

Aula de Jubilação

Prof. Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

21.05.2026

Anfiteatro 1

QUANDO MENOS É MAIS: MENOS CRIMINALIZAÇÃO, MAIS REGULAÇÃO

Boa tarde*.

Quero começar esta aula de jubilação com uma pergunta:

– Quando é que uma conduta deve ser crime?

A pergunta parece simples. Na verdade, é uma das perguntas mais difíceis a que o Direito tem de responder.

Todos nós convivemos com comportamentos que nos chocam, que nos perturbam, que nos parecem indignos ou socialmente danosos. E a tentação é muitas vezes imediata: se uma conduta provoca forte rejeição social, então deve ser criminalizada.

Mas é precisamente aí que começa o problema.

Porque nem tudo o que é imoral deve ser crime.

Porque nem tudo o que é socialmente danoso deve ser matéria penal.

Nem a imoralidade, nem a danosidade social legitimam, por si mesmas, a mais severa forma de intervenção do Estado sobre a liberdade das pessoas.

* As saudações iniciais foram suprimidas para não sobrecarregar o texto na presente publicação.

A tese que vos proponho pode ser dita claramente:

Uma sociedade livre protege-se melhor quando reserva o Direito Penal para responder a um núcleo restrito de erros públicos intoleráveis e confia à regulação, à supervisão e ao sancionamento extrapenal a gestão proporcionada de muitos outros riscos.

Esta é, no fundo, uma aula sobre **criminalização limitada e regulação extrapenal flexível**.

E, para que esta ideia não fique logo perdida em abstrações, proponho que comecemos por três exemplos polémicos de criminalização de condutas.

I. COMEÇAR POR EXEMPLOS, NÃO POR TEORIAS

O primeiro exemplo é o incesto consensual entre adultos.

É um exemplo especialmente relevante porque quase todos sentem, perante casos desses, uma rejeição moral intensa. É um tabu profundamente enraizado em muitas sociedades e em diferentes épocas. Mas a pergunta jurídica não é saber se o comportamento desperta repulsa. A pergunta é outra: **trata-se de um erro público que justifique a criminalização?**

O incesto consensual entre adultos é crime na Alemanha, nos termos do § 173 do Código Penal (*Strafgesetzbuch* – StGB). Quando foi suscitada a questão de inconstitucionalidade normativa num conhecido caso de dois irmãos que coabitavam maritalmente e tiveram quatro filhos, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), em 2008, não julgou a norma inconstitucional, entendendo que o legislador não excedera a sua margem de conformação ao criminalizar o incesto entre irmãos¹. Também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), em 2012, apreciando a queixa do irmão, que fora condenado por incesto e chegou a cumprir pena de prisão efetiva, concluiu que a sua condenação não violava o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). A Câmara de sete juízes do Tribunal de Estrasburgo reconheceu, em especial, a ampla margem de apreciação dos Estados nesta matéria, perante a falta de consenso europeu sobre a criminalização do incesto consentido entre adultos².

Em Portugal, o incesto, enquanto tal, não é crime. Se, porém, houver violência, coação, abuso de autoridade, aproveitamento de dependência ou outra forma de constrangimento, o Código Penal (CP) já prevê e pune vários crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, além de outros crimes eventualmente aplicáveis, designadamente a violência doméstica. Para além disso, a lei portuguesa agrava a pena de crimes sexuais quando exista uma especial relação familiar, de parentesco, afinidade, coabitação ou dependência entre o agente e a vítima. O próprio incesto não é, porém, um espaço livre de Direito em Portugal. A lei civil não permite o casamento entre parentes em linha reta, entre parentes no segundo grau da linha colateral, nem entre pessoas ligadas

¹ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 – Rn. (1-128).

² EGMR (Fünfte Sektion), Stübing gegen Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 43547/08, Urt. v. 12. April 2012.

por afinidade em linha reta, e admite a anulação de casamento celebrado apesar desses impedimentos. Mas a relação incestuosa não impede, por si só, o estabelecimento da filiação: uma criança nascida dessa relação pode ver reconhecida a maternidade e a paternidade, designadamente por reconhecimento voluntário, mesmo que daí resulte a sobreposição de vínculos familiares.

A solução portuguesa parece assim posicionar-se no sentido de que o Direito Penal não deve interferir nas livres escolhas das pessoas quando se estiver no âmbito da esfera íntima, não obstante a relação de casal poder ser assumida por ambos na esfera pública e poder despertar juízos de censura ou escândalo na comunidade em que estejam inseridos. Por aqui se vê que a decisão política de criminalização não deve partir da ideia de que um comportamento é moralmente errado, mas sim da questão de saber se é assunto público. Uma posição que transforme a mera reprovação moral em fundamento bastante de criminalização aproxima-se perigosamente de uma lógica iliberal.

Seja como for, é importante notar que há outras soluções possíveis, tanto mais que sobressai a falta de consenso nas legislações dos 46 Estados-membros do Conselho da Europa (CE) nesta matéria. Um debate académico sobre a criminalização do incesto não deveria suscitar, entre nós, questões de inconstitucionalidade, tanto mais que a Constituição da República Portuguesa (CRP) protege a família como elemento fundamental da sociedade, mas sim questões de política criminal. A talho de foice, lembro que o Conselho Alemão de Ética (*Deutscher Ethikrat*) foi chamado a refletir sobre o caso dos dois irmãos alemães que tinham coabitado maritalmente, tendo recomendado, em finais de 2014, a revogação do crime de incesto entre irmãos na idade adulta. O *Ethikrat* destacou que o incesto entre irmãos é muito raro nas sociedades ocidentais, de acordo com os dados disponíveis, mas aqueles que já viveram uma situação destas descrevem o quão difícil é a sua situação. No caso concreto, os irmãos nem sequer tinham sido criados juntos porque um deles tinha sido adotado por outra família aos três anos de idade. Após a denúncia da situação, a mulher ficou apenas com a guarda da filha mais pequena e os mais velhos foram-lhe retirados pelos serviços sociais alemães. Portanto, foi um drama humano que causou grande sofrimento emocional em todos os envolvidos. No entanto, a proposta de descriminalização não foi para diante. É caso para perguntar se o mal que o Estado se arroga o poder de castigar não é, afinal, menor do que o mal que a condenação provoca aos próprios visados e aos inocentes que deles dependem.

O segundo exemplo são os maus-tratos a animais de companhia.

A pressão de grupos de cidadãos aponta fortemente para a punição dos maus-tratos a animais de companhia. E compreende-se porquê. Há comportamentos de extrema brutalidade que provocam uma repulsa muito forte e generalizada. Mas a força da reação moral e social não resolve, por si só, o problema da legitimidade da criminalização operada em 2014 e reforçada em 2020. O debate no Tribunal Constitucional em torno deste novo crime expôs a grande dificuldade de fundamentar certas soluções penais apenas com base num impulso moral ou numa indignação partilhada.

Após três acórdãos³ e cinco decisões sumárias⁴, proferidos por diferentes secções do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta, que haviam julgado inconstitucionais as normas incriminadoras em causa, o Plenário, num processo de fiscalização abstrata sucessiva promovido pelo Ministério Público com vista à generalização desses juízos, decidiu, em 2024, inverter a tendência anterior. No Acórdão n.º 70/2024, não declarou a inconstitucionalidade da incriminação dos maus-tratos a animais de companhia, com ou sem resultado morte⁵. E, noutro acórdão tirado no mesmo ano, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional o crime de abandono de animais de companhia⁶. Os diferentes votos de sinal contrário em todos os acórdãos atestam a dificuldade de assentar em chão comum os fundamentos e limites da criminalização de condutas, em especial, no tocante à identificação de um bem jurídico com expressão constitucional que pudesse ser lesado pela morte, pelos maus-tratos ou pelo abandono de um animal de companhia.

O terceiro exemplo é a oferta indevida de vantagem e o risco de criminalização dos contratos de patrocínio de eventos científicos, culturais, desportivos ou outros que tenham como contraparte entidades públicas.

Este exemplo é particularmente importante porque toca numa zona em que algumas vozes do discurso público tendem a simplificar tudo. Corrupção ativa e passiva, oferta e recebimento indevidos de vantagem, desconfiança de potenciais redes de influência privilegiada e indignação nas redes sociais: tudo se mistura facilmente. E, no entanto, o Direito Penal não pode confundir tudo com tudo. É necessário distinguir tipos de crime, exigências de prova e critérios de adequação social.

Haverá situações em que o patrocínio pode redundar na prática de um facto punível. O patrocínio não confere ao patrocinador, nem ao beneficiário uma proteção absoluta contra a responsabilidade criminal, se for o caso. Mas o patrocínio não é, em princípio, punível. Ou porque falta, desde logo, a contraprestação de quem recebe pessoalmente uma vantagem ou porque, existindo essa contraprestação, a conexão entre as duas prestações está contratualmente fundada, não havendo ilicitude na relação de equivalência sinalagmática. A punibilidade verificar-se-á apenas quando se procurarem outros fins para além dos que seriam legítimos ao abrigo de um contrato de patrocínio normal.

Não se diga que é um puro produto da liberdade contratual que fixa as fronteiras da tipicidade da oferta indevida de vantagem. A tipicidade é uma emanção das concretas escolhas de política criminal do legislador democrático que não pode ser deixada ao sabor

³ Ac. Tribunal Constitucional n.º 867/2021, de 10 de novembro (Proc. n.º 867/19, 3.ª Secção, Rel. Lino Rodrigues Ribeiro); Ac. Tribunal Constitucional n.º 781/2022, de 17 de novembro (Proc. n.º 399/2022, 3.ª Secção, Rel. Lino Rodrigues Ribeiro); Ac. Tribunal Constitucional n.º 843/2022, de 20 de dezembro (Proc. n.º 1283/2021, 1.ª Secção, Rel. Maria Benedita Urbano).

⁴ Decisão Sumária n.º 248/2022, de 29 de março (Proc. n.º 306/2022, 3.ª Secção, Rel. Gonçalo Almeida Ribeiro); Decisão Sumária n.º 344/2022, de 5 de maio (Proc. n.º 472/2022, 3.ª Secção, Rel. Afonso Patrão); Decisão Sumária n.º 786/2022, de 20 de dezembro (Proc. n.º 1174/2022, 3.ª Secção, Rel. Gonçalo Almeida Ribeiro); Decisão Sumária n.º 13/2023, de 9 de janeiro (Proc. n.º 1026/2022, 1.ª Secção, Rel. Maria Benedita Urbano); Decisão Sumária n.º 14/2023, de 9 de janeiro (Proc. n.º 1227/2022, 3.ª Secção, Rel. Afonso Patrão).

⁵ Ac. Tribunal Constitucional n.º 70/2024, de 23 de janeiro (Proc. n.º 192/2023 incorporado, Plenário, Rel. José António Teles Pereira).

⁶ Ac. Tribunal Constitucional n.º 478/2024, de 20 de junho (Proc. n.º 1334/2023, 3.ª Secção, Rel. Joana Fernandes Costa).

dos designios das partes contratantes. Do que se trata antes é de reconhecer que os contratos de patrocínio, enquanto realidade económica e social, além de satisfazerem os interesses de patrocinadores e beneficiários, contribuem também para a satisfação do interesse público na promoção de atividades socialmente relevantes.

O próprio Código Penal prevê que a circulação da vantagem não é indevida se corresponder a condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes. Cabe à jurisprudência recortar estes conceitos, resistindo ao punitivismo dominante, que, ao ignorar a realidade social, acaba por criminalizar a própria cooperação entre o público e o privado.

Estes três exemplos têm algo em comum.

Todos nos obrigam a refletir sobre a nossa pergunta de abertura, que agora repito:

– Quando é que uma conduta deve ser crime?

Cada um dos exemplos ilustra as possibilidades de resposta à mesma pergunta a níveis diferentes:

O primeiro exemplo serviu para refletir criticamente sobre a caracterização jurídico-legal do incesto com base em alguns dados comparados e na jurisprudência de Estrasburgo. Outrossim, serviu para explicar que há racionalidades concorrentes nas possibilidades de resposta à pergunta sobre a criminalização do incesto cuja aceitabilidade depende apenas das decisões de política criminal do legislador democrático, não obstante a minha preferência pela solução portuguesa.

O segundo exemplo serviu para questionar a conformidade constitucional da criminalização dos maus-tratos a animais de companhia. Do mesmo passo, deixou patente a ambiguidade do conceito de bem jurídico quando é usado na busca de fundamentação para o merecimento de pena nos maus-tratos a animais de companhia.

O terceiro exemplo serviu, por fim, para mostrar que a interpretação dos tipos legais de circulação indevida de vantagem não deve ficar-se pelo seu valor facial, dado que o sentido literal não é suficiente para compreender o contexto da conduta e, se necessário, evitar imputações exageradas.

E é aqui que entra o ponto central da aula.

II. O QUE SIGNIFICA CRIMINALIZAR?

Criminalizar é mais do que dizer que uma conduta é moralmente inaceitável.

É mais do que dizer que uma conduta é socialmente danosa.

É mais do que reforçar um dever jurídico com sanções penais.

É mais do que impor uma orientação concreta de política pública.

Criminalizar é decidir que certa conduta merece um chamamento público solene à responsabilidade, através de um processo institucional de prestação de contas. A

ameaça legal da sanção e a irrogação concreta da pena não bastam para compreender a função desse chamamento à responsabilidade. O processo penal, mesmo quando termina em absolvição, torna publicamente inteligíveis os critérios segundo os quais a responsabilidade pode ou não ser afirmada. Nesse sentido, a justiça penal integra-se numa arquitetura institucional mais vasta, pela qual uma dada sociedade conserva, reatualiza e, quando necessário, revê a sua memória cultural comum.

Vejo o Direito Penal menos como um sistema de cominação de sanções e mais como uma prática institucional pública de imputação e chamada à responsabilidade, que submete a acusação a prova, contraditório, julgamento e decisão pública. A legitimidade dessa prática institucional que constrange o visado à prestação de contas, salvaguardado o seu direito à presunção de inocência até que seja definitivamente considerado culpado por um tribunal independente, se for o caso, decorre do reconhecimento por parte do Estado de Direito democrático e liberal de que as pessoas são autónomas, livres e responsáveis. Seja como for, é uma prática institucional vexatória para o visado, além de que pode redundar na aplicação concreta de penas criminais, que são, por definição, restritivas de direitos fundamentais. É justamente por isso que o Direito Penal deve ser limitado na sua criação, na sua finalidade e na sua aplicação. As figuras criminais e as penas que lhes estão associadas não são um instrumento qualquer de gestão social. São a forma mais intensa e mais solene de censura pública de que o Estado dispõe.

Se for assim, percebemos imediatamente duas coisas.

A primeira é que o Direito Penal não pode ser o espelho automático da moral social.

A segunda é que o Direito Penal não pode funcionar como instrumento geral de governação de todos os riscos, conflitos, escândalos e disfunções da vida social.

Uma comunidade democrática e liberal pode, e deve, reprovar muitas coisas sem as criminalizar. Pode regular, fiscalizar, orientar, corrigir, desincentivar, aplicar sanções extrapenais e educar para a cidadania sem recorrer logo à criminalização de condutas.

Por outras palavras: o Estado de Direito democrático e liberal não tem de responder penalmente a tudo aquilo que reprova.

III. O PROBLEMA CONTEMPORÂNEO: SOBRECRIMINALIZAÇÃO

O problema do nosso tempo não é apenas a criminalidade.

É também a sobrecriminalização.

Temos assistido, ao longo de muitas décadas, a uma tendência para multiplicar incriminações, ampliar medidas sancionatórias, converter problemas sociais e económicos em problemas penais e usar o crime como linguagem política imediata da desaprovação pública. Este diagnóstico de expansão caótica, desordenada e irrefletida está muito presente nas discussões contemporâneas sobre o papel do Direito Penal e também nas minhas próprias reflexões sobre o tema.

Ora, as discussões têm vindo a exacerbar-se porque os critérios tradicionais de fundamentação e limitação do Direito Penal também se tornaram cada vez mais abertos e voláteis.

Durante muito tempo, acreditou-se que a teoria do bem jurídico resolveria todos os problemas de fundamentação das novas incriminações. Bastaria dizer que o Direito Penal serve para proteger os bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, em analogia substancial com o quadro de valores consagrado na Constituição, só se justificando, por conseguinte, a criminalização de factos suscetíveis de provocar lesão ou perigo de lesão de um ou mais desses bens.

Mas essa fórmula já não basta – digo eu – nem para fundamentar nem para limitar o Direito Penal.

Procurei demonstrar noutros contextos que a teoria do bem jurídico é imperfeita. Desde logo por razões históricas e concetuais: a sua origem não é propriamente liberal, mas antes utilitarista. Além disso, a proliferação de bens coletivos, difusos, intermédios ou excessivamente abstratos tornou o conceito demasiado indefinido e desadequado a funcionar seja como padrão da criminalização, seja como argumento contra a excessiva expansão penal, consoante os casos.

Por um lado, a teoria do bem jurídico corre o risco de não acompanhar a emergência de novos valores no mundo contemporâneo, como se viu a propósito da incriminação dos maus-tratos a animais de companhia. No Acórdão n.º 70/2024, o Tribunal Constitucional só a muito custo chegou a uma maioria para não declarar a inconstitucionalidade da incriminação, apoiando-se no reconhecimento dos animais como seres vivos sensíveis, apesar de a Constituição não consagrar expressamente a promoção do bem-estar ou da dignidade dos animais. Ainda bem que o fez – digo eu –, mas o caso mostra como a teoria do bem jurídico oscila entre interpretações rígidas, que excluíam a tutela penal, e leituras mais flexíveis, que acabam por a admitir.

Por outro lado, a teoria do bem jurídico também não serve para limitar a expansão descontrolada do Direito Penal. A multiplicação de bens jurídicos supraindividuais esvaziou o conceito de bem jurídico de qualquer referente objetivo, tornando-o manipulável pelo legislador e inútil para o julgador como pauta de interpretação de cada tipo legal de crime e da sua eventual desaplicação com fundamento na falta de bem jurídico constitucionalmente protegido, já para não dizer que também é insuscetível de aproveitamento pela doutrina para avaliação crítica do catálogo das normas incriminadoras em vigor num determinado ordenamento jurídico.

Seja como for, os próprios defensores da teoria do bem jurídico aceitam que a criminalização de condutas não depende apenas da possibilidade de se identificar o bem que está em causa ou – como eu prefiro dizer – do valor que está em causa, mas também, e sobremaneira, de saber se há razões suficientes para se escolher precisamente a resposta penal. Este raciocínio bifásico dá corpo ao velho binómio incindível do **merecimento de pena** e da **necessidade de pena**.

É aqui que entra um princípio de que se fala muito, mas nem sempre é levado a sério, a saber: o **princípio de *ultima ratio***, ou seja, que o Direito Penal não seja usado como mero instrumento de engenharia social, a par de outros, mas antes como meio excecional cujo

emprego reclama um **rigoroso juízo de proporcionalidade** devido ao impacto que a sua utilização pode implicar para os indivíduos e para a sociedade.

Os limites desse juízo de proporcionalidade são, cumulativamente, a **idoneidade**, a **necessidade** e a **razoabilidade**. Uma norma penal é idónea se for útil para alcançar o resultado esperado pelo legislador, embora não se espere uma eficácia a cem por cento. Essa norma penal é necessária se o legislador não dispuser de outro meio igualmente eficaz e menos invasivo no tocante aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Finalmente, a mesma norma penal é razoável se o sacrifício imposto couber numa justa medida à luz de parâmetros constitucionais. A violação deste último limite importa excesso no emprego do instrumento sancionatório. Tais limites decorrem do artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

IV. UMA GRELHA PRÁTICA: CINCO PERGUNTAS PARA DECIDIR SE DEVE HAVER CRIME

Para tornar isto mais claro, proponho uma grelha muito simples. Cinco perguntas.

Primeira pergunta: a conduta pertence realmente à esfera pública?

Há comportamentos errados que pertencem predominantemente à esfera íntima. A sociedade pode desaprová-los moralmente, mas isso não significa que devam ser crime. O caso do incesto consentido entre indivíduos adultos ajuda a mostrar que nem toda a imoralidade privada deve ser convertida em ilícito penal.

Segunda pergunta: o mal é suficientemente grave?

Nem todos os comportamentos errados na esfera pública têm gravidade suficiente para merecer pena. Mas há casos-limite em que essa gravidade existe. Os maus-tratos a animais de companhia são um bom exemplo: a sua criminalização não precisa de ser apresentada nos termos clássicos de um bem jurídico humano ou de um direito, valor ou interesse expressamente nomeado na Constituição, mas pode fundar-se na censura de uma conduta cruel contra seres sencientes. Infligir sofrimento físico injustificado a um animal de companhia revela um desvalor suficientemente intenso para justificar a intervenção penal, desde que o tipo legal permaneça delimitado e não transforme toda a incorreção no trato com animais em crime.

Terceira pergunta: o ilícito é suficientemente determinado e comprovável?

A gravidade do comportamento não basta. O tipo legal tem de ser suficientemente claro, previsível e comprovável. Uma incriminação aberta, demasiado dependente de avaliações vagas ou de suspeitas difusas, cria riscos graves para a legalidade e para a igualdade na aplicação da lei. O recebimento ou oferta indevidos de vantagem mostra bem essa dificuldade. Se bastasse a existência de uma vantagem não devida entregue a um funcionário, sem exigência de uma conexão funcional bastante, o tipo aproximar-se-ia perigosamente da punição da simples criação de um clima favorável, ou mesmo da suspeição e da mera aparência. Por isso, a sua aplicação só se torna dogmaticamente aceitável quando se exige um nexo de idoneidade lesiva entre a vantagem e o âmbito

funcional ou decisório do funcionário, bem como uma orientação da vantagem para o exercício das funções.

Quarta pergunta: existem meios menos gravosos e igualmente eficazes?

Esta é talvez a pergunta mais importante: se a proteção puder ser suficientemente assegurada por meios regulatórios, administrativos, disciplinares ou civis, então o Direito Penal deve recuar. A pena deve ser a última resposta, não a primeira reação disponível perante cada comportamento socialmente indesejável.

Quinta pergunta: qual é a instituição mais apta para lidar com certo tipo de comportamento errado?

Muitas vezes o problema já não é apenas substantivo. É institucional. Quem está mais bem colocado para lidar com certo tipo de comportamento errado? As autoridades judiciais? As autoridades reguladoras independentes? Os serviços da administração direta, indireta ou autónoma? As empresas sujeitas a deveres de cumprimento normativo?

Esta quinta pergunta é decisiva para a segunda metade da aula. A questão não é apenas saber se deve haver sanção. É também saber que espécie de sanção deve existir, com que finalidade, aplicada por qual instituição e mediante quais procedimentos.

V. QUANDO REGULAR É MELHOR DO QUE CRIMINALIZAR

Chego agora ao núcleo institucional da aula.

Há áreas da sociedade e, em especial, da economia, desde as infraestruturas de rede até aos serviços financeiros, em que o Direito Penal funciona mal. Não por falta de severidade, mas por inadequação estrutural.

Pensemos nos mercados financeiros.

Aí, o problema não está apenas em punir factos consumados ou a respetiva tentativa. Está em garantir transparência, integridade, confiança dos investidores, monitorização constante, deteção precoce dos abusos de mercado, recolha de informação especializada, intervenção técnica e prevenção sistémica.

O Direito Penal não está vocacionado para prevenir ou resolver os problemas gerais dos mercados financeiros, nem muito menos as crises financeiras. Essas tarefas pertencem à regulação exercida por autoridades independentes com amplos poderes de regulamentação, supervisão e sancionamento extrapenal.

E o ponto decisivo é este: mesmo quando o bom funcionamento dos mercados financeiros e a sua integridade satisfazem o critério do **merecimento de tutela penal**, isso não basta. É preciso ainda verificar a **necessidade de pena** e nessa área esse filtro é particularmente exigente. A conclusão é que a intervenção penal deve ser muito reduzida.

Isto vale também para outros setores, a saber: ambiente, cadeias de abastecimento, comunicações, energia, entre muitos outros, sem esquecer a defesa da concorrência, que é transversal a toda a economia.

Nestas áreas, as autoridades reguladoras independentes têm vantagens institucionais próprias, designadamente, acompanham as empresas ou o setor de forma contínua, emitem orientações, conhecem a linguagem técnica do mercado, fazem auditorias e inspeções, acedem a informações especializadas diretamente ou através da colaboração necessária das empresas, impõem deveres de correção, instauram procedimentos sancionatórios, negociam medidas de diversão processual, aplicam sanções extrapenais e, muitas vezes, atuam antes de os efeitos indesejáveis se consumarem.

A grande vantagem da regulação não está apenas em poder sancionar as empresas e as pessoas singulares com coimas de valores substancialmente superiores às multas penais. **Está em regulamentar, supervisionar, corrigir e induzir conformidade.**

VI. REGULAÇÃO RESPONSIVA E AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Cabe aqui destacar uma evolução da regulação especialmente significativa: a **regulação responsiva**.

A regulação clássica limitava-se muitas vezes a verificar incumprimentos e a instaurar processos sancionatórios. Mas as reflexões mais recentes mostram uma evolução para modelos mais calibrados, mais escalonados e mais versáteis, em que a atuação do regulador se adapta ao comportamento da entidade supervisionada e à qualidade dos seus mecanismos de conformidade normativa.

A imagem mais útil aqui é a da **pirâmide regulatória**. Na base, medidas persuasivas, recomendações, advertências e imposição de remédios. Depois, medidas administrativas mais severas e sanções pecuniárias. E só no topo, suspensão ou revogação de licenças e eventual articulação com a via penal. A imagem da pirâmide regulatória é importante porque desmonta um equívoco muito comum: o de que a alternativa ao Direito Penal é a fraqueza.

Não. A alternativa ao Direito Penal pode ser uma resposta **mais rica, mais graduada, mais técnica e mais eficaz**, assegurando, do mesmo passo, as garantias fundamentais das empresas e dos indivíduos. Entre não fazer nada e sancionar penalmente alguém existe um mundo institucional inteiro. E esse mundo é o da regulação.

O mesmo vale para o **cumprimento normativo**.

O *compliance* começou muitas vezes como autorregulação voluntária. Mas, em muitos setores, evoluiu para autorregulação regulada, ou seja, legalmente imposta e supervisionada, com cominação de sanções para as falhas dos programas e sistemas de conformidade, exigindo designação de oficiais de cumprimento, avaliação de riscos, formação dos trabalhadores, canais de denúncia, investigações internas, monitorização e documentação de procedimentos.

Evidentemente, todas essas medidas comportam riscos, tais como programas de fachada ou, ao invés, excesso de conformidade e burocracia, relação simbiótica entre público e privado gerando captura do regulador, investigações internas agressivas desrespeitando direitos dos trabalhadores, privatização do controle de riscos e alienação do regulador, entre outros riscos.

Mas esses riscos não anulam a vantagem central do modelo: **a possibilidade de atuar preventivamente sobre organizações complexas, sem esperar pelo ilícito consumado, pelo escândalo público ou pelo colapso económico.**

VII. EMPRESAS, GRUPOS ECONÓMICOS E OS LIMITES DO DIREITO PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS

Há ainda outro ponto importante.

Mesmo quando o Direito Penal procura adaptar-se aos desafios da criminalidade económica através da responsabilidade das pessoas coletivas, o mesmo continua muitas vezes a funcionar mal perante a realidade dos grandes grupos empresariais.

E porquê?

Porque o Direito Penal tende a pensar em pessoas singulares, ou, quando muito, em pessoas coletivas individualizadas.

Já o Direito Regulatório, designadamente o Direito da Concorrência, opera com o conceito de **empresa como unidade económica**. Isto faz toda a diferença.

No Direito da Concorrência, “empresa” é um conceito económico com relevo jurídico. Pode abranger várias entidades que constituam uma única unidade económica, incluindo sociedades-mãe e subsidiárias, desde que estas não atuem autonomamente no mercado. Isso permite imputar a infração à realidade económica efetiva do grupo.

Além disso, a coima pode ter por referência o **volume de negócios do grupo económico** e não apenas o da sociedade diretamente envolvida. O efeito dissuasor é incomparavelmente maior.

É por isso que tenho sustentado que, em certos domínios, o Direito Regulatório sanciona mais eficazmente **empresas** do que o Direito Penal sanciona **pessoas coletivas**. O conceito de empresa permite atingir o verdadeiro centro de decisão e a verdadeira escala económica da infração. O conceito penal clássico, pelo contrário, fica muitas vezes preso a compartimentações societárias demasiado formais.

Dito de forma simples: **nos grandes ilícitos económicos, o Direito Penal pergunta muitas vezes quem fez, ao passo que o Direito Regulatório pergunta quem manda, quem beneficia e qual é a verdadeira dimensão económica da prática.**

VIII. AUTOBRANQUEAMENTO E FUGA PARA A FRENTE REPRESSIVA

Quero agora pegar num exemplo muito expressivo daquilo a que já tenho chamado a fuga para a frente do Direito Penal.

Refiro-me à criminalização do **autobranqueamento de capitais**.

Embora os instrumentos internacionais de 1988⁷, 1990⁸, 2000⁹ e 2003¹⁰ não impusessem a punição do autobranqueamento, a pressão do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e a posterior evolução normativa da União Europeia alteraram gradualmente esse paradigma. Em 2015, a Alemanha passou a admitir a punição do autor ou participante do crime precedente, mas apenas quando este introduzisse o bem no circuito económico ou financeiro e, ao fazê-lo, dissimulasse a sua origem ilícita. A reforma alemã de 2021 ampliou o âmbito do branqueamento, no quadro do chamado *all-crimes approach*, evolução também impulsionada pela Diretiva (UE) 2018/1673¹¹.

Contudo, essa ampliação exige uma interpretação conforme aos princípios *ne bis in idem* e *nemo tenetur se ipsum accusare*, de modo a evitar a duplicação punitiva de condutas sem desvalor autónomo. Na prática, importa distinguir entre o simples uso ou consumo do produto do crime e a sua introdução no tráfico jurídico-económico acompanhada de dissimulação manipulativa da origem ilícita.

Portugal antecipou-se, em certa medida, a esta tendência europeia. Desde a introdução do artigo 368.º-A no CP, pela Lei n.º 11/2004¹², a referência a vantagens “obtidas por si ou por terceiro” viabilizou a punição do autobranqueamento, pelo menos nas modalidades de conversão, transferência, auxílio ou facilitação de operações destinadas a dissimular a origem ilícita das vantagens ou a evitar a perseguição criminal do autor ou participante do facto antecedente.

Mas o foco crescente no autobranqueamento corre o risco de obscurecer as razões político-criminais que estiveram na génese do crime de branqueamento. Quando o beneficiário económico das vantagens já se encontra identificado como agente do ilícito antecedente, a sua condenação adicional por autobranqueamento pode converter-se numa duplicação punitiva de utilidade limitada, sobretudo quando a conduta posterior não revele desvalor autónomo. Este cenário mostra que a expansão penal não se traduz

⁷ Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, adotada a 19 de dezembro e aberta para assinaturas a 20 de dezembro de 1988, em Viena, Áustria.

⁸ Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, adotada a 8 de setembro de 1990 pelo Comité de Ministros do CE e aberta para assinaturas a 8 de novembro de 1990, em Estrasburgo, França.

⁹ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada a 15 de novembro pela Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque, Estados Unidos da América, e aberta para assinaturas na conferência de alto nível em Palermo, Itália, entre 12 e 15 de novembro de 2000.

¹⁰ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada a 31 de outubro pela Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque, Estados Unidos da América, e aberta para assinaturas em Mérida, México, entre 9 e 11 de dezembro de 2003.

¹¹ Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal.

¹² Artigo 53.º (Aditamento ao Código Penal) da Lei n.º 11/2004, de 27 de março. Este diploma foi expressamente revogado pela Lei n.º 25/2008, de 05 de junho.

necessariamente num ganho de racionalidade, mas apenas num aumento da complexidade com prejuízo para a celeridade processual.

Mas o ponto talvez mais importante deste tópico é outro.

No fenómeno do branqueamento, o que surge como verdadeiramente promissor não é a ampliação repressiva, mas um melhor aproveitamento da interação entre a dimensão penal e os deveres preventivos impostos às entidades obrigadas. Entre estes, assume especial relevo o dever de comunicação de operações suspeitas, que permite monitorizar fontes de risco, seguir o rasto do dinheiro e chegar à identificação dos beneficiários económicos efetivos.

A grande lição é esta: a tentação de punir cada vez mais pode esconder o essencial – seguir o rasto do dinheiro, atingir as estruturas que tornam possível a circulação dos capitais ilícitos e recuperar os ativos.

A lei impõe às entidades obrigadas o dever de comunicarem operações suspeitas, por sua própria iniciativa, tanto ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) como à Unidade de Informação Financeira (UIF) da Polícia Judiciária (artigo 43.º da Lei n.º 83/2017)¹³. Esta dupla comunicação pretende assegurar a intervenção rápida do Ministério Público (MP) quando seja necessário suspender operações ou instaurar inquéritos, bem como a análise financeira especializada pela UIF. Mas levanta uma questão de eficiência institucional: não estará o sistema a antecipar excessivamente a entrada em campo do aparelho judiciário, obrigando o MP a lidar com grandes volumes de informação que ainda não correspondem propriamente a uma notícia de crime, mas apenas a sinais de risco?

A comunicação de uma operação suspeita não é, em si mesma, uma denúncia criminal. É antes um alerta preventivo que exige triagem técnica antes de poder adquirir relevância penal. Por isso, a receção simultânea de todas as comunicações pela UIF e pelo DCIAP pode gerar uma sobreposição funcional: aumenta o volume de informação disponível, mas não garante, só por si, melhor inteligência financeira nem maior eficácia investigatória.

A comparação com a Alemanha é elucidativa. Desde 2017, a UIF alemã (*Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*)¹⁴ deixou a esfera da polícia federal e passou para a administração aduaneira federal. A UIF recebe e analisa as comunicações e só transmite às autoridades policiais ou ao MP os casos em que a análise revele uma suspeita materialmente relevante. Atua, assim, como filtro técnico entre o setor privado e o aparelho repressivo do Estado.

Uma reforma portuguesa inspirada neste modelo permitiria reforçar a autonomia funcional da UIF e reservar a intervenção do DCIAP para os casos em que a análise financeira já tenha identificado indícios consistentes de crime. O ganho seria duplo: proteger-se-ia melhor a privacidade de cidadãos e empresas cujas operações venham a

¹³ Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Versão em vigor: Lei n.º 70/2025, de 22 de dezembro.

¹⁴ A UIF alemã usa oficialmente também a denominação e o acrónimo ingleses: *Financial Intelligence Unit* – FIU.

revelar-se lícitas e libertar-se-iam recursos do MP para investigações com verdadeira viabilidade processual.

A criação da Autoridade para o Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo (*Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism* – AMLA) confirma esta orientação. A nova autoridade europeia, sediada em Frankfurt am Main, não substitui as UIF nacionais nem impõe a todos os Estados-membros um modelo administrativo puro. Mas reforça uma lógica de harmonização, qualidade dos dados, cooperação transfronteiriça e análise financeira especializada, deslocando o centro de gravidade do sistema para a inteligência financeira qualificada.

Em suma, **o futuro do combate ao branqueamento não está em punir mais, mas em filtrar melhor**. A eficácia do sistema depende menos da acumulação de tipos penais do que da capacidade de transformar comunicações suspeitas em inteligência útil, investigações seletivas e recuperação efetiva de ativos.

IX. NOTAS SOBRE QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS

Uma parte substancial do problema da sobrecriminalização pode ser enfrentada por **aperfeiçoamentos processuais prudentes**, sobretudo no combate à criminalidade de carácter associativo, organizado ou plurissubjetivo, sem abdicar do núcleo das garantias de defesa.

Defender menos criminalização não significa defender um processo penal mais fraco. Significa exatamente o contrário. Se o Direito Penal deve ficar reservado para os casos mais graves, então o processo penal tem de estar à altura desses casos: mais seletivo, mais eficiente, mais tecnológico e, ao mesmo tempo, mais fiel às garantias de defesa.

É aqui que entra a questão da **colaboração premiada**.

Em vários textos que escrevi sobre o tema, procurei saber se um acordo de colaboração premiada – entendido como contrato processual com obrigações recíprocas – pode ser transferido de um sistema adversarial, à maneira norte-americana, para sistemas de estrutura acusatória sujeitos a controlo judicial forte, à maneira europeia continental. A resposta que proponho é afirmativa: **a colaboração premiada pode ser ajustada aos princípios de um processo penal próprio de um Estado de Direito democrático e liberal, desde que enquadrada pelas garantias do processo equitativo**.

Da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 apenas passou para a Lei n.º 94/2021¹⁵ a dispensa de pena para os arguidos que quebrem o pacto corruptivo e denunciem o crime antes da instauração do procedimento criminal ou, após a sua instauração, contribuam decisivamente para a descoberta da verdade na fase de inquérito ou instrução, bem como a atenuação especial da pena para os arguidos que colaborem ativamente até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância¹⁶. Não

¹⁵ Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

¹⁶ Entre outros, o artigo 374.º-B (Dispensa ou atenuação de pena) do CP e o artigo 19.º-A (Dispensa ou atenuação de pena) da Lei n.º 34/87, na redação introduzida ou alterada pela Lei n.º 94/2021.

foi prevista a imunidade para o colaborador, nem foi criado qualquer regime processual de operacionalização dos mecanismos premiais. O colaborador fica à mercê da última palavra do juiz, e as autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal ficam sem diretrizes claras de atuação. Como se antevia, o DCIAP não registou quaisquer manifestações de interesse após a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021.

A solução portuguesa ficou muito aquém dos instrumentos internacionais de 2000¹⁷ e 2003¹⁸ e das soluções de Direito comparado, embora se tenha, de alguma forma, inspirado no Direito alemão.

A recente Diretiva (UE) 2026/1021¹⁹ limita-se, neste ponto, a impor a previsão de circunstâncias atenuantes quando o autor da infração, no que respeita à colaboração individual com as autoridades, forneça informações relevantes para identificar outros infratores ou encontrar elementos de prova²⁰.

Quero ser muito claro neste ponto.

A colaboração premiada deve ser assumida como **instrumento excecional**, mas legítimo, de política criminal e de processo penal, especialmente adequado à investigação da corrupção, da criminalidade económico-financeira e de outras formas de criminalidade organizada ou associativa, nas quais a prova se encontra frequentemente encerrada em pactos de silêncio, estruturas de lealdade interna e mecanismos sofisticados de ocultação. A mera previsão substantiva da dispensa ou atenuação da pena é insuficiente: **falta um regime processual claro que discipline a iniciativa, a negociação, a forma, os limites, a homologação judicial e os efeitos da colaboração premiada.**

Uma reforma do processo penal português deveria, por isso, prever um **regime legal autónomo de colaboração premiada**, assente em critérios objetivos de admissibilidade, voluntariedade do colaborador, assistência efetiva por defensor, forma escrita e documentada, controlo judicial da legalidade, regularidade e proporcionalidade do acordo, proteção dos direitos de defesa dos coarguidos e exigência de corroboração independente das declarações prestadas e dos meios de prova facultados. Só assim a colaboração premiada poderá funcionar como meio legítimo de revelação dos factos e de desestruturação de redes criminosas, sem degenerar em instrumento arbitrário de pressão negocial, erosão da legalidade ou justiça dependente da delação.

Já o **acordo sobre a sentença penal**, embora expressamente equacionado na ENCC 2020-2024, acabou por ficar fora da legislação portuguesa subsequente, designadamente da Lei n.º 94/2021. Essa falta de previsão constitui uma lacuna relevante. Embora obedeça a uma lógica distinta da colaboração probatória, o acordo sobre a sentença integra a mesma filosofia geral de abertura controlada do processo penal a espaços de oportunidade, consenso e racionalização da resposta penal, desta feita centrada na

¹⁷ Nota de rodapé 9.

¹⁸ Nota de rodapé 10.

¹⁹ Diretiva (UE) 2026/1021 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2026, relativa à luta contra a corrupção, que substitui a Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho e a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia e que altera a Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁰ Artigo 16.º (Circunstâncias atenuantes) da Diretiva (UE) 2026/1021.

economia processual, na confissão e na antecipação consensual da decisão sancionatória. A sua previsão expressa, transparente e garantística permitiria substituir práticas informais ou zonas de incerteza por soluções normativamente reguladas, judicialmente controladas e compatíveis com o processo equitativo.

Talvez seja também chegado o momento de admitir, de forma expressa e controlada, **alguns espaços de oportunidade quanto à decisão de não instaurar ou de não prosseguir o inquérito**, especialmente em situações de manifesta insignificância penal, reduzida danosidade social ou evidente desnecessidade concreta de intervenção do sistema penal. A interpretação portuguesa do princípio da legalidade continua particularmente rígida, mesmo quando comparada com a experiência alemã, onde se admitem há muito soluções legalmente tipificadas de não prossecução penal em casos de pequena criminalidade ou culpa diminuta, designadamente nos termos dos §§ 153 e 153a do Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung* – StPO). A questão não deve ser colocada como abandono da legalidade, mas como sua densificação racional: a obrigatoriedade da ação penal pode conviver com critérios legais, transparentes e sindicáveis de oportunidade.

A reforma do processo penal português deveria ainda repensar profundamente o atual **estatuto do Juiz de Instrução**, cuja configuração acumula funções dificilmente compatíveis: por um lado, atua como juiz das garantias no inquérito, autorizando ou controlando atos restritivos de direitos fundamentais; por outro, dirige a fase de instrução, podendo praticar atos instrutórios, apreciar a suficiência indiciária da acusação ou do requerimento de abertura de instrução e proferir uma decisão de pronúncia ou não pronúncia que, em certos casos, se aproxima de uma antecipação provisória do julgamento.

Esta ambivalência ajuda a explicar as diferentes culturas jurisdicionais em torno da instrução – umas mais próximas da lógica da acusação, outras mais próximas da lógica da defesa –, não necessariamente por idiosincrasias dos magistrados, mas porque a própria lei lhes atribui papéis processuais intrinsecamente contraditórios. A experiência comparada mostra que é possível separar melhor essas funções: na Alemanha, o Juiz de Investigação (*Ermittlungsrichter*) intervém no inquérito preliminar (*Ermittlungsverfahren*) sobretudo para controlar a legalidade de atos requeridos pelo Ministério Público (§ 162 StPO), ao passo que a decisão sobre a abertura do procedimento principal cabe, no procedimento intermédio (*Zwischenverfahren*), ao tribunal competente para apreciar se a acusação deve ser admitida para julgamento (§§ 199-211 StPO), sem antecipar um juízo de mérito sobre a culpabilidade do acusado; em Itália, o Juiz de Investigação Preliminar (*Giudice per le Indagini Preliminari* – GIP) intervém sem poderes autónomos de iniciativa probatória e essencialmente para garantir a legalidade do inquérito preliminar (*indagini preliminari*), ao passo que o Juiz da Audiência Preliminar (*Giudice dell'Udienza Preliminare* – GUP) é o sujeito responsável por decidir, durante a audiência preliminar, sobre o pedido do Ministério Público para enviar o acusado a julgamento, ficando impedido de integrar o tribunal de julgamento se tiver ordenado esse envio.

Assim, preservando, entre nós, a instrução enquanto fase necessária de controlo judicial e de eventual alteração substancial do objeto do processo, designadamente por iniciativa do assistente, seria preferível substituir o atual modelo por uma arquitetura diferenciada: um **Juiz do Inquérito**, ou juiz das garantias, competente para autorizar, validar e

controlar atos lesivos de direitos fundamentais, e um **Juiz de Admissão**, competente para decidir se a acusação deve seguir para julgamento, sem poderes autónomos de investigação e, em qualquer caso, impedido de julgar o processo.

Essa fase intermédia poderia ainda servir para organizar os autos segundo uma lógica verdadeiramente acusatória, separando os **autos de investigação**, acessíveis à defesa e ao assistente, dos **autos destinados ao julgamento**, que deveriam conter essencialmente as provas irrepetíveis e os demais atos legalmente admissíveis, mas não as provas repetíveis produzidas no inquérito ou na instrução, salvo acordo das partes para a sua remessa ao juiz de julgamento. A inspiração italiana do sistema de separação de pastas processuais (*doppio fascicolo*) – através da divisão entre os autos de investigação (*fascicolo del pubblico ministero*) e os autos de julgamento (*fascicolo per il dibattimento*) – permitiria reduzir o risco de contaminação cognitiva do juiz de julgamento, preservar a presunção de inocência, reforçar a igualdade de armas e devolver à audiência a sua função própria: a produção contraditória, oral e imediata da prova perante o tribunal que há de julgar.

A reforma da fase de instrução também poderia contribuir para a **triagem e consolidação dos elementos de prova relevantes**, sobretudo nos megaprocessos em que a prova assume volumes desmesurados. Nos sistemas europeus continentais não existe, em regra, uma fase de revelação prévia da prova comparável à *discovery* dos sistemas anglo-americanos. Ainda assim, é possível imaginar um momento processual de organização consensual da prova, com definição e validação judicial de metodologias de análise e triagem, em especial quando esteja em causa prova eletrónica de grande volume.

Esse momento poderia acolher, quando adequado, **protocolos de revisão assistida por tecnologia**, incluindo métodos de **codificação preditiva** (*predictive coding*). O recurso a ferramentas de **inteligência artificial** na gestão, análise e triagem da prova torna-se cada vez mais necessário, desde que compatível com as garantias do processo equitativo.

De resto, a aposta na introdução de sistemas e ferramentas de inteligência artificial na justiça é necessária, é urgente e, felizmente, está já a acontecer entre nós.

A mensagem que eu retiraria deste ponto é esta:

Há espaço para incrementar a eficiência do processo penal, sobretudo no enfrentamento da criminalidade mais grave, mas preservando as garantias de defesa.

X. NOTAS SOBRE QUESTÕES PROCESSUAIS NA REGULAÇÃO

Há também questões processuais relevantes no domínio da regulação sancionatória. O modelo português das contraordenações, inspirado no Direito alemão das *Ordnungswidrigkeiten*, constitui uma solução peculiar no panorama europeu. A sua estrutura híbrida – uma fase administrativa seguida de uma eventual impugnação judicial de plena jurisdição – tende a tornar os processos especialmente complexos nos setores regulados, sobretudo quando estão em causa grandes contraordenações económicas e financeiras.

Em muitos casos, estes processos duram tanto ou mais do que processos penais complexos. A prescrição do procedimento não é rara, em particular quando se somam impugnações judiciais, recursos ordinários, recursos de constitucionalidade e, em certas matérias, reenvios prejudiciais para o Tribunal de Justiça. O problema, porém, não deve ser resolvido com foco no aumento dos prazos de prescrição do procedimento, que poderá ser desproporcional em relação à natureza das infrações em causa. A questão central é outra: como aumentar a eficiência sem reduzir garantias?

É neste ponto que o **desenho institucional merece ser repensado**. Qual é o sentido de uma decisão final do regulador, adotada após instrução administrativa, se converter, na fase judicial, numa espécie de acusação entregue ao Ministério Público? E qual é o sentido de coexistirem, em julgamento, duas presenças públicas com funções próximas – o Ministério Público e o regulador –, como sucede nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência?

Uma alternativa passaria por reforçar a qualidade contraditória da fase administrativa, aproximando-a, em certos aspetos, do **modelo europeu**. A figura do responsável independente pela audição (*hearing officer*) poderia servir de inspiração: não como importação mecânica, nem como substituto do controlo jurisdicional, mas como mecanismo de reforço da imparcialidade procedimental, da efetividade do direito de audição e da separação entre investigação, acusação e decisão. Uma figura semelhante nos reguladores nacionais permitiria uma fase administrativa mais robusta, transparente e garantística, sem dispensar posterior impugnação judicial efetiva, dotada de poderes suficientes de controlo sobre os factos, o direito, a prova e a sanção.

O objetivo não seria enfraquecer o controlo jurisdicional, mas racionalizá-lo. A impugnação judicial continuaria a existir, naturalmente, com a intensidade exigida pelo artigo 47.º da Carta e pelo artigo 6.º da CEDH, mas poderia concentrar-se nos pontos efetivamente controvertidos, em vez de reabrir todo o processo como se nada tivesse ocorrido.

A mensagem neste ponto é esta:

A eficiência regulatória não exige menos garantias; exige melhores garantias, colocadas no momento processual certo.

XI. CONCLUSÕES

Voltemos então à pergunta inicial:

– Quando é que uma conduta deve ser crime?

A resposta que procurei defender é a seguinte:

Deve ser crime quando represente um erro público suficientemente grave para justificar a mais intensa forma de censura pública do Estado; quando a sua definição seja suficientemente clara, previsível e comprovável; quando não haja meios menos

gravosos e igualmente eficazes; e quando o sistema penal seja realmente o mais adequado para lidar com o problema.

Mas isso acontece menos vezes do que habitualmente se pensa.

Há condutas erradas que não devem ser crime porque pertencem à esfera íntima.

Há condutas graves cuja melhor resposta é regulatória e não penal.

Há setores em que as autoridades reguladoras independentes dispõem de uma aptidão institucional que o sistema de justiça penal não tem.

Há crimes económicos e financeiros em que a recuperação dos ganhos ilícitos é mais relevante do que a multiplicação de incriminações.

Por isso, a primeira conclusão da aula é a seguinte:

Num Estado de Direito democrático e liberal, o Direito Penal não deve ser o primeiro instrumento da política pública, nem o espelho automático da moral social. Deve ser um instrumento importante, mas residual, reservado para os erros públicos mais graves e para os casos em que os outros meios jurídicos falham ou não bastam.

E acrescento uma segunda conclusão:

Uma sociedade livre protege-se melhor quando entrega grande parte da disciplina dos mercados e dos setores regulados às autoridades reguladoras independentes, reservando o sistema penal para um núcleo restrito e realmente necessário de casos.

E termino com esta última ideia:

Melhorar o sistema penal implica melhorar o processo penal; mas essa melhoria só é legítima se caminhar sempre com as garantias de defesa, nunca contra elas.

Assinalo ainda uma dificuldade:

Talvez o maior desafio do nosso tempo seja construir respostas públicas articuladas, eficientes e proporcionais para ilícitos que atravessam fronteiras mais depressa do que as autoridades nacionais conseguem cooperar. Os mercados continuam globais, os fluxos de capitais ilícitos também, mas a resposta jurídica permanece demasiadas vezes nacional, fragmentária e desencontrada.

Por fim, deixo no ar uma inevitabilidade:

A tendência para a expansão do Direito Penal não nasce apenas da política criminal dos Estados.

Em muitos domínios, é impulsionada por **instrumentos internacionais vinculativos** e pela própria **integração europeia**.

Isto significa que a expansão penal contemporânea já não é apenas uma questão interna. É também uma questão de **governança multinível**.

Mas esta já seria matéria para outra aula. Afinal, a aula de jubilação nunca é a última aula.

Muito obrigado.