não indiciando para além da tutela penal merecida tratar-se de um facto especialmente censurável. Sem prejuízo da qualificação ocorrer com base noutras circunstâncias do tipo.

Neste ponto utiliza-se o caso de um homicídio de um agente das forças de segurança referido por Fernando Silva, para exemplificar o que se acabou de dizer e que será chamado a cooperar posteriormente para exemplificar a inversão do papel dos agentes.

«...se a decisão de matar adveio de uma guerra de vizinhos e que na sequência de uma discussão o agente decide matar o seu vizinho, que por acaso é agente das forças de segurança».²⁰³

Segundo o autor, o desfecho aponta para a improcedência da qualificação do homicídio.

²⁰¹ Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

²⁰² SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 82.

²⁰³ *Ibidem*, p. 82.

Equacione-se o caso do homicídio de um polícia em serviço, uniformizado à porta de um banco, partindo do pressuposto que as motivações dolosas do agente, sejam do foro particular (por ex. adultério), seria tal conduta adequada a desencadear o efeito qualificador?

Seguindo o mesmo critério, a menos que estivessem consumados os requisitos de especial censurabilidade ou perversidade, seria improcedente em virtude das motivações particulares do arguido, mas seria de descuidar que o uniforme para além de simbolizar a ostentação da autoridade do estado, consiste num apetrecho adequado a conformar a postura e limitar a liberdade da pessoa que o enverga, colocando-a em desvantagem pela ilusão de proteção que o uniforme lhe transmite?

Segundo Fernando Silva, a introdução da alínea **m)** no tipo previsto no art.º 132 do CP, visa suprimir o défice de proteção conferido pelo legislador aos cidadãos perante agressões ilegítimas no exercício do poder do estado: «...*como se um homicídio voluntário não seja logo à partida uma actuação em abuso de autoridade*».²⁰⁴

Aparentemente esta exigência do funcionário atuar com grave abuso de autoridade, não faria sentido uma vez que não é admissível a qualificação do homicídio quer por negligência, quer no abrigo de causas de justificação ou exclusão da culpa, «*pois o artigo em apreço configura, em plena clareza, um crime essencialmente doloso*».²⁰⁵

Mas, o teor da alínea **m)** “Ser funcionário” e “praticar o facto com grave abuso de autoridade”, espelha claramente a necessidade legislativa de harmonizar a proteção dos poderes públicos com as garantias dos cidadãos.

Da conjunção “e”, brota cristalino o pensamento do legislador, que o juízo de maior censura não reside no facto do arguido ser funcionário, mas sim da união dessa qualidade de funcionário com o exercício dessas suas funções e muito concretamente dentro das competências para que está legalmente mandatado.

É dentro do exercício das suas competências orgânicas que detém a autoridade que obriga os destinatários à obediência e atribui ao funcionário a possibilidade de exercer abusivamente essa sua autoridade.

A peculiaridade de um homicídio qualificado através desta alínea deve ser analisado tanto pela maior censurabilidade dirigida ao funcionário no exercício da sua autoridade, como

²⁰⁴ SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 82.

²⁰⁵ PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre - *Código Penal Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 347.

pela maior obrigação deste se pautar ou agir de acordo com o direito, mas também pela posição das vítimas, que viram uma vida sufragada por quem teria obrigação acrescida de a salvar: *«Creso, transtornado pela morte do filho, doía-se particularmente, porque lhe causara a morte aquele que ele tinha purificado do crime de sangue.»*²⁰⁶

Dentro do mesmo raciocínio, parece evidente que se um agente das forças de segurança cometesse um “homicídio doloso”, uniformizado ou depois de se ter identificado como detentor de tal autoridade em serviço ou não, independentemente da origem das suas motivações (exercício público ou situação particular), pela inversão da confiança depositada pela vítima e sociedade, nos valores que as insígnias resguardam, poderíamos estar perante um homicídio qualificado.

Do que já fora exposto, partindo-se sempre do pressuposto que estão preenchidos os requisitos de especial censurabilidade e perversidade, não parece sustentável que a qualidade de funcionário, ainda que justifique uma dupla valoração em sede de culpa em função dos conhecimentos ou técnicas apreendidas no decurso da carreira²⁰⁷, não é adequada a promover a qualificação de um homicídio perpetrado por qualquer funcionário que não esteja a exercer autoridade pública.

Reitera-se que tal não obstará caso seja impossível a tipificação com base na alínea **m)** que o homicídio seja qualificado de acordo com a técnica dos exemplos padrão, depois de preenchidos os requisitos do n.º 1, orientados pelos “valores-jurídicos” tutelados pelas restantes alíneas do n.º 2 do art.º 132º do Código Penal.

Argumenta-se assim, que a introdução da alínea **m)** na revisão de 1998, não visou equilibrar a proteção já garantida aos cidadãos, pela mesma disposição, mas sim repor em moldes idênticos ao da alínea precedente que a censura não advém da profissão, cargo ou funções abrangidas pela definição de funcionário do art.º 386º do Código Penal, mas sim do seu exercício com grave abuso de autoridade.

O despoletar da agravante está condicionado pela necessidade do relacionamento ou móbil do crime e as motivações dependerem do exercício da autoridade que detém.

Exige-se nestes moldes uma conexão das relações funcionais do agente que interage com a vítima, se tal não ocorrer, se os motivos forem do foro particular, se nada tiverem a ver

²⁰⁶ HERÓDOTO - *Histórias*. Livro 1. Lisboa: Edições 70, 1994, P. 80.

²⁰⁷ Como deve ser feito relativamente a qualquer praticante de desportos de defesa pessoal ou outras atividades desportivas ou recreativas, como atos venatórios ou tiro desportivo.

com as funções do funcionário ou estas nada com a vítima, estamos perante uma situação comum, não indiciando para além da tutela penal merecida tratar-se de um facto censurável.

Independentemente desta ou daquela profissão, do seu prestígio ou exigências morais a ela alicerçadas, um maior escrutínio social suscitado pela moral, não consiste numa manifestação do direito.

Não se pode deixar de abrir parenteses relativamente a uma situação contrária à exposta anteriormente, ou seja um caso onde o móbil do funcionário tivesse a sua génese nas suas vivências particulares.

Idealize-se um exemplo, onde um funcionário de férias, depois de uma fervorosa convulsão de ímpeto desportivo em que tomou ativamente partido, acaba por efetuar um disparo com a arma de fogo que lhe foi fornecida pelo estado, que viria a causar a morte de um opositor. Cenário que não ficaria completo, se não fosse delineado em paralelo idêntica situação, substituindo a arma de serviço por uma arma de que legitimamente era detentor.

Não parece razoável que a mera fruição de uma arma distribuída pelo estado lhe confira submissão à circunstância agravante prevista na al. *m*) do n.º 2 do art.º 132º do Código Penal.

A autoridade do funcionário, ainda que amiúde se invoquem estatutos ou a efetividade de serviço, resulta da demonstração de tal qualidade de forma inequívoca, o que não se confunde com o fazer prevalecer as suas opiniões ou convicções pessoais, contra as quais os administrados detêm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias²⁰⁸.

Mesmo argumentando que um elemento das forças e serviços de segurança se encontra obrigado a atuar sempre que presencie um crime, no exemplo em apreço ele é uma das partes da contenda, o que obsta que possa invocar a sua autoridade para fazer prevalecer interesses particulares, porque o poder que lhe foi conferido, destina-se à proteção do bem comum de todos, a manutenção da legalidade.

Por outro lado, alegar que um agente das forças de segurança é intemporalmente funcionário, para consubstanciar a prática de um homicídio com grave abuso de autoridade é negar ao funcionário a possibilidade de existir como pessoa, o que consistiria na sua redução a um mero utensílio, o que não é comportável num estado de direito defensor da dignidade da pessoa humana.

²⁰⁸ Direito de Resistência – Art.º 21 da CRP.

Alguma perplexidade residual pode ser sublimada pela inversão da autoria do evento, assim, liquidando o funcionário pelo mesmo ímpeto desportista, com recurso a uma arma de defesa que o autor do disparo estaria licenciado a transportar, também não ocorreria a agravação prevista al. **l)** do n.º 2 do art.º 132º do Código Penal, mesmo que o autor tivesse plena noção da qualidade de funcionário da vítima, pois a exteriorização do seu intento não visava qualquer oposição ou retaliação às funções públicas deste.

Recorrendo a idêntica arquitetura parece apenas viável estender a qualificação ao homicídio praticado fora do exercício de funções, quando as relações entre o agente e a vítima sejam interlaçáveis com as funções públicas e não pela invocada efetividade ou exclusividade de serviço a que alguns funcionários são tidos como obrigados.

Não deixaria de ser possível a qualificação por qualquer outra das alíneas devido a outras relações de afetividade ou futilidade do motivo, nem o que até aqui foi dito exclui a necessidade de uma segunda valorização em sede de culpa, mas não direcionada ao funcionalismo, mas sim à sua integridade como pessoa, às suas características, qualidades ou formações, indiferentemente de terem sido assimiladas no decorrer das suas vivências públicas ou particulares.

Quanto à determinação do momento da prática do facto não se vislumbra qualquer problema, visto que depois de consubstanciado o delito com as funções do funcionário ou ser este devido a essas mesmas funções, será indiferente se atuou ou devia ter atuado de “folga” bem como a sua situação profissional no momento em que o facto típico se tenha produzido²⁰⁹.

Em conclusão, mesmo que o agente tenha executado o crime com atestada especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o n.º 1 do art.º 132 do código Penal, não seria idóneo para recorrer ao tipo agravado previsto na alínea **m)** do n.º 2, utilizar como argumento indiciador o mero estatuto de funcionário.

A agravação do tipo é devida ao circunstancialismo do agente ter atuado no exercício das suas funções com grave abuso de autoridade ou motivado por essas mesmas funções, como estabeleceu o legislador, cujo entendimento dentro da unidade do ordenamento jurídico e inquestionavelmente dentro do penal, não poderá deixar de influenciar no mesmo sentido os restantes tipos legais de crimes.

²⁰⁹ Momento da Prática do Facto - Art.º 3º do CP.

Assim, um docente que abusou da inocência da sua enteada, ainda que a moral pública o grite ou as populações locais se agitem, não transmite ao juiz da causa legitimidade para dentro da liberdade criativa que o legislador lhe deixou implícita nos limites mínimos e máximos sancionatórios previstos na norma, fundamentar a medida da pena com base numa moral que até pode constituir um requinte para o exercício das funções públicas, mas o legislador já a assimilou na construção dos tipos penais.

Importa reter com as devidas adaptações mas idênticos critérios os preceitos relativos aos crimes de “ameaças e coação”²¹⁰ que são agravados pela condição de funcionário através do art.º 155º do Código Penal.²¹¹

Encerra-se o presente capítulo alertando para os perigos inerentes a uma norma incriminadora cujo teor se esvanece numa cláusula aberta ao arbítrio do julgador, que não pode num instante mediático, deixar de ter ciente que a agregação da comunidade assenta na forte confiança de todos os cidadãos, desde o mais humilde ao mais poderoso que: *«A vida, em tudo aquilo que seja juridicamente relevante, deve ser valorada pela vertical da igualdade.»*²¹²

²¹⁰ Ameaça - Art.º 153; Coacção - Art.º 154, ambos do CP.

²¹¹ Ocorre noutras disposições do Código Penal: Art.º 158.º Sequestro; Art.º 180.º Difamação; Art.º 181.º Injúria; Art.º 183.º Publicidade e calúnia; Art.º 184.º Agravacção; Art.º 256.º Falsificação ou contrafacção de documento; Art.º 257.º Falsificação praticada por funcionário; Art.º 322.º Crimes contra pessoa que goze de protecção internacional; Art.º 372.º Recebimento indevido de vantagem; Art.º 347.º Resistência e coacção sobre funcionário; Art.º 350.º Auxílio de funcionário à evasão; Art.º 368.º Favorecimento pessoal praticado por funcionário; Art.º 369.º Denegação de justiça e prevaricação; Art.º 372.º Corrupção passiva para ato ilícito; Art.º 373.º Corrupção passiva; Art.º 374.º Corrupção activa; Art.º 375.º Peculato; Art.º 376.º Peculato de uso; Art.º 377.º Participação económica em negócio; Art.º 378.º Violação de domicílio por funcionário; Art.º 379.º Concussão; Art.º 380.º Emprego de força pública contra a execução da lei ou de ordem legítima; Art.º 381.º Recusa de cooperação; Art.º 382.º Abuso de poder; Art.º 382.º-A Violação de regras urbanísticas por funcionário; Art.º 383.º Violação de segredo por funcionário; Art.º 384.º Violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações; Art.º 385.º Abandono de funções; Art.º 386.º Conceito de funcionário; entre outras.

²¹² COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 228.

5 TEORIAS DOS FINS DA PENA

A questão sobre a legitimidade do estado intervir coercivamente para conformar ou condicionar a liberdade os seus cidadãos, bem como as finalidades das sanções a que recorre para garantir o controlo das motivações tidas como nefastas no seio das sociedades humanas, tem suscitado posições filosóficas e doutrinárias díspares, que nem sempre delinearam um traçado de continuidade.

Num Estado de Direito Democrático o direito penal não se resume a um mecanismo criado para conter conflitos através da ameaça com um tipo de violência que apesar de formalmente autorizada, ameaça a liberdade de todos.

O direito não é uma revelação emocional, consiste num pacto de ciência acima de tudo ao serviço da liberdade, destina-se a conter o poder discricionário do estado e a transmitir a segurança jurídica necessária para o garante da dignidade da pessoa humana.

Para que o mal da pena não seja um mero incremento ao mal do crime, a pena tem que ser necessariamente justificada como um bem.

No passado, para que a pena cumprisse as suas finalidades de expiação ou prevenção devia ser desonrosa, corporalmente dolorosa, potenciadora de aflições atrozes.

A história está repleta de ocorrências onde não obstante se ter aplicado a pena de morte, considerava-se ainda ser indispensável fazer sofrer o condenado, aumentando o seu sofrimento a níveis insustentáveis, como se de uma pena preliminar se tratasse que nada tinha a ver com a pena principal.

A atrocidade das penas aliava-se à sede de vingança das populações e servia para ostentação da força do detentor do poder de punir, que não raras vezes perseguia os familiares do condenado, confiscava os seus bens e o lugar onde viviam.²¹³

Responder se existe fonte legitimadora que justifique político-socialmente o mal da pena, leva a que a breve trecho se proceda a uma síntese histórica das teorias dos fins da pena, para demonstrar que progressivamente se tem vindo a evoluir no sentido da dignificação da pessoa, à medida que se abandonam os aspetos retributivos e instrumentais enxertos nas

²¹³ COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 85.

penalizações demonstrativas e se vai contrariando o clamor popular e o oportunismo do estado, a que todo o direito deve ser imune.

Por não se avizinhareem como modelos alternativos na atual realidade humana, as posições extremadas relativas ao conteúdo, extensão e fundamentos da existência do direito penal, sustentadas pelas designadas teorias “negativas ou abolicionistas²¹⁴”, que em última instância abominam a existência do direito penal pelos seus promíscuos fundamentos políticos e convicção de que as suas vantagens são menores que os custos sociais, não serão aqui cuidadas para além desta brevíssima referência.

Segundo Figueiredo Dias, as questões relacionadas com os fins da pena, cingem-se essencialmente a duas teorias, que ao longo dos séculos têm sido utilizadas ora separadas ora combinadas, as teorias **absolutas** e as teorias **relativas**.

5.1 *Teorias Absolutas ou Retributivas*

As teorias absolutas ou retributivas prescrevem que a justiça se alcança através de sanções retributivas de base expiatória. Defendem a necessidade de purificação do mal praticado, consubstanciadas no “princípio de talião²¹⁵” que vigorou desde a antiguidade até à Idade Média.

Apesar da conotação negativa enraizada na lei de talião, esta foi reveladora de um princípio de justiça, pela relevância dada à proporcionalidade do castigo com o mal praticado. Indiferente ao caminho percorrido até à contemporaneidade, não deixou de consistir num passo positivo para a edificação da dignidade humana, pois tal entendimento já não se confundia com a mera vingança ou retaliação do mal pelo mal “*tortum per tortum*”.²¹⁶

²¹⁴ O Abolicionismo tem como principal defensor o criminólogo holandês Louk Hulsman.

²¹⁵ Os primeiros indícios do princípio de talião foram encontrados no Código de Hamurabi (1780 a.C.) no reino da Babilónia. Abrindo a premissa para que se faça desproporcionalmente “injustiça” pelas próprias mãos é vulgarmente conhecido como princípio “*olho por olho, dente por dente*”. Destaca-se ainda a vulnerabilidade da retribuição “compensadora” devido ao facto de o mal infligido como retribuição pelo delito não apagar o mal do causado com o delito, o que ocorre realmente é a soma de um segundo mal, pois retirar um olho ao autor do crime não devolve a visão à vítima.

²¹⁶ CAETANO, Marcelo - *História do Direito Português (SECSXII-XVI)*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 13

A sua disseminação deveu-se essencialmente a ordens de cariz religioso que entendiam a realização da justiça como um mandamento divino, onde o Juiz representante de Deus na terra estava legitimado para sua diligência.²¹⁷

Juridicamente descabidas no presente, não deixaram de marcar o século XIX, sustentadas pela ideologia alemã, através de autores como Kant e Hegel, afastadas no entanto do seu laicismo original.

Para Kant, a pena consistia num castigo ético justificável pelo valor moral da lei violada, justificava-se a sua aplicação pela mera violação da lei, resumia-se a um imperativo categórico.

Por sua vez Hegel, idealizava a pena como uma retribuição jurídica capaz de restaurar o direito através da imposição de uma violência contrária, que restabeleceria o equilíbrio no ordenamento jurídico violado. Classificando o crime como uma negação do direito e a pena como a negação da negação do crime, o delito seria anulado e o direito restabelecido.

Claus Roxin pela ausência de outras finalidades além da realização de uma noção de justiça, considerava a pena perigosa e pela ausência de limites ao poder punitivo do estado, entendia que esta «*concede, de certo modo, um cheque em branco ao legislador.*»²¹⁸ Enfatiza que a liberdade humana pressupõe a liberdade da vontade e que esta se opõe ao sancionamento por parte do estado. Quanto ao efeito retributivo e compensador da pena defende tratar-se de impulsos de vingança humana que «*só pode ser plausível mediante um acto de fé.*»²¹⁹

Figueiredo Dias rejeita as valências das teorias retributivas, não as considera em si mesmas teorias do fim da pena, pois atribuírem à pena uma identidade desligada dos seus fins: a socialização do delinquent e a ausência de finalidades preventivas. Argumenta que a legitimação da intervenção penal num estado de direito democrático, consubstanciado no pluralismo de expressão e na liberdade religiosa, não se submete a uma entidade sancionadora do pecado e do vício, pois o “*ius puniendi*” do estado resulta do depósito das vontades de homens livres numa autoridade soberana com competência para tipificar como crimes determinados comportamentos humanos e ligar-lhes sanções estritamente necessárias para garantir os direitos dos demais cidadãos.²²⁰

²¹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 45.

²¹⁸ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 16.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 19.

²²⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*, p. 47.

Apesar das críticas esta teoria reconheceu que a determinação da pena devia ser adequada a igualar ou compensar o mal resultante do crime, não resultando assim meramente do desvalor do facto, mas também de normativos legais que aferissem a culpa do agente.

Deve-se às doutrinas absolutistas, o mérito de terem erigido o princípio da culpa, reconhecendo que a retribuição deve ocorrer em função da culpabilidade do agente.

5.2 *Teorias Relativas ou Preventivas*

O moderno pensamento jurídico-penal de orientação preventiva repudia as penas consubstanciadas na mera retribuição, apesar de reter válido o conceito de culpabilidade.

As correntes que integram as teorias relativas consideram a pena como um meio adequado para a obtenção de fins vantajosos para o grupo social. No entanto à semelhança dos absolutistas a pena consiste num mal aceitável, por contribuir positivamente para a sociedade, legitimando-se assim a sua aplicação: *«para como tal se justificar tem de se usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, a prevenção ou profilaxia criminal.»*²²¹

Esta conceção não é isenta de críticas, visto que a aplicação de penas a seres humanos, ainda que consubstanciadas em fins utilitários ou pragmáticos, resume a pessoa humana à qualidade de objeto, o que na mesma linha do pensamento Kantiano é contrário à dignidade da pessoa humana.²²²

Com fundamento nas funções preventivas da pena, concebem-se essencialmente dois cursos que apesar de distintos, conservam um leito comum. Ambas idealizam a pena como instrumentos político-criminais destinados a intervir psicologicamente sobre a generalidade

²²¹ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49.

²²² No mesmo sentido Hegel, acrescentava que inquirar a pena com quaisquer fins de prevenção seria como *“levantar um pau contra um cão e tratar o ser humano não segundo a sua honra e liberdade, mas como um cão”*.

das pessoas, condicionando ou desmotivando a prática de crimes²²³, através da ameaça de sanções: a prevenção especial e a prevenção geral.²²⁴

5.3 *Prevenção Especial*

As teorias da prevenção especial devem o seu progresso ao pensamento das escolas positiva sociológica italiana e alemã na segunda metade do século XIX e século XX.

A pena é encarada como um instrumento que atua preventivamente sobre o próprio delinquente, factor que difere das teorias da prevenção geral que se destinavam à generalidade das pessoas.

Não pretende retribuir o delito praticado, mas sim prevenir que o mesmo autor pratique novos delitos, visam a ressocialização: corrigindo o corrigível; intimidando o intimidável; e só em último recurso, tornando inofensivo mediante uma pena privativa da liberdade os que nem são intimidáveis nem corrigíveis.²²⁵

As exigências da prevenção medem-se pela perigosidade, cuja aferição consiste num juízo de prognose sobre a probabilidade do condenado praticar futuros crimes, o que difere do juízo de culpa assente no facto passado. Pelo exposto o momento racional para a sua aplicabilidade é a sentença.²²⁶

Destas teorias de prevenção especial são mais remotas as “doutrinas da emenda”, ainda muito ligadas ao espiritualismo humano e ao seu livre-arbítrio. Idealizam a pena como um remédio para a alma, com um amplo sentido pedagógico de reeducação e recuperação moral do condenado, francamente difundidas pelo direito canónico desde a época medieval que vigorou até ao século XIX.

²²³ Podem ser inflacionadas por opção governativa, com o intuito de compensar para conter surtos mediáticos de determinadas tipologias criminais, no presente em voga: Violência Doméstica.

²²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*. 2007, p. 50.

²²⁵ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 20.

²²⁶ MARTINS, Lourenço A. - *Medida da Pena: Finalidades: Escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29.

As doutrinas “positivistas da defesa social” justificavam a finalidade da pena, pelo pressuposto de que o condenado é um doente, desvalorizavam o seu livre-arbítrio pela insignificância face às leis da necessidade natural.

Uma terceira orientação “teleológica e pragmática”, desenvolvida por Franz Von Liszt, individualizava a necessidade da pena segundo a personalidade dos delinquentes. Explicava o facto criminoso, colocando o indivíduo no centro da questão, onde era relevada a sua personalidade como critério determinante para aferição da pena, bem como as circunstâncias particulares que o levaram a cometer o delito.

Roxin aceitava que o estado direcionasse esforços terapêutico-sociais, mas apenas contra os inadaptados, considerava perigosa a impossibilidade da teoria da prevenção especial delimitar o poder punitivo do estado e deixar em aberto a questão da legitimidade das maiorias imporem às minorias que se adaptem aos seus modos de vida. Tal ocorrência colide com o princípio da liberdade e da autonomia de consciência. Refere ainda a impossibilidade teórica de penalizar crimes onde não existisse o perigo de repetição, como o caso dos intervenientes no holocausto hitleriano.²²⁷

Atualmente a prevenção especial positiva impõe-se ao estado de direito como dever de desenvolver meios necessários para a reinserção dos autores da prática de crimes.²²⁸

Como em última análise estas teorias visam prevenir a criminalidade: «*por isso, podem também considerar-se como teorias sobre os fins do direito penal*»²²⁹.

5.4 ***Prevenção Geral***

As teorias da prevenção geral contrariamente às doutrinas retributivas ligam-se diretamente às funções do direito penal, a tutela subsidiária de valores jurídicos. Bifurcam-se em duas vertentes: a negativa ou de intimidação e a positiva ou de integração.

²²⁷ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 21.

²²⁸ Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro - Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

²²⁹ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 61.

Na **prevenção geral negativa** a intimidação característica da pena é utilizada para conter os focos de criminalidade, aponta-se como principal crítica os perigos inerentes a um “*direito penal do terror*”, consequência menos evidente na sua vertente positiva, pela permeabilidade dada à prevenção e integração do delinquente.

Inspirada nos pensadores jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII²³⁰ a vertente negativa suporta a prevenção através da eficácia do exemplo fornecido com a aplicação de “**penas exemplares**”.

Na conceção desenvolvida por Paul Johann Anselm Von Feuerbach²³¹ no excuro da sua “teoria da coação psicológica”, em complemento do exemplo subjacente à pena, foi valorizada a função de ameaça implícita na lei penal, característica aceite como adequada a fomentar um contra motivo para a prática de crimes.

Os contra argumentos não se esgotam na ofensa da dignidade da pessoa humana resultante da redução do condenado a um objeto para exibição, com a finalidade de estimular o bom comportamento dos restantes membros da sociedade, outros problemas empíricos podem ser anotados: Desde logo, será questionável afirmar que determinada norma que impõe esta ou aquela penalização surtiu efeitos de controlo da criminalidade, pois tal carece de um conhecimento da norma no seu exato conceito jurídico-penal por parte dos destinatários, o que não se aplica ao cidadão comum.

Mesmo num cenário ideal onde os destinatários fossem francos conhecedores das normas, estes podiam não estar motivados a conformar o seu comportamento conforme o direito, pois se em teoria se pressupõe um delinquente capaz de calcular racionalmente os custos e benefícios alcançáveis através de alternativas legais ou ilegais para satisfação do seu bem-estar social, não pode ser ignorado o sentimento coletivo de impunidade vigente na sociedade e como tal a sua crença quanto às probabilidades de ser capturado e condenado.

Desde longa data que ocorre o envelhecimento dos escassos meios ao serviço da segurança e da prevenção da prática de delitos, desde os apetrechos das forças de segurança até aos demais recursos necessários para que os demais operadores embaraçados em milhares de processos em vias de prescrição possam fazer justiça.

Receia-se, que para fazer face à incapacidade dos meios preventivos, ocorra uma reação adversa do estado, através de um insensato aumento das molduras penais para garantir

²³⁰ Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria e Bentham.

²³¹ ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 23.

objetivos de eficácia, subvertendo das penas os critérios de quantidade e qualidade que inibem um Direito Penal máximo.

Será ainda de considerar que o efeito intimidatório pode divergir conforme o tipo do delinquente ou do meio social onde está inserido, pois algumas condutas ilegais podem ser isoladamente prestigiantes ou tidas como rituais para integrar grupos sociais.

A **prevenção geral positiva**, também designada de integração ou estabilizadora, não esclarece em que âmbito a criminalidade atribui ao estado a faculdade de aterrorizar pessoas com o Direito Penal.

Nesta vertente o condicionamento das massas não ocorre tanto pela intimidação através da natureza aflitiva das sanções penais, acresce-lhe uma função pedagógica que procura influir positivamente na comunidade o reforço da consciência jurídica e a predisposição para cumprir as normas através da educação coletiva e consequentemente a conformação interior dos destinatários, para a fidelidade ao direito: *«Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo o caso com delinquentes profissionais, nem tão-pouco com delinquentes impulsivos ocasionais.»*²³².

Para Germano Marques da Silva o intervencionismo desta doutrina na conformação de consciências através do direito penal só é aceitável, como condição necessária à realização do bem comum da sociedade.²³³

A prevenção geral positiva difunde a confiança da validade e vigência normativa, ligada à proteção de bens jurídicos essenciais, admitindo que a pena *«deve ter limites inultrapassáveis ditados pela culpa, que se inscrevem na vertente liberal do Estado de Direito e se erguem justamente em nome da inviolável dignidade pessoal»*²³⁴.

A maior objeção que se levanta contra a prevenção geral, prende-se com a falta de justificação para o estado castigar indivíduos não em consideração a eles próprios, mas em consideração aos demais indivíduos da sociedade, sobre quem faz pairar uma ameaça constante:

²³² ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: VEGA, 2004, p. 24.

²³³ SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral I*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 48.

²³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 53.

«11- Estamos em crer que essa mesma tutela dos bens jurídicos só é cabalmente conseguida se a pena representar, aos olhos da comunidade, uma medida suficientemente dissuasora de comportamentos semelhantes no futuro. Ora, uma pena de 3 anos de prisão não cumpre minimamente esse desiderato, por não ter a virtualidade de poder ser vista pela comunidade como uma séria advertência contra a prática de crimes tão graves como é o de homicídio qualificado, em particular quando se atenta de uma forma tão séria contra a vida e contra a autoridade pública!»²³⁵

5.5 **Teorias Mistas ou Unificadoras**

Com fundamento nas questões sumariadas procurou-se unificar as finalidades da pena, reunindo os aspetos mais notáveis das teorias absolutas e relativas, tentando abranger a vastidão e complexidade dos fenómenos sociais. Tal composição deu origem às denominadas **teorias mistas ou unificadoras**.

As teorias mistas englobam como critérios limitativos da intervenção da pena jurídico-penal, tanto a retribuição como o princípio da culpabilidade.

Esta construção aspira limitar a pena através de dois critérios intransponíveis: a pena não pode ultrapassar a responsabilidade decorrente do facto praticado, para além do alcance dos fins de prevenção geral e da prevenção especial.

A difícil articulação suscitada pelas visões politico-filosóficas embrionariamente distintas impede que sejam utilizados os raciocínios extremos imanentes às várias teorias ou assegurar uma justaposição credível.

Qualquer adição doutrinal pode ser propensa a aumentar o âmbito de aplicação da pena, convertendo-se assim num perigoso mecanismo de reação do estado capaz de promover a violência sobre os destinatários das normas.

²³⁵ AC STJ n.º SJ200612200033843 de 20-12-2006.

5.6 O Sistema Sancionatório Português

No sistema sancionatório português para determinar uma sanção penal parte-se de um tipo legal de crime tipificado na parte especial do código penal ou legislação penal extravagante.

Compete ao juiz subsumir os factos dados como provados e determinar a medida da pena, segundo o *princípio da jurisdição*²³⁶ o exercício de conhecer dos feitos criminais está limitado à via jurisdicional, cabendo aos tribunais detentores exclusivos do poder de julgar, realizar a justiça de forma confinada e harmonizada pelos princípios constitucionais e demais princípios enformadores do direito penal e processual penal.

No âmbito dos princípios orientadores jurídico-constitucionais destacam-se os princípios: “*da legalidade*” que abarca as medidas de segurança (art.º 29º da CRP); “*da congruência*” (analogia) substancial entre a ordem axiológica constitucional e os bens jurídicos tutelados pelo direito penal (art.º 18º da CRP) cuja intervenção está limitada pelos critérios da necessidade e da subsidiariedade e pelos princípios “*da proibição do excesso*” em matéria de penas (art.º s 1º, 13º e 25º da CRP) e ainda pelo princípio “*da proporcionalidade*” em matéria de medidas de segurança.

Só as finalidades de prevenção geral ou especial justificam a aplicação das penas ou medidas de segurança, devendo ser preferencialmente aplicadas penas não privativas da liberdade face às penas privativas.²³⁷

Realça-se ainda o “*princípio da socialidade*” que incumbe ao estado o dever de ajuda e solidariedade para com o condenado, no sentido de lhe proporcionar as condições necessárias para sua reintegração (art.º s 2º e 9º da CRP).

Encerra-se o circuito constitucional elegendo pela proeminência contextual o art.º 1.º da CRP, que descreve Portugal como: “*uma República soberana, baseada na dignidade da*

²³⁶ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Rei dos Livros Editora, 2010, p. 30.

²³⁷ São **Penas Principais** as que estão expressamente previstas para sancionamento dos tipos legais, independentemente de quaisquer outras (pena de prisão e de multa quanto às pessoas singulares, quanto às pessoas coletivas pena de multa e a de dissolução). As **Penas Acessórias** são penas cuja aplicação pressupõe a fixação na sentença condenatória de uma pena principal ou de substituição (Pessoas singulares, artigos 66º, 67º, 69º, 152º, n.º 4, 179º, 246º e 346º do CP, quanto às pessoas coletivas artigos 90ºG, 90ºJ, 90ºH, 90ºI, 90ºL e 90ºM do CP). **Penas de Substituição**, são as que são aplicadas em substituição de uma pena principal (artigos 43º, n.º 1, 43º, n.º 3, 44º, n.º 1, alínea a), 45º, 46º, 50º, 58º e 60º do CP, relativamente às pessoas singulares e as penas previstas nos artigos 90ºC, 90ºD e 90ºE do CP, relativamente às pessoas coletivas e equiparadas).

pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O respeito pela “dignidade da pessoa humana” consiste num dever constitucional a considerar no tratamento dos cidadãos em sede de julgamento, onde ninguém pode ser condenado sem que o Julgador esteja seguro de que o arguido possui capacidade de avaliação dos seus atos, pois de acordo com o seu entendimento lhe é conferida a culpa. Razão que justifica que as medidas de segurança sejam aplicadas inimputáveis e apenas àqueles que pratiquem delitos que constituam um perigo comprovado para a sociedade.

O art.º 18º da CRP circunscreve aos casos expressamente previstos na constituição a restrição de direitos, liberdades e garantias, e somente na medida necessária a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Por conseguinte, as medidas restritivas carecem de ter um carácter geral e abstrato, estão expurgadas de efeitos retroativos e impossibilitadas de diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

O sistema sancionatório português está vinculado ao respeito da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, rejeita a pena de morte e as sanções de cariz perpétuo, ilimitado ou indefinido.

A dignidade assenta no genoma humano, como tal estende-se aos inimputáveis e condenados (art.ºs 24º e 30º da CRP), a Constituição protege a inviolabilidade da integridade moral e física de todas as pessoas (art.º 25º da CRP), bem como o direito à liberdade e à segurança (art.º 27º da CRP), cuja privação só pode ocorrer em virtude de sentença condenatória ou medida de segurança, cujas preeminências são extensíveis à prisão preventiva (art.º 28º da CRP) ao recurso e à providência de “*habeas corpus*” (art.º 31º da CRP).

A legitimidade da sanção criminal (art.º 29º da CRP) exige uma exata interpretação e obediência aos princípios e cânones da hermenêutica, podendo os cidadãos condenados invocar o direito à revisão da sentença e consequentemente vir a ser indemnizados pelos danos sofridos.

No âmbito do Código Penal pelo relacionamento da culpabilidade com a prevenção pretendida com a pena, segundo a conceção de que as sanções privativas da liberdade constituem a “*ultima ratio*” da política criminal, pautada pelos critérios da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade (artigos 79º a 98º do CP), salientam-se algumas disposições relativas às finalidades da pena e das medidas de segurança (art.º 40º do CP), bem

como os critérios subjacentes à sua escolha (art.º 70º do CP), a mediação da sua dimensão (art.º 71º do CP) e as possibilidades da sua atenuação especial (art.º 72º do CP).

Nos artigos 13º a 15º o Código Penal encontram-se as duas modalidades de culpa possíveis, o dolo e a negligência, que abrem caminho para o erro sobre as circunstâncias de facto ou de direito de um tipo de crime ou sobre proibições, cujo conhecimento fosse razoavelmente indispensável para a tomada de consciência da ilicitude (art.º 16º do CP) o que pode excluir o dolo.

Neste contexto refere-se ainda o erro sobre a ilicitude (art.º 17º do CP), que de acordo com a censurabilidade ou não do erro revela a culpabilidade que consubstancia a punição ou o benefício de uma atenuação especial da pena.

Por conseguinte, caso o agravamento da pena decorra do resultado (art.º 18º do CP), este não pode ser imputado ao agente sem culpa, a menos que a título de negligência.

A definição de anomalia psíquica (art.º 20º do CP) para efeito imputabilidade diminuída, pressupõe que a colocação nesse estado não possa ser censurável ao agente.

A culpa do comparticipante (art.º 29º do CP) afere-se individual e independente dos demais comparticipantes²³⁸.

A controversa alteração que promoveu uma diminuição da culpa na figura do crime continuado (art.º 30º do CP).

Quanto às causas que excluem a culpa enumera-se: o excesso de meios na legítima defesa (art.º 33º do CP) que carece da não exigibilidade de conduta diversa; o estado de necessidade desculpante (art.º 35º do CP) operante através da indispensabilidade de atuar ilicitamente para afastar um perigo atual para a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou terceiro, desde que não seja razoável exigir comportamento distinto, admitindo caso o perigo ameace interesses jurídicos não eminentemente pessoais uma pena especialmente atenuada ou dispensa de pena. O funcionário que cumpra ordem (art.º 37º do CP) sem ser evidente a proibição da conduta age sem culpa²³⁹.

Na dispensa de pena (art.º 74º do CP) aglomeram-se os ditames dos fins da pena permitindo ao tribunal não aplicar sanções se a ilicitude e a culpa forem diminutas, de onde se

²³⁸ Unidade do ilícito e pluralidade de culpas.

²³⁹ A ordem de um superior que conduza à prática de um crime não tem que ser obedecida pelo subordinado: Conflito de Deveres - art.º 36º do CP.

retira a não obrigatoriedade de sancionar a culpa, desde que ressalvados os fundamentos da prevenção geral ou especial.

A agravação da pena com fundamento na reincidência (art.º 75º do CP) depende da circunstância censurável das condenações anteriores não terem servido como suficiente advertência.

Relacionado com a determinação da pena ressalvam-se ainda as regras da punição do concurso de crimes (art.º 77º do CP), o conhecimento superveniente desse concurso (art.º 78º do CP) e a punição do crime continuado (art.º 79º do CP).

Importa referir a não automaticidade dos efeitos das penas (artigos 30º, n.º 4, da CRP e ainda 65º do CP) e a tendência monista de não aplicar simultaneamente pelos mesmos factos, ao mesmo agente uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade, como decorre do regime da pena relativamente indeterminada (artigos 83º; 84º e 85º do CP) em articulação com a declaração de inimizabilidade (artigo 20º, n.º 2 do CP) e do regime de execução das penas e das medidas de segurança privativas da liberdade (artigo 99º do CP).

No âmbito do Código de Processo Penal, ligado à determinação da pena destaca-se, a possibilidade do Ministério Público, na acusação ou por requerimento, se for superveniente o conhecimento do concurso, limitar a pena em concreto a um máximo de 5 anos (art.º 16º n.º 3 do CPP). Compete ao Ministério Público colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, na sua intervenção processual deve cingir-se a critérios estritamente objetivos, pertence-lhe ainda promover a execução das penas e medidas de segurança (art.º 53º do CPP).

Sobressai ainda, a obrigatoriedade de defensor para o arguido (art.º 64º do CPP) para atos processuais mais graves e quando possa vir a ser impugnada a sua validade ou correção.

Antes da determinação da pena ou medida de segurança precede-se à inquirição de testemunhas sobre factos relativos à personalidade e carácter do arguido, bem como sobre as suas condições pessoais e condutas anteriores (art.º 128º do CPP).

Constituem objeto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência mas também inexistência de um crime, apurar a punibilidade ou não do arguido e consequentemente para a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (art.º 368º do CPP).

Quanto à circunscrição dos factos necessários para determinação da sanção e a sua obtenção concreta relacionam-se os art.º 339º n.º 4 com o art.º 369º, ambos do CPP.

Releva-se ainda a importância do relatório social, que permite conhecer características da personalidade do arguido e do seu ambiente (art.º 370º do CPP).

Quanto à reabertura da audiência para a determinação da sanção através da produção de prova suplementar, com a audição de perito em criminologia, técnico de reinserção social e quaisquer pessoas que possam depor sobre a personalidade e condições de vida do arguido (art.º 371º do CPP).

Não se podia deixar de destacar a importância do teor da sentença condenatória, onde se fundamentam as escolhas da sanção e sua medida, o seu início, regime e deveres impostos ao condenado, o seu término e plano individual de readaptação social (art.º 375º do CPP).

5.7 *Considerações Finais*

Ao longo da história entre progressos e reveses de políticas criminais e doutrinárias atribuíram-se às penas diferentes finalidades, algumas questões continuam a carecer de justificação no presente, desde a racionalidade da sua própria existência à legitimidade da sua aplicação pelo soberano, até à submissão de homens livres, ainda que por necessidade tenham cedido parte da sua liberdade²⁴⁰.

Pelo breve percurso ao longo das principais correntes tentou-se frisar que nenhuma concepção está isenta de críticas, aceitar os fins da pena dentro das concepções da retribuição e prevenção originais, implica negar os fins do contemporâneo direito que consiste no bem comum, já as sanções são meros instrumentos para reforçar a imperatividade das normas: *«Nem toda a regra é necessariamente assistida de sanção. Pode haver regras não sancionadas. Mas a existência de sanções é natural consequência da imperatividade.»*²⁴¹

Tanto as teorias absolutas como as relativas, quer nas vertentes de prevenção geral quer da prevenção especial, ofendem a dignidade da pessoa humana, cujo garante é

²⁴⁰ BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.65.

²⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 62.

circunstância inseparável dos fins últimos de um direito penal amurado aos princípios do Estado de Direito Democrático.

Se por um lado as teorias retributivas idealizam a pena como um fim em si mesma, as teorias preventivas instrumentalizam o homem, para alcançar a sua ressocialização e manipular a sua consciência individual.

O mesmo se pode afirmar relativamente às teorias ecléticas, mistas ou unificadoras, devido ao fracasso ideológico das suas justaposições.

As teorias dos fins da pena serão apenas valoradas de acordo com a dimensão dos resultados que a implementação prestigiou a humanidade, patamar que na íntegra nunca será arrogado.

Admitindo que a teoria mista ou integradora seja a que melhor se adapta ao atual quadro jurídico-penal português, pela pretensão de conter exageros e razoabilidade de admitir a imposição de penas meramente para fins socialmente construtivos, não pode a sua determinação ocorrer sem ponderação da necessidade de restringir a liberdade, nem ultrapassar a sua culpa individual, aferida objetivamente. Sendo certo que ninguém está acima da lei, os seus critérios e regras de aplicação não se devem obscurecer com o estatuto funcional dos arguidos.

Falar de direito penal implica ter presente que este é uma agressão dirigida a toda a comunidade, a aflição que lhe está implícita pende sobre todos, certamente não será sentida com a mesma intensidade pelos destinatários, pois uns terão mais a perder com a punição que outros, dependentemente das posições sociais, dos estatutos profissionais ou da fragilidade económica.

Deve ter-se em conta que as maleitas da pena não punem apenas o condenado, alastram-se a terceiros com quem este tenha assumido compromissos e também à inocente célula familiar onde o autor não raras vezes é o bastião.

Reforça-se neste ponto que as sentenças açucaradas pela índole profissional não respeitam os princípios enformadores do estado de direito, visam apenas através da expiação do funcionário calar a opinião pública. Nenhuma eficácia preventiva se espuma para além de um exacerbado “medo” direcionado apenas a alguns, quando devia ser aplicada uma sentença racional: *«que a retribuição no terreno dos princípios, consiga harmonizar de tal modo o*

*grau de culpabilidade com a gravidade da pena que a sentença seja considerada justa pelo autor do crime e pela colectividade*²⁴²”.

Assim, as discriminações negativas consubstanciadas nos “deveres ou ossos do ofício” das funções públicas dos arguidos no quadro jurídico português não devem deturpar a justiça e muito menos se em juízo estiverem factos relativos à vida extrafuncional.

Os funcionários não auferem retribuições que amortizem os dilemas a que os demais cidadãos estão sujeitos, como a insuficiência económica para uma existência condigna ou compatível com os deveres que lhe são impostos, ser funcionário é ser um trabalhador ao serviço do público, o seu vencimento é a contrapartida do esforço despendido no trabalho, onde consome o seu tempo de vida e desgasta a sua saúde, não é um regime voluntariado, nem uma ordem espiritual, merecem por isso ser tratados como pessoas.

Refere-se ainda que a pena retributiva com a mera intenção de demonstrar um exemplo à comunidade, resulta de preconceitos totalitários ainda sobreviventes na mente coletiva dos povos, mas causam ao “*homo dolens*”²⁴³ sofrimentos desiguais, pois a forma como se sente, depende do seu grau civilizacional, do nível de instrução, ou na medida em que consiga aferir a atrocidade das penas de que é vítima.

Conter os instintos negativos de alguns cidadãos para proteção dos demais é uma competência do estado de direito democrático, mas não pode ser obtido através da mitigação da dignidade da pessoa humana, através do recurso a penalizações exemplares fomentadoras do terror penal, como salienta Faria Costa:

*«...teremos, por certo que em férrea decorrência lógica, também que anuir que o direito penal é um instrumento de potenciação do mal. Teremos que ter por bom que uma importantíssima área da nossa vida colectiva se rege por um princípio da maximização do mal, por um princípio de adição de males.»*²⁴⁴

A República deve através de um investimento sério nos diversos operadores da justiça, criar condições para que a maioria dos infratores sejam levados à justiça²⁴⁵ para serem responsabilizados dentro dos limites da sua culpa, ao invés de promover uma injustiça

²⁴² MARTINS, Lourenço A. - *Medida da Pena: Finalidades: Escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 67.

²⁴³ COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 84.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 218.

²⁴⁵ DONÁRIO, Arlindo Alegre - *Aumento das Sanções ou das Probabilidades de Aplicação da Lei?* Lisboa: EDIUAL, 2010, p. 32-33.

mediática, publicitada através dos meios de comunicação social para através da imposição de um manto de terror minimizar os custos da justiça.

«...se não imediatamente oposta ao bem público e ao próprio fim de impedir os delitos – fosse apenas inútil, mesmo nesse caso ela seria contrária não só aquelas virtudes benéficas que são o efeito de uma razão iluminada – que prefere dirigir homens felizes a um rebanho de escravos...»²⁴⁶.

A evidência da culpa não legitima por si só a submissão a uma pena, esta apenas é admissível se for imprescindível aos fins da prevenção geral e desde que a sua execução se conforme com a prevenção especial, em prol de um direito Penal respeitador da dignidade da pessoa humana, onde a pena tem a máxima utilidade e o mínimo sofrimento necessário.

Outro reparo prende-se com o respeito pela dignidade da pessoa humana, no seio das precárias condições do sistema prisional²⁴⁷, pois se é criticável que qualquer condenado tenha esse direito assegurado no meio prisional, os funcionários condenados a penas carcerárias, frequentemente são vítimas por parte dos demais “utentes” dos centros prisionais: *«Problema é saber se não a pena, mas a sua aplicação não deve fazer-se em termos que respeitem a intocável dignidade.»*²⁴⁸

Segue-se uma breve reflexão sobre o direito disciplinar português, onde se esgrime que decorridas mais de três décadas sobre a Constituição de 1976, muitos dos princípios nela consagrados, continuam a não ter aplicação no direito disciplinar.²⁴⁹

De acordo com a intemporal sabedoria de Santo Agostinho: *“Afastada a justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões?”*²⁵⁰

²⁴⁶ BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.67.

²⁴⁷ GOMES, Rui Sá - Prisões com 1400 reclusos a mais. **Correio da Manhã**. Lisboa (9 julho 2012), p. 1 e 6.

²⁴⁸ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 50.

²⁴⁹ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 14.

²⁵⁰ AGOSTINHO, Santo - *A cidade de Deus*. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 383 – Nesta intemporal passagem, Santo Agostinho relata a resposta que um pirata terá dado a Alexandre Magno, depois deste o ter questionado, que lhe parecia isso de infestar os mares? O pirata respondeu-lhe “O mesmo que a ti parece isso de infestar todo o mundo; a mim porque o faço com um pequeno navio, chamam-me ladrão; e a ti porque o fazes com uma grande armada, chamam-te imperador”.

6 FUNDAMENTO E NATUREZA DO DIREITO DISCIPLINAR

Questão central que se pretende suscitar neste capítulo são as relações entre o direito penal e o direito disciplinar, tanto no que toca à similitude da natureza de ambos, como na não assimilação pelo direito disciplinar dos princípios oriundos do direito penal e processual penal.

Inveja-se desde logo uma ação disciplinar penalista como ocorre no vizinho sistema espanhol, onde o poder sancionador do estado é uno: *«Esta concepção unitária leva a que todo o poder sancionador da Administração esteja sujeito aos mesmos princípios constitucionais considerados fundamentais para a realização do Estado de direito.»*²⁵¹

Decorridas várias gerações desde o golpe militar que assolou a madrugada do dia 25 de abril de 1974, continua a negar-se aos funcionários uma lei disciplinar que estabeleça uma correspondência pautada por critérios jurídicos entre sanções e infrações, aferidas no decurso de um processo pautado pelas virtudes do processo criminal e definido como *«uma sequência de actos juridicamente pré ordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão se foi praticada alguma infracção.»*²⁵²

Contrariamente deixa-se *«a quem haja de decidir um amplo poder discricionário para punir as infracções verificadas.»*²⁵³

Nem pela ordem jurídica, nem por parte dos seus destinatários é visível uma franca reprovação da principal característica do direito disciplinar: *«A infracção criminal é típica; ao passo que a infracção disciplinar; por via da regra, é atípica, bastando que o facto caiba na definição genérica de violação dos deveres funcionais»*²⁵⁴.

A conformação dos seus destinatários suscitou ao longo deste trabalho várias interrogações quanto ao seu relevo ou necessidade, pois aparentemente os funcionários estão conformados com a repressão exacerbada que os persegue e no sentido a que se refere Anabela Miranda Rodrigues: *«a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado»*.²⁵⁵

²⁵¹ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 587.

²⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 19.

²⁵³ CAETANO, Marcelo - *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 317.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 309.

²⁵⁵ *Apud*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Prisão a Metamorfose da Benevolência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 27.

Na vasta administração pública os funcionários são melhor identificados pelo número mecanográfico, do que pelo nome próprio. No seio de tamanha desumanização impera o medo da estrutura hierárquica que titula o poder disciplinar. Este dogma amordaça a revelação das faltas mais graves, perpetradas pelos funcionários colocados nas categorias de topo, razão que valida por si só, que não deva ser ignorado o pranto dos funcionários condenados através dos cartéis da injustiça, onde a determinação da pena resulta mais do preconceito sobre a sua personalidade, do que da falta cometida, cuja avaliação foi determinada através de um procedimento desprovido de título, porque se titulado fosse, por dote ou herança, não teria existido processo ou o seu desfecho seria previsível.

6.1 *A legitimidade da Administração*

A vigência do estado de direito democrático fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, assegurar tão ambiciosa tarefa incumbe ao estado democrático o dever de defender a liberdade de todos, começando esta necessariamente na limitação das intervenções do próprio estado na vida íntima e particular das pessoas.

A promoção da justiça carece da efetivação dos princípios: da legalidade, da segurança jurídica, da separação de poderes, da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos e dos múltiplos subprincípios seus corolários. Estes ditames não são mero programa constituinte, são bases estruturantes do estado de direito e vinculam o exercício dos poderes públicos, independentemente destes serem direcionados aos funcionários ou demais administrados, como acentua Figueiredo Dias: *«todo o poder de direcção, geral ou concreto, interno ou externo, depara com o limite inultrapassável do princípio da legalidade.»*²⁵⁶

A obrigação de respeito pelos princípios constituintes dirige-se desde logo a montante ao legislador, o desrespeito pode acarretar para o estado a obrigação de indemnizar civilmente os lesados, caso tenha aprovado atos legislativos contrários à Constituição, muito particularmente no que toca ao desrespeito pelos direitos fundamentais.

Encontrando-se a validade das leis e dos demais atos do estado e consequentemente de

²⁵⁶ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 375.

todas as entidades públicas dependentes da sua conformidade com a constituição²⁵⁷, a instrumentalização da pessoa do funcionário como “exemplo” ofende a dignidade da pessoa humana, cujo garante consiste no principal fundamento do estado de direito, razão que levou a ser plasmada pelo legislador exatamente no art.º 1ª da Constituição da República Portuguesa.

Estando a administração constitucionalmente vinculada à realização do interesse público²⁵⁸ e coexistindo o poder disciplinar como um instrumento adequado para a sua prossecução com eficácia, através da repressão dos funcionários que não cumpram as suas funções ou que destas abusem em detrimento dos fins da administração, questiona-se onde reside o substrato que admite que o poder disciplinar sancione ocorrências ou desavenças particulares dos funcionários, uma vez que o texto constituinte apenas refere: “são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”²⁵⁹

Depreende-se que ocorre uma limitação da liberdade do funcionário com a ininterrupta intromissão do poder sancionatório do estado, através da ingerência do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública²⁶⁰ e suas variantes²⁶¹, na vida particular do funcionário, com a agravante de se repercutir ao longo da sua reforma, cessando apenas por morte, o que não tem paralelo no regime laboral comum.

*“Não deixa, porém, de ser curioso que o objectivo confesso do diploma seja o de proceder a uma aproximação ao regime laboral e se continue a empregar o termo "estatuto", que aponta exactamente para um regime substancialmente diferente do laboral.”*²⁶²

A referência a um "estatuto" é apontada como uma das principais diferenças entre o sector privado e o público que se vê obrigado a fazer prevalecer o interesse coletivo, lançando «o servidor público para uma relação especial de poder, desprovida de normatividade...»²⁶³

Apesar das alterações produzidas com a revogação do Decreto-lei 24/84, de 16 de

²⁵⁷ Soberania e Legalidade - Art.º 3 n.º 1 da CRP.

²⁵⁸ Princípios Fundamentais - Art.º 266 n.º 1 da CRP.

²⁵⁹ Responsabilidade dos Funcionários e Agentes - Art.º 271 n.º 1 da CRP

²⁶⁰ Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro.

²⁶¹ Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública - Lei n.º 7/90 de 20 de fevereiro; Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana - Lei n.º 145/99 de 1 de setembro.

²⁶² MOURA, Paulo Veiga e - *Estatuto Disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 9.

²⁶³ *Ibidem*, p. 9.

janeiro, na sua plenitude o procedimento disciplinar continua a não estar vinculado ao respeito pelos princípios constitucionais, subsistindo a tradicional doutrina portuguesa, ainda muito alicerçada ao pensamento do Professor Marcelo Caetano, para quem o processo disciplinar se caracterizava como “simples e dútil”, regido pelos princípios da oportunidade e da atipicidade das infrações e da livre escolha das penas aplicáveis dentro de elenco disponível, essencialmente fundamentado na personalidade do faltoso.

Desde logo, repudia-se a permanência de um “direito disciplinar” atentatório da dignidade da pessoa humana:

«...a dignidade da pessoa humana foi expressamente reconhecida por vários sistemas jurídicos integrados na família romana-germânica como o próprio fundamento do direito; e a respectiva salvaguarda foi a estes erigida em finalidade precípua da acção dos poderes públicos²⁶⁴”.

Esclareça-se o que acabou de ser dito, utilizando para o efeito a possibilidade de ser requerida a “Suspeição do Instrutor”²⁶⁵. Este mecanismo tem a finalidade de garantir a isenção e retidão da conduta do instrutor a quem foi distribuído um processo disciplinar. Pode ser suscitado tanto pelo arguido, como pelo participante, com base em circunstâncias diversas das elencadas na norma que são apenas exemplificativas²⁶⁶.

Visa impedir a intromissão de eventuais preconceitos resultantes de relações pessoais ou interações institucionais entre o instrutor o arguido e o participante, suscetíveis de desencadear numa investigação afunilada, favorável à subscrição de uma punição desadequada, aferida à margem de critérios de proporcionalidade ou adequação. No mesmo sentido, a possibilidade do participante deduzir a suspeição do instrutor, com base nos mesmos fundamentos, impede que o desenrolar do processo seja permeável a promíscuos favorecimentos ou proteção do arguido.

Apesar da semelhança com o procedimento dos impedimentos, escusas e suspeições previstos no Código de Processo Penal²⁶⁷, fundamentado na mesma necessidade de garantir a imparcialidade, só aparentemente se verifica uma afinidade entre os dois mecanismos, uma vez que no procedimento processual penal, excluída a permeabilidade do juiz às pressões

²⁶⁴ VICENTE, Dário Moura - *Direito Comparado*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 113.

²⁶⁵ Suspeição do Instrutor - Art.º 43 do EDTAP.

²⁶⁶ MOURA, Paulo Veiga e - *Estatuto Disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 227.

²⁶⁷ Art.º s 39 a 47 do CPP.

mediáticas, nem as magistraturas, nem os tribunais, beneficiarão com a condenação do faltoso, mas muito certamente com a realização da justiça.

Contrariamente é provável que em certas situações exista um certo interesse da administração na penalização do funcionário, para sacudir da “água do capote”²⁶⁸ e restabelecer a confiança nas instituições ou serviços públicos.

Por outro lado, os funcionários “inquiridores” não possuem formação jurídica adequada e os seus critérios valorativos derivam de uma aprendizagem institucional fechada, indiferente à evolução semântica do mundo real, o que pode fazer emergir convicções remotas, mas ainda remissivas nas mentes coletiva dos instrutores, avessas ao espírito democrático.²⁶⁹

Por norma, os elementos que dirigem ou realizam os procedimentos disciplinares, prestam ou prestaram serviço na mesma instituição pública ou mais sucintamente nos mesmos serviços do arguido, onde mesmo não existindo laços pessoais, levantam-se questões relativas ao facto destes serem conhecidos, a simpatia por ostentarem idêntica veste, categoria ou patente.²⁷⁰

Para concluir, importa frisar que os instrutores desempenham as suas funções sujeitos a uma pressão hierárquica constante, cuja não subserviência pode acarretar prejuízos para prossecução na carreira, que pode ser condicionada pelo procedimento de avaliação de serviço, que vincula todos aos interesses superiores da instituição.

6.2 *Natureza das Sanções Disciplinares*

Para coesão de qualquer grupo de pessoas incumbido de realizar com eficiência determinados fins é necessária a observância de normas de conduta adequadas e uniformes, justificando-se pelo seu desrespeito ou incumprimento a aplicação de sanções disciplinares

²⁶⁸ Face as pressões da comunicação social tornou-se frequente afirmar publicamente que foi ordenado um inquérito, e que os funcionários envolvidos foram suspensos até que sejam apuradas responsabilidades, etc... Atribuir a responsabilidade a um funcionário expurga e enaltece a potabilidade da administração.

²⁶⁹ A título de exemplo, o Regulamento Disciplinar da PSP consiste num diploma de 1990, desde então numerosas práticas foram descriminalizadas ou mereceram despenalizações, sem que o diploma as assimilasse.

²⁷⁰ Nomeação do Instrutor - Art.º 42 do EDTAP.

para corrigir e prevenir:

*«...fazerem sentir ao autor do facto punido a incorrecção do seu procedimento e a necessidade de melhorar a sua conduta; e previnem, pois não só procuram evitar que o agente castigado volte a prevaricar, como servem de exemplo a todos os outros, mostrando-lhes as consequências da má conduta.»*²⁷¹

O facto praticado voluntariamente pelo funcionário com violação de algum dos deveres que lhe assistem pela sua qualidade consiste na Infração Disciplinar.²⁷²

Como manifestação claríssima do móbil do direito disciplinar, surge a necessária manutenção da disciplina: *«Recompensas e sanções penais são meios classicamente empregados para manter a disciplina.»*²⁷³

Marcelo Caetano distingue dois aspetos essenciais no conceito de disciplina o *«aspecto objectivo como o conjunto de normas que num dado grupo social asseguram a sua coesão e a realização dos fins que o justificam; ou pelo aspecto subjectivo dos deveres a que está sujeito cada um dos membros de certo grupo social nas suas relações com o próprio grupo e com os outros membros.»*²⁷⁴

Das várias teorias que visam aferir a natureza das sanções disciplinares, destacam-se pela franca oposição duas concepções: a administrativa e a penalista.

No sistema português continua a seguir-se a concepção perfilhada antes da Constituição Democrática de 1976²⁷⁵, pode afirmar-se que mais se adequa à sua caracterização a concepção administrativa, onde as sanções disciplinares possuem uma identidade distinta e estão sujeitas a princípios próprios, não necessariamente coincidentes com os princípios do direito penal: *«o processo disciplinar é independente e autónomo do processo criminal»*²⁷⁶.

O fundamento originário do poder disciplinar reside na existência de uma hierarquia e nas relações de especial sujeição dos funcionários à administração, sendo este utilizado para sancionar aqueles que prejudiquem o bom funcionamento do serviço, mas também para

²⁷¹ CAETANO, Marcelo - *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 316.

²⁷² *Ibidem*, p. 310.

²⁷³ *Ibidem*, p. 307.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 306.

²⁷⁵ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 43.

²⁷⁶ AC STA, de 7/01/2009, Proc. 223/08.

demonstrar um carácter ético para preservação da honra e dignidade corporativas: «*O advento dos Estados de Direito Democráticos a consagração do princípio da legalidade, dos direitos fundamentais, do controlo jurisdicional da actividade administrativa veio pôr em crise o conceito de relação especial de sujeição*»²⁷⁷.

Pela circunstância das relações de especial sujeição não se harmonizarem com o princípio da legalidade e contrariarem direitos fundamentais de forma diversa das previstas na Constituição e não existir uma adequada tutela jurisdicional das práticas da Administração, tal figurino não deve subsistir no presente quadro constitucional.

No vigente estado de direito deve ser de reprovar que uma das finalidades do direito disciplinar, seja o de salvaguardar o prestígio e dignidade corporativos, pois se pode reflectir-se num sancionamento excessivo que enaltece a pureza através da expiação dos faltosos para saciar manifestações mediatizadas, por outro lado pode funcionar como uma “armadura” reforçada pelos funcionários intervenientes no procedimento disciplinar, consubstanciados no espírito de corpo, o que pode levar a que sejam suscitadas dúvidas pelos lesados quanto ao desfecho do processo.

Face ao exposto o direito disciplinar deve ser visto como mais um dos meios ao dispor da administração para melhor servir os interesses gerais, devendo apenas intervir dentro dos limites da Constituição²⁷⁸.

O legislador deve ainda delimitar as condutas dos funcionários que são incompatíveis com as suas funções e as sanções correspondentes, cumprindo-se o requisito da segurança jurídica ao subtrair à Administração um poder irregular, arbitrário e atípico.

O défice de direito, exige que a conceção administrativa seja abandonada a favor da conceção penalista onde existe uma entidade substancial entre o ilícito penal e o disciplinar, suportado pela unidade do “*ius puniendi*” do estado, por conseguinte urge que a apreciação de infrações disciplinares sejam cometidas aos tribunais criminais, como garantia de que a sanção disciplinar não será mais gravosa de que a sanção penal.

Distingue-se dos fundamentos do direito disciplinar a sua natureza e a das suas sanções, que são idênticas ao poder punitivo geral, são reservadas ao direito penal as infrações mais graves enquanto as mais leves são punidas disciplinarmente, as suas diferenças são

²⁷⁷ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. 2011, p. 588.

²⁷⁸ Responsabilidade dos Funcionários e Agentes – Art.º 271 da CRP.

somente quantitativas.²⁷⁹

A doutrina portuguesa não acompanhou a doutrina espanhola, na distinção entre a natureza do direito disciplinar e o seu fundamento²⁸⁰, visto que nesse sentido, tratando-se de um poder de carácter repressivo ou penal, não poderia pertencer à Administração, mas apenas e em regime de exclusividade ao juiz penal, que detém num Estado de Direito a premissa da função de julgar.²⁸¹

6.3 *Arbitrariedade do Procedimento Disciplinar*

A Administração dispõe de um vasto poder discricionário para instaurar o procedimento disciplinar, tal acontecimento viola os princípios: da igualdade e proibição do arbítrio, da imparcialidade, da legalidade em prejuízo da defesa dos direitos fundamentais.

Acatando a vigência de uma única ordem jurídica nacional, não pode o direito disciplinar pela sua coercibilidade intrínseca alienar-se do “*ius puniendi*” do estado e conceber autonomamente mecanismos impulsionadores de atos processuais avulsos ou oportunos, divergentes da oficiosidade Penal e não comportados pela Constituição.²⁸²

Na ação penal, o princípio da oficialidade²⁸³ leva o Ministério Público a instaurar um inquérito criminal sempre que tenha notícia de um crime, com as limitações subjacentes à iniciativa processual dos crimes que dependam de queixa do titular do direito²⁸⁴, onde é necessário que este o exerça para dar início ao processo e nos crimes dependentes de acusação particular, onde para além do exercício do direito de queixa é necessário que se constitua parte no processo e deduza acusação²⁸⁵.

Não dispondo o MP de um poder discricionário que afaste o princípio da legalidade, mas sim a obrigatoriedade de promover o processo, relativamente a condutas que atingem o

²⁷⁹ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 22.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 588.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

²⁸² *Ibidem*, p. 266.

²⁸³ Legitimidade – Art.º 48 e Finalidade e Âmbito do Inquérito – 262 do CPP.

²⁸⁴ Legitimidade em Procedimento Dependente de Queixa – Art.º. 49 do CPP.

²⁸⁵ Legitimidade em Procedimento Dependente de Acusação Particular – Art.º 50 do CPP.

bem comum de todos, com as limitações invocadas relativamente aos crimes públicos ou semipúblicos, questiona-se de onde emerge a legitimidade da Administração para desencadear arbitrariamente um procedimento disciplinar contra um funcionário, sobre factos tipificados como de natureza particular ou semipúblicos, resultantes de ocorrências não relacionadas com o exercício das suas funções, quando o titular do direito de queixa não o exerceu ou manifestou livremente desinteresse no procedimento criminal.

Onde reside a legitimidade da Administração para sujeitar os funcionários a um processo disciplinar onde será analisada matéria penal, exercício para o qual não possui competência, nem anuência Constitucional para se intrometer na vida privada o funcionário.²⁸⁶

Outra importante ressalva a fazer, consiste no facto da Constituição condicionar a responsabilização do funcionário à consequência das suas ações funcionais originarem a “violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos²⁸⁷” o que devidamente tutelado reduziria o vasto sentido de oportunidade da Administração, tantas vezes invocado para dirimir quezílias do foro particular entre chefias e chefiados: *«fica irremediavelmente atingido o princípio da igualdade dos cidadãos (pois não é difícil ver que uma tal solução propicia formas de impunidade selectiva, de acordo com discriminações sociais, culturais, se não mesmo políticas ou ideológicas)»*²⁸⁸.

Depois de ponderada a identidade da coercibilidade das sanções penais com as sanções disciplinares e verificada a ausência de suporte constitucional que justifique a intromissão do direito disciplinar na vida privada dos funcionários. Apenas pela vigência de critérios pouco democráticos, se entende a resistência em abandonar tais mandamentos.

6.4 O Princípio “non bis in idem”

Quanto ao sancionamento do funcionário várias vezes pelos mesmos factos realça-se

²⁸⁶ Responsabilidade dos Funcionários e Agentes – Art.º 271 da CRP.

²⁸⁷ Responsabilidade dos Funcionários e Agentes – Art.º 271 n.º 1 da CRP.

²⁸⁸ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 471.

que o legislador constituinte refere: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”²⁸⁹.

Consubstanciado no teor literário a doutrina dominante admite a autonomia do direito disciplinar face ao penal, permitindo que as sanções disciplinares sejam acumuláveis com as penas criminais.

Segundo Figueiredo Dias: *«não existe óbice jurídico-constitucional a esta solução, uma vez que o princípio ne bis in idem é limitado à proibição de “ser julgado mais de que uma vez pelo mesmo crime” (CRP, art. 29.º-5).»*²⁹⁰

A referência a um duplo julgamento num estado baseado na dignidade da pessoa humana não pode ter uma reflexão modesta, deve ser visto como mais um mecanismo para conter o poder sancionatório do estado, consiste num limite inultrapassável, invocável contra qualquer pena que se manifeste dolorosamente. A proibição de um duplo julgamento pelo mesmo crime deve interpretar-se como: *«proibindo que os mesmos factos possam ser objecto de dupla apreciação»*²⁹¹.

Certo porém que não se levantará qualquer celeuma se tal ocorrência for entendida dentro da vertente administrativa do direito disciplinar vigente em Portugal, onde a Jurisprudência e a generalidade da Doutrina continuam a pautar-se pela total autonomia do direito disciplinar face ao direito penal, nestes moldes, o princípio apenas terá aplicação interna dentro de cada ramo sancionador.

A realidade normativa, cria espaço para que um funcionário seja punido duas vezes pelos mesmos factos ou sendo absolvido criminalmente possa ser punido disciplinarmente, sem que tal consubstancie uma clara violação do princípio da prevalência e obrigatoriedade das decisões judiciais, visto que a infração disciplinar é “algo” distinto do tipo criminal.

Neste sentido, se a factualidade penal não tiver sido dada como provada ou mesmo não tendo o facto sido subsumido num tipo criminal, no âmbito disciplinar continua a prevalecer a presunção de culpa, que se coliga ao facto da Administração primar pela publicidade do castigo como exemplo, aferindo-lhe assim uma certa utilidade à pena e um imenso prejuízo para o funcionário.

Neste contexto, a indeterminabilidade das penas face ao comportamento delituoso

²⁸⁹ Aplicação da Lei Criminal – Art.º 29, n.º 5 da CRP.

²⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 172.

²⁹¹ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 597.

revela uma violação grosseira do princípio da segurança jurídica, o funcionário desconhece o que pode consubstanciar a violação de um dever com definição inexata ou em última razão saber com alguma determinabilidade, o que consiste ou não numa infração disciplinar?

Defende-se face ao entendimento de uma similitude da essência das sanções penais com as disciplinares, ser irrefutável que a Administração se deve subordinar às decisões judiciais, não somente pela supremacia da jurisdição penal sobre o procedimento administrativo, mas também pela vinculação à matéria de facto e de direito provada ou descartada pela decisão penal.²⁹²

Nesta visão, a Administração intromete-se no domínio penal violando o princípio da separação de poderes e o princípio da jurisdição.

²⁹² DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 172.

7 CONCLUSÕES

Saber se um vínculo funcional ou uma relação profissional de cariz público se propaga legitimamente à vida particular dos funcionários, justificando um escrutínio mais rigoroso pela justiça ou revelar consequências jurídicas mais severas, aquando da responsabilização criminal por condutas avessas, praticadas fora do exercício de funções, consiste no objeto em apreço.

Ser funcionário significa estar ao serviço da comunidade, numa relação onde os servidores não são tidos como francos destinatários de direitos²⁹³. No entanto a remuneração auferida pelos funcionários, à semelhança dos trabalhadores do sector privado, consiste numa das contrapartidas merecidas pelo trabalho realizado, não se encontrando a dignidade ou legitimidade da sua fruição, pendente de qualquer vassalagem aos poderes instituídos, aos administrados que servem, nem carece de submissão moral ou simpatia à cor partidária do governo.

Na impossibilidade de ligar o delito perpetrado pelo funcionário com as funções públicas que exerce, não existe fundamento legal que o obrigue a reforçar nas suas vivências particulares um respeito especial ou maior conformação com o direito que os cidadãos em geral, nem a pautar-se por condutas exemplares a que a deontologia ou estatutos profissionais o obrigam quando em serviço público, qualquer discórdia ao que foi dito, retira ao funcionário a liberdade de existir como pessoa humana.

Outra não pode ter sido a intenção do legislador, ao condicionar no texto constituinte que a responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos funcionários, deriva das ações ou omissões praticadas no exercício de funções e por causa desse exercício, e mesmo assim apenas se dessas condutas ocorrer a violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos²⁹⁴.

Tal disposição constituinte consiste numa franca limitação da arbitrariedade dos poderes do estado, que vincula todos os órgãos de soberania ao respeito pela legalidade democrática e por conseguinte toda a Administração Pública, agentes do Estado e demais

²⁹³ MOURA, Paulo Veiga e - *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 10.

²⁹⁴ Responsabilidade dos Funcionários e Agentes – Art.º 271 da CRP.

entidades públicas em todas as relações ou intervenções com os administrados²⁹⁵, onde não podem deixar de estar incluídos os cidadãos funcionários.

Contrariamente aos ditames da moral pública, hoje privada dos históricos confrontos no “*Amphitheatrum Flavium*”²⁹⁶, o julgamento em direito não admite discriminações positivas nem negativas em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Com justiça também não podem ocorrer discriminações consubstanciadas no vínculo profissional ou qualquer outra modalidade funcional, remunerada ou não, pois todas as atividades laborais consistem na troca do tempo de vida e desgaste da saúde pelo salário merecido ou outras contrapartidas, que não se confundem com esmolas onde o servidor público se assemelha a um mendigo vitalício da Administração, submisso ou forçado até à sua morte a prestar um exemplo de conduta inquestionável e a sujeitar-se ao escrutínio das ordens disciplinares, pois esta interminável agressão é inibidora da liberdade e consiste numa grave violação dos princípios enformadores da República Portuguesa.²⁹⁷

Sendo o empreendedorismo umas das liberdades de todos os cidadãos, os seus impulsionadores merecem ser ressarcidos em proporção com o esforço e dedicação depositados no trabalho, tanto em concordância com o seu grau de formação ou instrução, como pela dureza e qualidade do trabalho realizado. Por regra o empenho é um denominador que determina a situação económica e social dos cidadãos, mas mesmo quando a incúria voluntária os coloca na pobreza, não lhes podem ser subtraídos direitos fundamentais. Não deixa de ser curioso que até aqueles que nunca contribuíram positivamente para a comunidade, apelam à subversão de direitos dos funcionários ou à sua condenação exemplar, por vindicta, indiferentes ao facto de não possuírem idêntico contrato público, pelo seu desinteresse ou laxismo.

A consagração constitucional de que a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático não se basta com a sua redação no texto constituinte. De igual modo, afirmar que o exercício da atividade jurisdicional é autónomo e compete em regime de exclusividade

²⁹⁵ Regime da Função Pública – Art.º 269 da CRP.

²⁹⁶ Coliseu Romano.

²⁹⁷ República Portuguesa - Art.º 1º; Estado de Direito Democrático - Art.º 2º; Soberania e Legalidade - Art.º 3º; Relações Internacionais - Art.º 7º; Tarefas Fundamentais do Estado - Art.º 9º; Princípio da Universalidade - Art.º 12º; Princípio da Igualdade - Art.º 13º todos da CRP.

aos tribunais, enquanto lhes vão sendo subtraídas da alçada competências seculares²⁹⁸ e outras que mereciam a devida tutela jurisdicional não lhe são atribuídas, como seria congruente relativamente a todo o poder sancionatório do estado.

Falar de independência judicial obriga a que sejam criados mecanismos legais que garantam a independência dos juízes face aos outros órgãos de soberania e logicamente também relativamente aos órgãos de comunicação social, que para manterem os níveis de audiência ou tiragem elevados, servem-se dos ditames da moral para satisfazer a demanda pública, que menospreza que a determinação da medida da pena se baliza pela culpa do agente, pelas exigências da prevenção a que se soma a utilidade das sanções²⁹⁹.

A necessidade social de tutelar a violação de determinados bens levou o legislador a assimilar a imoralidade social das condutas que lhe são lesivas e a fazer-lhe corresponder pelo desrespeito penas, que caracteristicamente causam dor, condicionam a liberdade e mitigam o pleno exercício de direitos, cujo garante é devido pelo estado a todos os cidadãos. O sancionamento das faltas, não pode ser utilizado como pretexto para retirar ou diminuir a dignidade social, permitir o arbítrio ou promover tratamentos diferenciados perante a lei³⁰⁰, nem para subtrair direitos, liberdades e garantias através de modalidades não previstas na constituição.³⁰¹

Pelo relevo dado às funções públicas e a permeabilidade do julgador a manifestações populares, que sugerem uma dupla valoração da moral nos delitos cometidos pelos funcionários, o legislador deve conceber medidas jurídicas que reforcem o juízo de direito e contrariem o flagelamento exemplar dos seus comissários, clamado pela sedenta justiça popular, uma vez que os métodos e fins judiciais diferem dos mediáticos:

«O tempo da comunicação social é o tempo instantâneo, o tempo espectáculo. O tempo da justiça é o tempo da reflexão, o tempo justo. Movendo-se inicialmente sobre os mesmos factos, o excesso de mediatização origina frequentemente uma realidade mediática própria, que não existe na vida, mas no folhetim das televisões, dos tablóides, ou pior de tudo, dos interesses telecomandados à distância. Tem também gerado uma confusão permanente de papéis, com jornalistas a quererem ser juízes e vice-versa.

²⁹⁸ Os Julgados de Paz, criados pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, são tribunais com características de funcionamento e organização próprias, com competências para a resolução de causas cíveis, com valor até cinco mil Euros, de que se destacam pela pertinência os pedidos de indemnização cível pela prática de crimes como ofensas corporais, difamação, dano, furto, injúrias, alteração de marcos, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, nos casos não ter sido exercido o direito de queixa ou do seu titular dela ter desistido.

²⁹⁹ Determinação da Medida da Pena – Art.º 71 do CP.

³⁰⁰ Princípio da Universalidade - Art.º 12; Princípio da Igualdade Art.º 13, ambos da CRP.

³⁰¹ Força Jurídica – Art.º 18, n.º 2 da CRP.

*Neste ponto, tudo seria mais simples, se cada um se limitasse ao seu papel».*³⁰²

A franca pressão e mediatização efetuada pelos órgãos de comunicação social associada às preces de vingança de populações pouco esclarecidas acerca do teor dos princípios com que se rege a justiça e a república, não devem ser confundidos com os sonantes valores morais de que apenas existem resquícios na sociedade.

A constituição laboral permite o acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso³⁰³, no entanto, para manutenção do equilíbrio entre liberdade e segurança, o legislador veio a admitir restrições ao exercício de direitos³⁰⁴ de acordo com exigências próprias de certas funções. Tal anuência, não obsta a que se questione a opção constituinte de omitir no elenco do n.º 2 do art.º 13º da Constituição as atividades ou funções laborais, pois a norma para além de precaver desigualdades consubstanciadas em critérios biológicos ou geográficos, cuja concretização não está no domínio humano, alargou a correspondência às várias liberdades do ser e do agir livre, como a igualdade na liberdade da pessoa escolher uma religião, as suas convicções políticas ou ideológicas e a orientação sexual. O reforço sugerido obstaria a que os trabalhadores ao serviço do público fossem negativamente discriminados pela justiça.

Num estado de direito não devem subsistir dúvidas quanto à igualdade dos cidadãos perante a lei e muito especialmente perante o direito coercivo do estado. A igualdade aqui clamada, não se esgota na redundância de alguém estar acima da lei ou a lei ter necessariamente como destinatários todas as pessoas da comunidade, refere-se também à sua aplicação, segundo as mesmas regras e os mesmos critérios jurídicos.

Aceitando, ainda que inconformados a premissa do texto constituinte despojar apenas alguns funcionários de ferramentas imprescindíveis para de forma democrática satisfazer a necessidade de melhores condições remuneratórias e de trabalho, não pode, como ainda amargura nalgumas consciências, defender-se que um cidadão ao tomar a opção de escolher uma profissão ou exercício de funções públicas, aceitou abdicar de forma livre e consciente do direito à justiça “justa” que faz parte de uma categoria de direitos humanos³⁰⁵, que para além de inalienáveis: *«apresentam uma pretensão de vinculatividade universal (eles podem*

³⁰² MORGADO, Maria José; Vegar, José - *O Inimigo sem Rosto: Fraude e Corrupção em Portugal*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007, p. 132

³⁰³ Liberdade de Escolha de Profissão e Acesso à Função Pública – Art.º 47, n.º 2 da CRP.

³⁰⁴ Restrições ao Exercício de Direitos – Art.º 270 da CRP.

³⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 416.

obrigar todos os sujeitos públicos e privados, todos os ordenamentos e em todos os tempos)»
306

Para justificar o reforço das sanções retributivas, podem ser invocados conhecimentos legais ou formações específicas obtidas de forma privilegiada através de teoremas éticos e deontológicos adequados para que o funcionário titulassem uma maior consciência da censurabilidade das suas condutas, mas tal constatação não se insere no estado que os Portugueses bem conhecem.

Tais quesitos a serem tomados em consideração não devem ser meros preconceitos, nem ser aferidos pela ostentação da categoria funcional do funcionário arguido, mas sim através do recurso a critérios objetivos, que se afastem de afirmações redutoras, como: “*o medo admitido a um polícia difere numa idêntica situação ao medo admitido a um cidadão comum*” tal superficialidade nega ao medo os seus aspetos biológicos intrínsecos.

Encontra-se enraizado na consciência coletiva que os funcionários devem ser exemplo de honestidade, isenção e lealdade aos valores democráticos, tal costume leva as pessoas a exigir punições exemplares, daqueles que exercem funções públicas, razão pela qual é mister que tal juízo seja moldado pela voz da razão jurídica, consubstanciada no intelecto dos valores da justiça e não em ideologias ou infames paixões. Não parece lúcido exigir a vigência de uma moral pública e a defesa dos direitos fundamentais dos administrados, sem os garantir aos próprios funcionários que estão constitucionalmente incumbidos de assegurar essa mesma dignidade humana.

A doutrina portuguesa tem vindo a abandonar a conceção retributiva dos fins da pena, em benefício da prevenção especial que incide na recuperação do condenado e da prevenção geral, que visa motivar a generalidade das pessoas a conformar-se com o direito. Não faz assim sentido que no seio da doutrina atual se promova a expiação do funcionário, através de um tratamento penal diferenciado, mais severo, que retira da pena a pretensa de recuperar o homem condenado em prol do seu castigo, citando Beccaria: «*Todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico*»³⁰⁷

Conter a criminalidade ou subjugar classes profissionais modestas ao respeito desmesurado da lei, sem que existam contrapartidas sociais que suprimam as carências que fomentam a proliferação de certos crimes, não justifica que a penalização exceda a medida da culpa.

³⁰⁶ ALEXANDRINO, José de Melo - *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Príncípia, 2007, p. 35.

³⁰⁷ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.64.

*«Na verdade, não pode conceber-se um profissional da - função pública a quem não sejam garantidas as condições de subsistência, estabilidade, carreira, protecção e previdência normalmente dadas, nas sociedades contemporâneas, aos titulares de outras profissões, até porque a consagração aos interesses gerais exige atitudes de isenção e de independência só sustentáveis por quem tenha os seus interesses pessoais assegurados».*³⁰⁸

Ainda que se invoque que tais penalizações exemplares possuem a utilidade de conter os demais funcionários, tal modalidade viola o princípio da igualdade perante a lei: *«Não se pode usar o indivíduo como instrumento para atemorizar os outros.»*³⁰⁹

Tal pretensão para além de ferir a dignidade humana não corresponde a uma penalização conformada com a culpa individual, nem se destina a fazer prevenção à generalidade das pessoas, limita-se a atemorizar grupos delimitados, mormente os funcionários, o que consubstancia uma discriminação negativa sem assento Constitucional: *«As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto...»*³¹⁰

O legislador deve tomar em consideração aquando da fixação da pena em abstrato, que esta deve ser dimensionada em proporção à gravidade do delito, ao seu dano social: *«Não é de excluir que o legislador possa fixar uma pena desproporcionada e por isso susceptível de ser impugnada na sua constitucionalidade.»*³¹¹

A consciência da impossibilidade de punir para prevenir o que ainda não foi realizado, obriga o julgador a socorrer-se da gravidade das ofensas para graduação das penas. A determinação da medida da sanção deve conter-se dentro dos parâmetros fixados em abstrato pelo legislador e ser proporcional ao bem jurídico violado: *«Punir alguém significa desaprovação por ter praticado algo errado. E se a punição transporta a culpa então parece razoável a proporção da punição com a mesma.»*³¹²

O Estado de Direito está obrigado desde a elaboração das normas até à sua aplicação ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, também conhecido como: *«princípio da proibição do excesso»*³¹³ e por conseguinte aos seus subprincípios: O princípio da

³⁰⁸ CAETANO, Marcelo - *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

³⁰⁹ MARTINS, Lourenço A. - *Medida da Pena: Finalidades: Escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 30.

³¹⁰ Força Jurídica - Art.º 18º n.º 3 da CRP.

³¹¹ *Ibidem*, p. 468.

³¹² *Ibidem*, p. 414.

³¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 267.

conformidade ou da adequação que admite a contração de direitos fundamentais através das medidas legalmente previstas na lei, mas apenas se a sua aplicação for adequada à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos³¹⁴; O princípio da exigibilidade ou da necessidade que obriga à menor ingerência possível do estado, as restrições apenas se justificam porque os fins visados pela lei não podem ser obtidos de forma menos lesiva dos direitos, liberdades e garantias, esta necessidade legítima o estado a exigir dos destinatários o sacrifício infligido pelas medidas restritivas. Finalmente o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como o princípio da «justa medida»³¹⁵ que impede a adoção de restrições legais desproporcionadas ou excessivas relativamente aos fins obtidos.

Ainda que se reitere a alegação de ser o exemplo dado à comunidade a mister utilidade da pena, prescrevendo uma utilidade para o mal afligido por esta, não diretamente ligado à reintegração do funcionário, mas de forma indireta relativamente aos seus pares e à manutenção da fiabilidade das populações nas instituições democráticas, não se pode ignorar que devem ainda ser calculados os flagelos que irão inequivocamente recair sobre os cônjuges, ascendentes, descendentes ou dependentes, uma vez que para além de todos virem a ser exemplarmente sancionados, serão ainda vítimas da infâmia das vizinhanças, colegas de trabalho ou de escola.

Aplicar um sofrimento estigmatizante alicerçado à profissão do arguido, não é o móbil da justiça, nem a finalidade do direito, como refere Fernanda Palma: «*O crime exprime a tragédia humana que atinge todos, mesmo os que apenas são os outros, exteriores à relação entre o agente e a vítima*»³¹⁶.

O facto de as vítimas terem expectativas de maior retidão e cumprimento da legalidade por parte desses funcionários no exercício de funções, justifica o consequente maior repúdio e mais severa censura dirigida ao funcionário faltoso, que devia ter tido maiores motivações para se conformar com o direito. De modo análogo o legislador recriminou de forma mais severa as agressões contra o exercício legítimo das funções dos funcionários, a elas devidas ou relacionadas com esse mesmo exercício.

O crime consiste num facto típico, onde a condição de funcionário nem sempre é objetivamente relevante, mas caso o seja apenas deve operar se o delito estiver relacionado

³¹⁴ Força Jurídica - Art.º 18º n.º 2 da CRP.

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 270.

³¹⁶ PALMA, Fernanda - *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 14.

com o espectro das funções públicas do arguido, não o sendo na determinação da medida da pena estas funções não devem ser valoradas, visto ser essa a intenção demonstrada pelo legislador ao ter agravado o juízo de desvalor nalgumas condutas, perpetradas pelos funcionários, apenas no exercício das suas funções ou por causa desse mesmo exercício.

Verificar se os factos praticados pelo agente correspondem à conduta tipificada num tipo legal de crime consiste num raciocínio metódico e objetivo, ainda que no quadro da tipicidade, tenham que ser relevados elementos subjetivos, estes devem ser aferidos com a máxima objetividade possível, não podem derivar de especulações, preconceitos ou juízos valorativos mediatizados, pois o direito penal português reside no facto praticado e não do direito da pessoa do autor.

Numa sociedade erigida sobre a égide da dignidade da pessoa humana, o direito à justiça, não pode ser um arejo político plagiado numa lei fundamental, tal garantia deve estar firmemente amurada à premissa de que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, no sentido de todos serem destinatários das mesmas normas e todos merecerem um juízo consubstanciado e delineado através de idênticas regras jurídicas, como ensina Germano Marques da Silva:

«Na concepção democrática da sociedade não há cidadãos que por natureza sejam bons e cidadãos que sejam maus, não há cidadãos predestinados à prática de crimes e, por isso, não é admissível a estigmatização colectiva, de grupos, raças ou classes de pessoas, em razão da sua pressuposta maior ou menor apetência para a criminalidade, porque a capacidade para praticar o bem e o mal está «democraticamente» repartida, e no meio das tentações da vida em sociedade ninguém pode ter a presunção de nunca ter praticado ou vir a praticar qualquer crime.»³¹⁷

Relativamente ao poder disciplinar, importa frisar que este incide nos delitos internos, a sua intervenção deve conter-se no dano institucional, sem pretender conformar a mente de homens livres e abster-se de avaliar matérias do foro criminal, pois essa função encontra-se em regime de exclusividade atribuída aos tribunais.

Os funcionários tanto pela posição em que foram investidos como pelas funções que desempenham, não devem no exercício das suas funções adotar comportamentos que violem a relação de dever público e consequentemente a integridade e confiança para o exercício das

³¹⁷ SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral I*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 66.

suas funções, por conseguinte, as posturas lesivas do substrato institucional devem ser punidas disciplinarmente.

A questão de destaque suscitada no âmago dos sancionamentos disciplinares residia na possibilidade do exercício de um poder disciplinar caracterizado pela atipicidade das infrações, fosse mormente pela sua simples vigência mais lesivo para o estado de direito democrático, do que as próprias condutas dos funcionários. Uma vez que derivando a responsabilização dos funcionários da violação de deveres cujos pressupostos são indetermináveis ou de determinação dúbia, não restará aos seus titulares outras alternativas, senão caminharem através dos perigos sinalizados por Beccaria: *«Não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum que obriga a consultar o espírito da lei.»*³¹⁸

A atipicidade das infrações disciplinares facilita o sancionamento avulso de falhas na comunicação entre estruturas hierárquicas e outras resultantes da inobediência a ordens destinadas a satisfazer interesses pessoais dos superiores hierárquicos, que não acarretam prejuízos para os interesses dos administrados. Estas práticas instituídas servem-se do pânico e mau estar agregado ao procedimento disciplinar, onde a presunção de culpa brota cristalina de uma participação elaborada ou mandada elaborar pelo superior hierárquico.

Tais contendas internas para além de consumirem os já escassos recursos técnicos e humanos para redimirem desentendimentos resultantes da falta de humildade entre escalões hierárquicos ou quebras de liderança, divergem das finalidades do poder disciplinar que se prendem com melhorar o serviço e atendimento ao público e não assegurar a manutenção de uma espécie de magistratura interna, tendencialmente orientada para os funcionários inferiores:

*«É porque não se armam esparrelas ao falcão nem ao milhafre, que nos fazem mal: armam-se àqueles que não nos podem fazer nada, porque com estes está-se em vantagem, com aqueles é tempo perdido.»*³¹⁹

Por conseguinte, se as ações praticadas pelo funcionário não puderem ser enquadradas numa relação de hierarquia funcional e não ocorrer um dano efetivo dos direitos protegidos dos administrados, a Administração não possui legitimidade para punir disciplinarmente,

³¹⁸ BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 68

³¹⁹ TERÊNCIO - *Formião: Clássicos Gregos e Latinos*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 56.

apesar de tal displicência ser frequente e ocorrer amurada ao silêncio de inocentes que temem represálias dos superiores hierárquicos.

Apesar da resistência em abandonar a conceção administrativa do direito disciplinar alguma doutrina portuguesa vem ressaltando a similitude do direito disciplinar com o direito penal: «*O direito disciplinar e as respectivas sanções conformam por-ventura o domínio que, de um ponto de vista teórico, **mais se aproxima** do direito penal e das penas criminais.*³²⁰»

A Constituição refere estar assegurado a todos os trabalhadores da Administração Pública o direito de audiência e defesa³²¹, mas o processo disciplinar como se encontra delineado, não transmite aos funcionários arguidos garantias efectivas de isenção e imparcialidade por parte dos titulares do poder disciplinar.

Num estado de direito além da clareza das normas a manutenção da confiança e da boa-fé exige que um funcionário conheça com alguma determinabilidade o que pode despoletar ou consubstanciar a sua responsabilidade disciplinar e caso seja sancionado, deve ser “merecedor” de uma única sentença, ditada pelos tribunais, órgãos legitimados em regime de exclusividade para a execução do poder sancionatório geral, tanto para salvaguarda da paz jurídica dos cidadãos, como para garantir aos condenados sanções ajustadas à sua culpa individual e comumente à sua responsabilidade disciplinar.

Não existe estado de direito se não estiver garantida a dignidade da pessoa humana e esta não estará garantida se a falta disciplinar de um funcionário for avaliada através de um processo despido de garantias e à margem dos princípios constitucionais³²². É imperioso como vem realçando alguma jurisprudência que sejam de «*aplicar ao Direito Disciplinar os princípios do Direito Penal*³²³».

Pela analogia da natureza aflitiva das sanções penais com as disciplinares o apuramento da responsabilidade disciplinar deve decorrer através dos princípios penais e processuais penais³²⁴, o que não estará garantido se não for realizado por instrutores familiarizados e educados para o direito, imunizados aos instintos hierárquicos e interesses corporativos, que beneficiem com punições desmesuradas ou inversamente se inclinem para a proteção corporativista dos funcionários, reporte-se o que foi dito a Carlos Fraga:

³²⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 168.

³²¹ Garantias do Processo Criminal - Art.º 32º n.º 10 e Regime da Função Pública - art.º 269 n.º 3 da CRP.

³²² FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 201, p. 14.

³²³ AC STJ n.º 43/11.9YFLSB de 27-09-2011

³²⁴ O princípio da sujeição à lei; O princípio da reserva de jurisdição; O princípio do juiz natural; O princípio da legitimação democrática; O princípio do controlo da constitucionalidade.

«Ora não se põe em causa que o direito penal e o direito disciplinar prosseguem fins diversos, mas esse facto não autoriza face à actual Constituição que os princípios gerais do ordenamento e especialmente os direitos fundamentais – entre os quais se contam as garantias do direito penal e de processo penal – não se apliquem a todo o poder sancionatório do estado.³²⁵»

Falar de isenção e imparcialidade no decurso de um procedimento disciplinar, obriga a reprovar a conceção administrativa do poder disciplinar e a conferir forçosamente ao poder judicial o exercício da justiça disciplinar.

A justificação para a existência do poder disciplinar consiste na manutenção do prestígio e bom funcionamento dos serviços públicos, tais objetivos podem ser prosseguidos tanto através da prevenção geral, como da prevenção especial, mas nenhuma destas modalidades justificam a intromissão do poder disciplinar na vida particular dos funcionários na reforma, pois com a cessação da relação laboral as penas ficam desprovidas dos efeitos desejados com a prevenção especial. Nem se justifica que visem conseguir através da prevenção geral, que outros funcionários na reforma, sabendo da aplicação da sanção, se abstenham de praticar factos semelhantes.

Não se identificam em tais posturas, outros fins, senão acrescentar ao mal praticado o mal da pena, estes fins retributivos estão arredados da finalidade das penas, na contemporaneidade pretende-se a reinserção do delinquente e não o seu tormento.

Por regra o público tem acesso ao exercício da justiça, a abertura das salas de audiência ao “*populus*” visa permitir o crivo constante dos operadores da justiça, mas esta permeabilidade não se confunde com o dever de informação da imprensa, nem pretende como a modalidade promovida pelo poder disciplinar, difundir através de publicações internas, mas de fácil acesso ao público, punições disciplinares ou transcrições de sentenças penais onde são expostos de forma vexatória não só os funcionários faltosos, mas também as vítimas.

Em súmula, saber se a vida particular do funcionário pode conduzir à responsabilidade disciplinar é uma questão que é liminarmente respondida por Figueiredo Dias:

³²⁵ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 201, p. 50.

*«A esta questão deve hoje responder-se **negativamente**: só na medida em que aquela condução da vida do funcionário ou agente conduza à violação de um dos citados deveres pode o funcionário ser disciplinarmente responsabilizado; é sempre a violação do dever funcional, nunca aquela a condução, que fundamente a responsabilidade.*³²⁶

A posição que tem vindo a ser ponderada, não obsta a que o funcionário seja suspenso, proibido do exercício ou demitido das suas funções públicas, por ter deixado de reunir as condições de dignidade e confiança que o cargo ou funções reivindicam.

Reitera-se que a indignidade para o exercício de funções públicas, não deve ser absoluta. Estender-se a proibição a qualquer atividade ou função pública, não é o rumo talhado pelo legislador penal³²⁷, nem o seu carácter se pretende perpétuo, tal ocorrência para além de contrária ao pensamento constituinte³²⁸, reduziria o conteúdo das correntes ressocializadoras dos fins da pena, ao colocar em causa a utilidade das penas como a prestação de trabalhos a favor da comunidade³²⁹, que na essência consistem na prestação de serviços públicos.

Neste sentido, uma sanção penal principal, não se deve materializar automaticamente numa indignidade para o exercício das funções públicas, a existir incompatibilidade esta deve ser avaliada objetivamente através da gravidade dos bens jurídicos violados, as circunstâncias individuais em que o delito foi consumado e as funções públicas do arguido, que tal como as sanções secundárias de proibição de exercício de funções públicas, devem estar vinculadas aos princípios da necessidade e da utilidade, uma vez que pode não restar ao arguido outra opção senão estabelecer uma existência marginal, incrementada pela ainda mais vergonhosa e difícil reintegração do condenado, determinada pelas suas anteriores funções públicas.

Apesar da doutrina dominante não se opor à cumulação das sanções disciplinares com as penas, Figueiredo Dias questiona a bondade político-criminal de tal opção:

«...se em vez dela não seria preferível um sistema que deixasse seguir até ao fim o processo criminal e uma vez que este conduzisse à aplicação da sanção acessória de proibição de exercício da função, se considerasse consumido o poder disciplinar conducente à demissão;³³⁰»

³²⁶ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 171.

³²⁷ Efeitos da proibição e da Suspensão do Exercício de Função – Art.º 68 n.º 2 do CP.

³²⁸ Limites das Penas e das Medidas de Segurança – Art.º 30 da CRP.

³²⁹ Prestação de Trabalho a Favor da Comunidade – Art.º 58 do CP.

³³⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*, p. 172.

Tem-se vindo a defender uma solução semelhante, que simultaneamente preveja o sancionamento disciplinar do funcionário na estrita medida em que no exercício das suas funções lese os direitos legalmente protegidos dos cidadãos, mas apenas se a matéria não consumir um tipo legal de crime, caso em que a responsabilidade disciplinar deve ser assimilada e decidida pela ação penal.

Só um procedimento tutelado por um órgão de soberania especializado, independente do serviço do funcionário, realizado através das mesmas regras vigentes para o direito penal e processual penal, promove garantias de um processo verdadeiramente respeitador dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé, que em nome da prossecução do interesse público, obriga ao respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos de todos cidadãos, inclusive dos funcionários ³³¹.

A concretização da justiça e a constatação dos perigos aliados a manifestações fragmentadas dos poderes coercivos do estado, com regras díspares e conflituosas amuradas ao conservadorismo estático vigente no seio das instituições, conduzirá num futuro próximo, por inadaptação ao mundo real que servem, inevitavelmente a uma necessária reunião do poder sancionatório do estado (disciplinar e penal) numa única entidade, no órgão de soberania Tribunais, pela consideração que a aproximação entre ambos os direitos é um imperativo do Estado de Direito Democrático ³³².

Invocar a incapacidade da estrutura judicial para cuidar dos problemas disciplinares, condiciona o direito de acesso à justiça e inabilita qualquer avaliação imparcial das condutas dos funcionários, sem a qual não existe certeza da punição refletir a culpa do funcionário ou tratar-se de uma manifestação tirânica do detentor do poder disciplinar.

Não existindo no direito português um mecanismo de “Amparo Constitucional” para tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, existe o risco destes não passarem de meras intenções constituintes, colocando em causa a real vinculação da Administração ao seu garante e respeito, mas também a incerteza da vigência de um estado de direito democrático, por falta de concretização plena da dignidade de todas as pessoas que os direitos fundamentais visam assegurar ³³³.

A impossibilidade de apelar diretamente para o Tribunal Constitucional, para que seja

³³¹ Princípios Fundamentais - Artigo 266.º CRP.

³³² FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011, p. 49.

³³³ *Ibidem*, p. 601.

afetada a constitucionalidade das normas disciplinares, aliada à anuência dos legítimos promotores da fiscalização sucessiva, interdita os funcionários de apelar à Assembleia da República, órgão por excelência de representação do povo, para que através da sua reserva relativa de competência, democratize o Regime Geral de Punição das Infrações Disciplinares³³⁴.

No limiar do que foi manifestado relativamente aos delitos mediatizados na sociedade portuguesa, erguem-se vozes que apelam a tipologias de justiça radicais, com incautas previsões ou consequências não racionalizadas, que longe de “*voar com o pensamento a toda a parte*”³³⁵ esgrimem opiniões que por vezes não visam mais que obter um espaço de audiência na opinião pública.

Com alguma certeza, depois de decorridos 40 anos após a queda do estado novo, relativamente aos delitos perpetrados pelos funcionários, não deixará o guardião da justiça de ao invés de a promover, sentir-se tentado a prosseguir o aparentemente certo apelo coletivo de flagelação do “arguido público”, quando devia estar francamente interiorizado que o nosso direito penal é o direito penal do facto e não “aquele” direito penal do autor que promoveu horrores ao longo da história da humanidade, atente-se à sensibilidade popular prozada por António Aleixo³³⁶:

Lê-se um livro com carinho
E, ao deixá-lo, a visão passa;
E ninguém segue o caminho
Que a moral dos livros traça.

Nem as orações sublimes,
Nem as palavras suaves,
Alcançam perdão p'ros crimes,
Quando eles são crimes graves.

Não odiemos aqueles
Que aplaudem quem nos condena;
Tenhamos só pena deles
Porque são dignos de pena.

³³⁴ Reserva Relativa de Competência Legislativa – Art.º 165º n.º 1 al. d) da CRP.

³³⁵ CAMÕES, CANTO VIII - Lusíadas

³³⁶ ALEIXO, António - *Este Livro que vos Deixo*. Lisboa: Editorial Notícias, 2002, p. 87.

Não vês? Onde um pardal poisa,
Poisam todos os pardais;
Nós somos a mesma coisa:
Onde um vai, vão os demais.

Nem sempre temos razão;
Nos defeitos que apontamos,
Nem todas as coisas são
Como nós as encaramos.

8 BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5
- AGOSTINHO, Santo - *A cidade de Deus*. Volume I. (livro I a VIII) 4ª ed. trad. Pref. J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. ISBN 978-972-31-0543-8
- AGOSTINHO, Santo - *Confissões*. 2ª ed. trad. João Beato e Maria Cristina Pimentel. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2004. ISBN 972-27-1326-4
- ALEXANDRINO, José de Melo - *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Príncipeia, 2007. ISBN 978-972-8818-89-0
- ALEIXO, António - *Este Livro que vos Deixo*. 17ª ed. Lisboa: Editorial Notícias, 2002. ISBN 972-46-0810-7
- FERNANDES, António José - *Introdução à Ciência Política: Teorias, Métodos e Temáticas*. Porto: Porto Editora, 2008. ISBN 978-972-0-01397-2
- AZEVEDO, Carlos A. Moreira; AZEVEDO, Ana Gonçalves de - *Metodologia Científica: Contributos Práticos para a Elaboração de Trabalhos Académicos*. 8ª ed. rev. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006. ISBN 972-54-0146-2
- ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2443-1
- BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. 3ª ed. trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. ISBN 978-972-31-0816-3
- CAETANO, Marcelo - *História do Direito Português (SECSXII-XVI)*. 4ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X
- CAETANO, Marcello - *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. rev. e ampl. 4ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-40-0517-1
- CAETANO, Marcelo - *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 3ª Reimpressão Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-0908-7
- CAETANO, Marcelo - *História do Direito Português (SECSXII-XVI)*. 4ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X
- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota - *Manual de Direito Comunitário*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0
- CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa*. 8ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 972-32-1356-7
- CARMO, Rui do; LEITÃO, Helena - *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Centro de estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1938-8
- CHUMBINHO, João - *A Constituição e a Independência dos Tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-471-3

COSTA, José de Faria - *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1331-1

DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1250-1

DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal Português: As consequências Jurídicas do Crime*. 3ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-1353-2

DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6

DONÁRIO, Arlindo Alegre - *Aumento das Sanções ou das Probabilidades de Aplicação da Lei?* Lisboa: EDIUAL, 2010. ISBN 978-989-8191-19-9

FERREIRA, Manuel Cavaleiro - *Lições de Direito Penal: Parte Geral I e II*. 4ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-40-4205-3

FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva - *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*. Lisboa: Petrony Editora, 2011. ISBN 978-972-685-168-4

GONÇALVES, Pedro Correia - *A Pena Privativa da Liberdade: Evolução Histórica e Doutrinal*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-448-5

GONÇALVES, Manuel Maia - *Código de Processo Penal*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3777-6

HERÓDOTO - *Histórias*. Livro 1. Lisboa: Edições 70, 1994. ISBN 972 44 0901 5

JALALI, Carlos - *Partidos e Democracia em Portugal 1974-2005*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais-Universidade de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-671-207-7

LOPES, José Mouraz - *Justiça um Olhar (des) Comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2697-3

MARTINS, Lourenço A. - *Medida da Pena: Finalidades: Escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1889-3

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, Tomo I. ISBN 978-972-32-1822-0

MONTEIRO, Elisabete Amarelo - *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2002-5

MORGADO, Maria José; VEGAR, José - *O Inimigo sem Rosto: Fraude e Corrupção em Portugal*. 5ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007. ISBN 978-972-20-2581-2

MORUS, Tomás - *A Utopia*. Trad. José Marinho. 15ª ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2009. ISBN 978-972-665-583-1

MOURA, Paulo Veiga e - *Estatuto Disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1913-5

NOVAIS, Jorge Reis - *Os Princípios Constitucionais Estruturantes Da República Portuguesa*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-1254-4

NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1805-3

NEVES, Rosa Vieira - *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1929-6

QUEIROZ, Cristina M. M. - *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1824-4

PALMA, Fernanda - *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-40-2551-9

PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre - *Código Penal Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris, 2008. ISBN 978-972-724-380-8

PESSOA, Fernando - *Citações e Pensamentos de Fernando Pessoa*. Lisboa: Casa das Letras Editora, 2009. ISBN 978-972-46-1881-4

PINTO, António Marinho - *Um Combate Desigual*. Lisboa: Verso da Kapa, 2010. ISBN 978-972-8974-99-2

ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: VEGA, 2004. ISBN 972-699-157-9

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Rei dos Livros Editora, 2010. ISBN 978-898-8305-10-7

SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. 2ª ed. rev. e aum. Lisboa: Quid Juris, 2008. ISBN 978-972-724-373-0

SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral I*. 2ª ed. rev. Lisboa: Editorial Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X

SILVA, Germano Marques - *Direito Penal Português: Parte Geral III*. 2ª ed. rev. Lisboa: Editorial Verbo, 2008. ISBN 978-972-22-1961-7

TELLES, Inocêncio Galvão - *Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Vol. II. ISBN 972-32-0936-5

TERÊNCIO - *Formião: Clássicos Gregos e Latinos*. Lisboa: Edições 70, 1999. ISBN 972-44-0991-0

TORRES, Eduardo Cintra - *A Televisão e o Serviço Público*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. ISBN 978-989-8424-31-0

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-403817-9

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Teoria Geral do Direito Policial*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-4034-9

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Prisão a Metamorfose da Benevolência*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-99118-0-0

VICENTE, Dário Moura - *Direito Comparado*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3502-4

LÚCIO, Álvaro José Brilhante Laborinho – A justiça precisava de uns safanões. **ao**. Lisboa: Boletim da Ordem dos Advogados. ISSN 0873-4860 27. N.º 90 (maio 2012), pág. 34.

Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Correio da Manhã – Ano XXXIII/n.º 11985 de 1 abril 2012, pág. 8 e 9.

Correio da Manhã – Ano XXXIV/n.º 12084 de 9 julho 2012, pág. 1 e 6.