

Efeitos automáticos das penas: uma reflexão

FRANCISCO BORGES*

*A Manuel da Costa Andrade**,
meu mestre, meu amigo.*

SUMÁRIO: I. Fundamento da proibição. II. Em que consiste a automaticidade. III. Âmbito da proibição: efeitos das penas e efeitos dos crimes. IV. Classificação preliminar: penas acessórias e efeitos de natureza extra-penal. V. Uma determinada concepção da pessoa humana. VI. Vantagens da automaticidade. VII. Vantagens da intervenção de um tribunal. VIII. Configuração como pena acessória. IX. Efeitos de natureza extra-penal. X. Em que ficamos, então?***

«Convencia-se de que era verdade, que havia excepções, que a autoridade podia ser confundida, que a regra podia estacar perante um facto, que nem tudo se ajustava no texto do código, como num molde, que havia casos imprevistos a que era forçoso obedecer, que a virtude de um forçado podia armar laços à virtude de um funcionário, que o monstruoso podia tornar-se divino, que o destino tinha destas ciladas, e não podia esquivar-se à angustiosa lembrança de que ele mesmo fora vítima de uma surpresa».

Victor Hugo, *Os Miseráveis*

* Investigador colaborador do CEDIS, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

** Impedem-me as mais elementares regras da modéstia de tecer, nesta sede, o elogio desse nome maior dos direitos e letras que de Portugal irradiam para o mundo que é Manuel da Costa Andrade. Destacando a sua sagacidade e finura. A coragem e vigor na abertura de novos caminhos. O lastro amplo e profundo de reflexões que se oculta por detrás de cada uma das suas ideias, fazendo com que afinal nunca sejam só essas ideias, mas possuindo sempre o alcance de mundos. O amor que dedica à língua portuguesa, depurando e decantando os seus textos até criar a ilusão de que não foram depurados e decantados. Não, não o farei. Impõem-me, porém, os ainda mais elementares deveres da justiça e da gratidão que deixe aqui testemunho da generosidade e calor com que me acolheu enquanto seu assessor no Tribunal Constitucional, da alegria que senti sempre ao trabalhar naquele gabinete, enfim, da amizade que, por magnanimidade, me tem oferecido desde então. *Ubi amici, ibi opes.*

*** Muito agradeço a Afonso Patrão, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Margarida Cortez e Miguel João Costa os valiosos comentários que efectuaram a uma versão anterior deste texto. As posições nele assumidas só a mim vinculam.

I. Fundamento da proibição

1. «Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos», dispõem o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição e o artigo 65.º, n.º 1, do Código Penal. Apesar de serem vários os tópicos objecto de disputa em torno destas disposições, parece ser pacífica, ao menos, a identificação da sua finalidade precípua. Muito simplesmente, trata-se de obviar à estigmatização do delinquentes condenado e de promover a sua reinserção social após o cumprimento da pena¹.

Conforme se pronunciou Ferrer Correia, por ocasião da 25.ª sessão da Comissão Revisora do Código Penal – em que se discutia o projecto de Parte Geral de Eduardo Correia, de 1963 –, «[o] automatismo das chamadas penas acessórias, v. g., da demissão, não pode aceitar-se – disse – na medida em que briga claramente com o fim da pena que se reputa essencial: o da recuperação social do delinquentes. Pois é precisamente o seu carácter automático que lhe confere a natureza de labéu, de pena infamante, de marca indelével; se uma tal concepção das coisas se pode, porventura sem contradição, defender dentro de um sistema rígido de prevenção geral ou de retribuição cega, não pode deixar de postergar-se desde que tal sistema seja equacionado – como sempre será indispensável – com fins de prevenção especial, conexionsados com um dever moral de solidariedade ou de auxílio à pessoa do delinquentes»².

Deste modo, não seriam postergados os efeitos em si mesmos considerados. A censura cingir-se-ia à sua aplicação automática, sem consideração pelas especificidades do caso concreto, no que respeita à articulação entre, por um lado, o interesse público que o efeito restritivo visaria acautelar, e, por outro, a obrigação que incumbe ao Estado de contribuir para a ressocialização do delinquentes, assimilável a uma ideia de prevenção especial positiva. Quanto a este último aspecto, pense-se, por exemplo, na situação do criminoso a que é vedado o acesso a determinadas profissões, incluindo aquela a que se dedicou durante toda a vida. O que vai fazer depois de cumprida a pena? Não lhe será assim muito

¹ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, Parte Geral*, II, Aequitas, 1993 (DP II), §§ 22 e 197 ss, e, ainda que invocando igualmente os princípios da culpa e da jurisdiccionabilidade (como, de resto, faz boa parte da jurisprudência do Tribunal Constitucionál – cfr., v.g., os Acórdãos n.ºs 16/84, 748/93, 461/2000 ou 239/2008), GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, 504. Em declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 376/2018 do Tribunal Constitucionál, o homenageado deste estudo, em jeito de síntese, atribui ao artigo 30.º, n.º 4, da Constituição o propósito de evitar a produção de efeitos automáticos «de sentido e ressonância ainda sancionatórias».

² Cfr. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, II, separata do BMJ, 1966, 97-8.

mais difícil integrar-se na comunidade e afastar-se de um estilo de vida que envolva a prática de crimes?

A automaticidade da perda de direitos levaria a que esta medida houvesse de ser interpretada pela comunidade como uma extensão da sanção aplicada, sendo, então, decisivo o seu carácter meramente punitivo e desligado de uma ponderação, *in casu*, da sua necessidade, face aos interesses públicos em jogo – por exemplo, a conveniência *lato sensu* do serviço em que o condenado trabalhava e a que pretende regressar. Daí o seu carácter potencialmente infamante: é por ter sido condenado que o delinquente perdeu estes ou aqueles direitos, não por, *in casu*, tal medida se ter mostrado necessária para acautelar o interesse público, num qualquer domínio particular, e deixando, de resto, o seu estatuto pessoal incólume.

Assim, ao mal da pena, acrescentar-se-ia o mal do efeito, possivelmente até mais gravoso que o primeiro, na medida em que aquele ao menos se encontra sujeito aos apertados limites decorrentes dos diferentes princípios jurídico-penais. Em que sempre se impõe um juízo de intermediação por parte do julgador, tanto em homenagem ao princípio da culpa como ao da necessidade da pena, e havendo que encontrar em cada caso uma articulação harmoniosa entre as exigências de prevenção geral e de prevenção especial. Pelo que, independentemente de se verificar ou não o carácter de labéu, com uma natureza simbólica e comunicativa, sempre haverá o risco de a automaticidade da perda de direitos se revelar desestabilizadora da possibilidade de ressocialização do delinquente *sem justificação bastante*, uma vez que a rigidez do efeito acarreta o risco de a avaliação abstracta subjacente à norma legal não se mostrar ajustada a todos os casos que caem na sua previsão. Nuns, justificar-se-ia a perda do direito. Noutros, não. Na falta de um juízo intermediador que pudesse identificar as propriedades relevantes do caso concreto e, a partir daí, proceder a uma ponderação dos interesses em jogo, a restrição operaria em todos os casos, excessivamente.

Não há por que nos cingirmos, então, em exclusivo à exigência de ressocialização do condenado. Esta é a finalidade principal da proibição e que lhe está na origem. Mas a existência de um juízo intermediador permitirá, em cada caso, assegurar a necessidade da perda de direitos independentemente de uma referência à ressocialização do condenado. Até porque, se a ligação entre a restrição e o problema da ressocialização é patente no caso paradigmático da perda de direitos profissionais, nem sempre será assim noutras situações, em que podem estar em causa os mais variados direitos, nos mais diferentes contextos. A perda de direitos é sempre um problema, em si mesma considerada, independente-

mente da medida em que afecte – ou de afectar *tout court* – as possibilidades de ressocialização do condenado³.

II. Em que consiste a automaticidade

2. Antes de prosseguirmos, importa notar que a problemática inerente aos efeitos necessários das penas não se esgota na sua qualificação como automáticos ou não, sem mais⁴. Na verdade, a *necessidade* consiste simplesmente na circunstância de o *efeito* se produzir por mero *efeito* da lei (sendo, neste caso, eloquente a repetição do vocábulo). Dispensando-se, assim, qualquer acto de intermediação entre a lei e o caso concreto. Outro sentido de *necessidade* seria inaproveitável no contexto da proibição em estudo. Certamente que todo o efeito restritivo de direitos decorre necessariamente da lei. Preenchidos determinados pressupostos, a norma restritiva estabelece determinadas consequências. Nesse sentido necessárias⁵. Mas obviamente que não é esse o sentido de “necessidade” em causa no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição. Seria absurdo em extremo supor que esta norma estabelece que a perda de direitos deve ser decretada sem apoio na lei.

Só que, sendo determinante a existência ou não de um acto de intermediação, nem por isso a análise se pode ficar por aí. Pois que os actos de intermediação podem ser mais ou menos vinculados, e se, por outro lado, todos os conceitos legais carecem de ser interpretados, nuns a margem de intervenção do intérprete é maior do que noutros, desde logo tendo em conta a ambiguidade e vagueza irremediáveis das linguagens naturais. Assim, a mera existência formal de um acto de intermediação não permite afastar a aplicação do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, não lhe sendo de atribuir, à luz dos valores que subjazem a esta disposição constitucional, relevo decisivo. Se os pressupostos para a produção do efeito forem estritos e de interpretação evidente, automática – a vítima

³ Em algumas decisões recentes, o Tribunal Constitucional tem vindo a reconhecer ao artigo 30.º, n.º 4, da Constituição um âmbito de aplicação restrito a casos de estigmatização, em que a restrição de direitos se baseie nas qualidades pessoais do condenado (cfr. os Acórdãos n.ºs 376/2018 e 354/2021).

⁴ Usamos indistintamente os vocábulos “automático” e “necessário”. Distingue-os, mas não deixando de subsumir tanto um como o outro ao disposto no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, designadamente, o Acórdão n.º 202/2000 do Tribunal Constitucional (neste aresto, o julgamento de inconstitucionalidade acaba por ter como fundamento a violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, posição que terá reunido o consenso mais alargado).

⁵ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª edição, Universidade Católica Editora, 2017, 498.

do crime ser menor, por exemplo –, o facto de se exigir um acto formal de uma entidade, designadamente judiciária, que os verifique não faz, *eo ipso*, com que a perda de direitos deixe de ser problemática à luz da proibição estabelecida naquela disposição constitucional.

Deste modo, dependendo da margem de intermediação do decisor, da maior ou menor maleabilidade e adaptabilidade dos requisitos, da maior ou menor capacidade de promoverem uma resposta adequada ao caso concreto, o efeito será de reputar *mais ou menos necessário*. Pense-se, por exemplo, nos pressupostos da proibição do exercício de função, constantes do artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal. Dispõe o n.º 1 deste artigo o seguinte:

«Artigo 66.º

Proibição do exercício de função

1 – O titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que, no exercício da actividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos, é também proibido do exercício daquelas funções por um período de 2 a 5 anos quando o facto:

- a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;
- b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou
- c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função (...).

A verificação do preenchimento de qualquer dos três pressupostos implica uma margem de intermediação muito significativa por parte do julgador. Já, por exemplo, os pressupostos da proibição de conduzir veículos com motor, constantes do artigo 69.º, n.º 1, do Código Penal, são muito mais estritos⁶. Ainda que o disposto na alínea b) não se pudesse, *sem mais*, considerar de aplicação automática, uma vez que implica uma margem de avaliação não despidiende da parte do julgador: é condenado na proibição quem for punido «*por crime cometido com utilização de veículo e cuja execução tiver sido por este facilitada de forma relevante*».

⁶ «1 – É condenado na proibição de conduzir veículos com motor por um período fixado entre três meses e três anos quem for punido: a) Por crimes de homicídio ou de ofensa à integridade física cometidos no exercício da condução de veículo motorizado com violação das regras de trânsito rodoviário e por crimes previstos nos artigos 291.º e 292.º; b) Por crime cometido com utilização de veículo e cuja execução tiver sido por este facilitada de forma relevante; ou c) Por crime de desobediência cometido mediante recusa de submissão às provas legalmente estabelecidas para detecção de condução de veículo sob efeito de álcool, estupefacentes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo».

III. Âmbito da proibição: efeitos das penas e efeitos dos crimes

3. A constatação de que o mandamento da ressocialização do delinquente, bem como o desiderato de assegurar, em cada caso, a necessidade da restrição dos seus direitos, constituem a *ratio* da proibição de efeitos automáticos das penas talvez possa contribuir para iluminar uma controvérsia relativa a um aspecto particular do alcance do artigo 30.º, n.º 4, e a que se tem vindo a assistir desde a inserção deste preceito na Constituição, por via da primeira revisão constitucional, em 1982. Estão abrangidos apenas os efeitos da pena propriamente dita ou também os efeitos que se ligam à condenação por um determinado crime? Na primeira hipótese, está em causa apenas a espécie de pena, ou serão igualmente proscritos os efeitos que se ligam à sua gravidade relativa? E, se assim for, que descrição do crime se pode considerar suficiente para afastar a aplicação do preceito? Torna-se necessária uma referência a concretos tipos legais de crime?

Em favor da primeira posição, segundo a qual o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição obviaria apenas aos efeitos ligados automaticamente à pena, têm sido avançados, desde logo, argumentos de índole histórica, que se baseiam nos debates ocorridos no âmbito do funcionamento da Comissão Revisora do Código Penal, relativa ao projecto de Parte Geral de Eduardo Correia, e nos debates parlamentares conducentes à primeira revisão constitucional⁷.

Estes últimos – independentemente do seu valor enquanto elemento interpretativo, já de si limitado – não contêm nenhuma indicação clara nem num sentido nem no outro: as declarações respectivas de Vital Moreira⁸ e de Nunes de Almeida⁹ parecem corresponder a concepções diferentes do problema.

Já a discussão relativa ao projecto de Parte Geral de Eduardo Correia aponta, sem dúvida, no sentido de que apenas se encontram abrangidos pela proibição os efeitos automáticos que se ligam às penas, sendo diversas as passagens das actas das sessões a atestar que os diferentes intervenientes partem desse pressuposto. Atentemos, por exemplo, no relato das seguintes declarações de Eduardo

⁷ Cfr. MÁRIO TORRES, “Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais”, *Revista do Ministério Público*, 25, 1986, 122 ss.

⁸ «Portanto, o gravame sobre qualquer pessoa por efeito de um crime será apenas aquele que decorre do tipo profundo desse crime, e não haver, automática e genericamente, efeitos secundários» (cfr. *Diário da Assembleia da República*, II Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa, Série II, 2.º suplemento ao n.º 6, de 28 de Outubro de 1981, pp. 70 (53) s).

⁹ «Designadamente, e como exemplo, lembro o caso de certas infracções criminais cometidas por funcionários públicos, muitas delas com grandes atenuantes, que envolviam necessariamente e como efeito acessório a demissão. Estes casos são, assim, banidos da nossa ordem (...)» (cfr. *Diário da Assembleia da República*, II Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa, Série I, n.º 101, de 11 de Junho de 1982, pp. 4176-7).

Correia: «*é claro que certos crimes podem implicar, automaticamente, certos efeitos; isso, porém, nada tem que ver com o problema que agora se discute e que se traduz em ligar ou não de forma automática (parece que esta palavra é exacta e que não haverá vantagens em procurar outra) certos efeitos a determinadas penas. Tudo está pois nisto: pode-se ligar certos efeitos a certos crimes – embora mesmo aqui nunca seja demasiada a cautela e parcimónia de que na parte especial se fizer uso; mas o que não se deve é ligar certos efeitos a certas penas*»¹⁰.

Na verdade, a instituição da proibição encontra-se associada a uma mudança de paradigma no sistema penal português, com a consagração da teoria unitária da pena de prisão no Código Penal de 1982, na senda do projecto de Parte Geral de Eduardo Correia, de 1963 – tendo sido eliminada a distinção entre penas maiores e penas correcionais, diferentes formas de prisão. Assim, mais uma vez, Eduardo Correia: «*Parece já se ter assentado, ponderou o Autor do Projecto, em que a chamada “teoria unitária da pena” é a que deve presidir ao sistema punitivo do Código futuro, pelo que não há necessidade de se ligarem automaticamente certos efeitos a certas espécies de penas, como acontece no nosso direito actual em relação às penas maiores*»¹¹.

Com efeito, o Código Penal de 1886 ligava à condenação numa pena maior determinados efeitos particularmente vexatórios, que já não se verificavam, nomeadamente, em relação às penas correcionais, menos gravosas. Assim, por exemplo, segundo o artigo 76.º, n.º 1, desse código, o réu definitivamente condenado a qualquer pena maior incorria na «*perda de qualquer emprego ou funções públicas, dignidades, títulos, nobreza ou condecorações*»¹². E a automaticidade dos diferentes efeitos estabelecidos no código era consagrada expressamente: «*os efeitos das penas têm lugar em virtude da lei, independentemente de declaração alguma na sentença condenatória*» (artigo 83.º).

Ora, como explica Figueiredo Dias, seria «*irremediavelmente contraditório*» com uma óptica de «*prevenção especial de socialização (...) continuar a ligar-se efeitos jurídicos automáticos – desonrosos e estigmatizantes – a certas formas de prisão. O CP*

¹⁰ Cfr. *Actas...cit.*, 99-100.

¹¹ Cfr. *Actas...cit.*, 96.

¹² Ao longo da sua vigência, o Código Penal de 1886 foi sujeito a inúmeras alterações e mesmo a reformas globais importantes, nomeadamente no domínio das penas maiores (cfr., designadamente, a reforma de 1954, efectuada através do Decreto-Lei n.º 39688, de 5 de Junho de 1954). Seja como for, até à entrada em vigor do Código Penal de 1982, manteve-se a distinção entre penas maiores e correcionais, e a maior gravidade e carácter estigmatizante dos efeitos ligados às primeiras. Na verdade, já muito antes da entrada em vigor do Código Penal de 1982 e da própria revolução de 1974, ambas as formas de pena de prisão praticamente já só se distinguiam no que respeitava, precisamente, aos efeitos automaticamente ligados a uma e a outra (assim, FIGUEIREDO DIAS, *DP II*, § 93).

vigente, como sabemos já, eliminou-os (art. 65.º); e, eliminando-os, não podia deixar de eliminar também, na via de uma racionalização progressiva da política criminal, as formas de prisão que com aqueles efeitos se connexionavam. Qualquer diferenciação das regras de execução da pena em função da abstracta natureza da prisão estaria igualmente, de resto, contra os imperativos de uma prevenção especial de socialização, na medida em que também uma tal diferenciação se traduziria numa mácula adicional e estigmatizante, a acrescer à punição»¹³.

Deste modo, há, sem dúvidas, boas razões, no plano histórico, para crer que a introdução no Código Penal de 1982 da proibição de efeitos automáticos das penas se relaciona com uma nova concepção unitária da pena de prisão, ligada a uma maior valorização da finalidade da ressocialização, incompatível com a bipartição existente no sistema anterior¹⁴. E que, por conseguinte, *nessa óptica*, não haveria uma proibição estrita de, à condenação por determinados crimes – agora dissociada, portanto, de uma ou de outra forma de prisão –, serem, *ope legis*, associados determinados efeitos negativos sobre a esfera pessoal do condenado. Tratando-se de restrições de direitos, a automaticidade de tais efeitos sempre haveria de ser sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade, mas não haveria uma proibição estrita *prima facie*.

Também há boas razões para crer que uma tal concepção do problema terá igualmente estado na origem, em 1982, da introdução no texto constitucional da norma constante do artigo 30.º, n.º 4. Embora, como é evidente, no plano normativo seja o direito ordinário a submeter-se à Constituição, sabemos que as normas constitucionais não nascem no vazio e que muitas vezes se apoiam sobre o direito infraconstitucional que as precede. E aqui nem é isso que está em causa: mais singelamente, trata-se de reconhecer que o debate que teve lugar em torno e na sequência do projecto de Parte Geral de Eduardo Correia não pode ter deixado de influenciar o debate parlamentar relativo à revisão constitucional. Isto, portanto, e mais uma vez, no plano histórico, não só da *mens legislatoris*¹⁵, como também do contexto normativo em que a disposição em causa nasceu: ganhando relevo, designadamente, a eliminação das penas maiores.

Seja como for, tais elementos históricos, ainda que não despiciendos, têm um valor limitado – sobretudo, na medida em que se refiram à *mens legislatoris* –, se desacompanhados de uma análise relativa aos valores em causa. É também

¹³ Cfr. DP II, § 94.

¹⁴ No Código Penal de 1886, encontravam-se ainda previstas penas especiais para empregados públicos, mas em cujo elenco não se contava nenhuma pena de prisão ou análoga (cfr. o artigo 59.º).

¹⁵ Cfr., porém, a *supra* citada declaração de Nunes de Almeida, ao tempo deputado à Assembleia da República.

de notar que a um eventual argumento lexical, segundo o qual tanto a disposição constitucional como a do Código Penal se refeririam apenas a “efeitos das penas” e já não a “efeitos dos crimes”, nunca seria de atribuir um carácter decisivo, se desligado de considerações de outra ordem. Não há nunca a aplicação de uma pena sem a condenação por um crime, pelo que efeitos da aplicação de uma pena serão sempre efeitos da condenação por um crime. Se chegássemos à conclusão de que se pretendia obstar à produção automática de efeitos sempre que uma pena fosse aplicada, a formulação por que se optou nos dois preceitos acomodaria tal propósito.

4. Equacionemos, então, o problema no plano dos valores em causa. Vimos que a produção automática de efeitos obstava potencialmente à possibilidade de ressocialização do condenado. E isto tanto pelo simbolismo estigmatizante de tal automaticidade como, sobretudo, pela perda de direitos propriamente dita. É certo que este último mal se verifica independentemente da automaticidade do efeito¹⁶. E importa, por isso, não confundir o problema da perda de direitos com o da sua automaticidade. A perda de direitos é um problema em si mesma considerada, independentemente de ser ou não automática. Pense-se na perda de determinados direitos políticos de primeira grandeza, que tornariam o condenado num cidadão de segunda categoria. Ainda que tal perda seja ponderada à luz das circunstâncias do caso concreto, não deixa, como é evidente, de ser problemática, e não apenas do ponto de vista do mandamento da ressocialização do delinquente. No entanto, nas situações em que os efeitos em si mesmos considerados não sejam em todo e qualquer caso intoleráveis, a exigência de um juízo intermediador pode contribuir decisivamente para que, *in casu*, se mostre assegurada a necessidade da perda dos direitos em causa.

À luz da proibição de afectação excessiva e/ou desnecessária dos direitos da pessoa condenada numa pena, haverá simplesmente uma diferença de grau entre os malefícios que advêm dos efeitos das penas e aqueles outros que se prendem com os efeitos dos crimes¹⁷. A pena *qua tal* não nos diz praticamente nada sobre o crime e as suas circunstâncias, ou sobre o agente. Por isso é tão estigma-

¹⁶ Conforme notou o Conselheiro José Osório em sessão da Comissão Revisora do Código Penal (cfr. *Actas...cit.*, 102).

¹⁷ No sentido de que tanto uns como os outros podem ser «*estigmatizantes, dessocializadores e criminógenos*», FIGUEIREDO DIAS, *DP II*, § 200. Aplicam o disposto no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, «*por identidade de razão, aos efeitos automáticos ligados à condenação pela prática de certos crimes*», GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...cit.*, 505. Tem também sido esse o entendimento corrente do Tribunal Constitucional: cfr. o Acórdão n.º 376/2018 e a jurisprudência aí referida.

tizante ligar-lhe automaticamente a perda de certos direitos. Porque o significado de tal perda será, então, o de uma punição suplementar ao condenado e não o de uma restrição de direitos necessária para uma qualquer finalidade de interesse público. E punição alheia aos princípios que regem o direito penal, como o princípio da culpa ou a necessidade de articular *no caso concreto* exigências de prevenção geral e especial.

Isto quer nos cinjamos à indicação da espécie da pena, como se fazia no Código Penal de 1886, quer vamos um pouco mais longe e especifiquemos a sua medida concreta, nomeadamente através de categorias relativas (pena de prisão superior a 5 anos, a 10, etc.). A indicação da medida concreta da pena parece, de facto, dar-nos um conhecimento um pouco maior da situação em causa. Ainda que, resultando, como resulta, de uma articulação, *in casu*, entre considerações de diferente ordem – prevenção geral, especial e culpa –, não seja possível medir o contributo de cada factor para o resultado final. Pelo que a maior gravidade de uma pena relativamente a outra tanto se pode dever a uma maior gravidade do ilícito como a diferenças na culpa do agente ou nas exigências, no caso concreto, de prevenção geral ou de prevenção especial.

Porém, ainda que abstraiamos desta dificuldade, a verdade é que a gravidade da pena, sem mais, não constitui ainda uma indicação com um grau de pormenor suficiente para justificar a restrição de direitos civis, políticos ou profissionais. Nada nos diz, afinal, sobre o crime que foi praticado e muito menos sobre as suas circunstâncias particulares. Sabemos que o crime, tendencialmente, será grave, mas que significado poderemos daí retirar em geral, sem mais especificações? Uma pessoa condenada por homicídio doloso ou tráfico de droga é necessariamente um mau motorista? Não pode uma pessoa condenada por violação ser um bom mecânico? Não constituirá uma melhor indicação de falta de idoneidade para a condução de veículos a prática de uma contraordenação rodoviária muito grave que a prática de um crime de genocídio? Ligar efeitos à mera gravidade da pena implicaria que esta, sem mais, nos diria qualquer coisa sobre o agente. Que seria uma pessoa má em geral e pronto. Talvez haja más pessoas em geral e pronto, será uma questão filosófica e psicológica em aberto, mas seguramente que a mera gravidade da pena nada nos diz sobre isso. E mais importante: na concepção do mundo e da pessoa que subjaz à nossa Constituição, tal diabolização do indivíduo não é admissível.

5. A condenação por um determinado crime já constitui um dado muito mais próximo do caso concreto e das circunstâncias que importa considerar que a simples aplicação de uma pena. Quer se trate da menção a um tipo legal de crime em particular, quer se opte antes por uma referência a uma área da criminali-

dade (identificada, *v.g.*, pelo bem jurídico protegido), quer se seleccione outro género de características. Por exemplo, o facto de a vítima ser descendente do agente (artigo 69.º-C, n.º 3, do Código Penal) ou de o crime ter sido cometido com utilização de veículo (artigo 69.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal). Trata-se de uma informação que, em abstracto, já se pode ligar às finalidades que justificariam uma perda de direitos civis, políticos ou profissionais. A condenação por um crime de condução sob o efeito do álcool constitui uma indicação relevante para se aferir da idoneidade da pessoa condenada para o exercício da profissão de motorista profissional. Não se pode dizer que uma coisa nada tenha que ver com a outra.

Só que, afinal, se com esta especificação muito avançámos, relativamente à mera indicação da pena aplicada, no conhecimento da situação em particular, estamos ainda muito longe de ter efectuado uma ponderação do caso concreto, em toda a riqueza das suas circunstâncias. E se o condenado, entretanto, frequentou com o maior sucesso um programa de desintoxicação? E se, na verdade, praticamente nunca bebe, mas naquele dia fatídico tinha sido despedido, ou descoberto que a mulher estava envolvida com outro homem, ou recebido a notícia da morte repentina da mãe, e lidara com o choque emocional inesperado entregando-se ao álcool?

Por isso dizíamos que entre os efeitos das penas e os efeitos dos crimes medeia apenas uma diferença de grau, à luz da proibição de afectação excessiva e/ou desnecessária das condições de ressocialização da pessoa condenada numa pena. O risco de tal afectação excessiva ou desnecessária é maior se os efeitos se ligarem simplesmente à pena do que à condenação por um determinado crime. Mas nem nesta última situação o risco deixa de existir, e a sua magnitude dependerá da maior ou menor susceptibilidade, em abstracto, de o crime cometido justificar a perda de direitos que se lhe associa, face às finalidades a que se orienta a restrição. Ou, de uma outra perspectiva, da maior ou menor probabilidade de o juízo que se efectua em abstracto, a partir da condenação por um determinado tipo de crime, vir a ser contrariado por circunstâncias suplementares relativas ao caso concreto. Na medida em que tais circunstâncias sejam previsíveis. O que, afinal, constitui o cerne do problema dos efeitos automáticos das penas: a riqueza da vida é de tal ordem que não é nunca de excluir que circunstâncias do caso concreto, impossíveis de prever à partida, nos obriguem a abandonar a conclusão a que chegámos no plano abstracto, com dados menos pormenorizados. Não deixando, de todo o modo, de se poder distinguir diferentes situações.

Assim, por exemplo, dir-se-ia ser tão forte a ligação, em abstracto, entre a perda do poder paternal e a condenação pelo crime de abuso sexual de menor

descendente do agente, que não é previsível, à partida, que alguma circunstância do caso concreto venha a contrariar tal conexão abstracta¹⁸. Ainda que tal eventualidade não seja nunca de excluir, em tese. Já, por exemplo, a condenação pelo crime de abuso sexual de menor, mas em que este não seja descendente do agente, embora não deixe de constituir um importante indício de que o agente não tem idoneidade para o exercício do poder paternal, não tem a mesma susceptibilidade de convencer, em abstracto, que o exemplo anterior. Por outras palavras: é maior a possibilidade de se virem a conhecer circunstâncias do caso concreto que contrariem a ligação efectuada em abstracto¹⁹.

As vantagens de uma avaliação casuística tanto se fazem notar no plano da apreciação da necessidade da restrição como em relação à própria proporcionalidade em sentido estrito. No quadro desta última operação, importa sopesar os pesos relativos da restrição – a perda de direitos civis, políticos ou profissionais –, por um lado, e dos ganhos que se pretende obter com aquela – no exemplo dado acima, de inibição do poder paternal, o bem estar e a segurança do menor –, por outro. Tal análise não se esgota necessariamente numa comparação entre valores em abstracto, não sendo de excluir, mais uma vez, que a opção por considerar ou não elementos do caso concreto tenha uma influência decisiva no resultado final da operação. Assim, por exemplo, a proibição de conduzir veículos com motor não tem o mesmo impacto para uma pessoa que viva numa zona urbana e bem servida de transportes públicos ou que trabalhe em casa e para uma pessoa que viva isolada, num local não servido por transportes públicos, ou cuja profissão implique a utilização do carro. Pelo que não seria de excluir que, em concreto, já fosse excessiva, face ao interesse que se visa salvaguardar, uma proibição que, em abstracto, se diria perfeitamente razoável.

IV. Classificação preliminar: penas acessórias e efeitos de natureza extra-penal

6. Por conseguinte, e recapitulando, vista em exclusivo sob a perspectiva da proibição de afectação excessiva e/ou desnecessária dos direitos do condenado, em particular das condições para a sua ressocialização, a ligação necessária entre a condenação por determinados crimes e a perda de determinados direitos civis, políticos ou profissionais é problemática, ainda que em grau menor do que se tais efeitos se ligarem à pena *qua tale* ou à sua gravidade, sem mais. A questão

¹⁸ Cfr., neste contexto, as declarações proferidas pelo Conselheiro Maia Gonçalves em sessão da Comissão Revisora do Código Penal (cfr. *Actas...cit.*, 99).

¹⁹ Cfr., a este propósito, o artigo 69.º-C do Código Penal.

carece, porém, de ser encarada de outras perspectivas. Há outros valores em jogo além da salvaguarda dos direitos do condenado. Desde logo, se dizemos que está em causa uma proibição do excesso, importa averiguar que valores se contrapõem a tais direitos e ao desígnio da ressocialização, e que, em abstracto, são passíveis de justificar o efeito que se liga automaticamente à condenação por um crime.

Na verdade, podem estar em causa todo o tipo de valores. Desde a protecção das crianças até à necessidade de assegurar o funcionamento do sistema financeiro. Importa é notar que, à partida, nada obstará a que a prossecução de tais valores se efectuassem fora do âmbito penal, dos seus termos e das suas finalidades. Nos casos em que esteja em causa uma pena acessória, esta sujeitar-se-á, naturalmente, aos princípios do direito penal e ao seu modo de funcionamento específico. Nessa situação, a perda de direitos encontra-se necessariamente orientada às finalidades preventivas características do direito penal, assentando sobre um concreto facto ilícito e tendo como limite último o princípio da culpa²⁰.

É o caso, por exemplo, da pena de proibição de conduzir veículos com motor, prevista no artigo 69.º do Código Penal. Visa-se proteger a segurança do tráfego rodoviário – a tarefa do direito penal é sempre a protecção de bens jurídicos –, mas de um modo especificamente jurídico-penal, através das suas categorias e orientando-se pelas suas finalidades próprias. Tal pena visa ainda, então, entre outros desideratos, dissuadir da prática de crimes, restabelecer a confiança da comunidade na vigência das normas violadas, censurar o agente por um facto que lhe seja pessoalmente imputável.

Na medida em que se liguem a determinados crimes – tanto se podendo referir aos tipos legais propriamente ditos, como indo para além deles, através de uma qualquer descrição; por exemplo, o artigo 69.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal refere-se a crimes cometidos «*com utilização de veículo e cuja execução tiver sido por este facilitada de forma relevante*» –, não se pode dizer que tais penas constituam, sem mais, um efeito automático inadmissível. Na verdade, seriam tão automáticas como o é a pena principal. Para o crime tal, estabelece-se a pena principal de x a y, bem como a pena acessória de w a z²¹. O juiz teria tão pouca

²⁰ No sentido de que, para serem verdadeiras penas, as penas acessórias sempre haverão de se pautar pelo princípio da culpa, FIGUEIREDO DIAS, *DP II*, §§ 88 e 227-8, PEDRO CAEIRO, “Qualificação da sanção de inibição da faculdade de conduzir prevista no artigo 61.º, n.º 2, alínea d), do Código da Estrada”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1993, 566, e MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, 2.ª edição, Almedina, 2022, 43 ss.

²¹ Aproximadamente no sentido do texto, relativamente à sanção de inibição de condução, cfr., entre vários outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 67/94, 143/95 e 289/95.

liberdade para não aplicar a pena principal como para não aplicar a pena acessória. Ponto é, obviamente, que, enquanto penas, respeitem os princípios a que se submetem todas as penas, tanto principais como acessórias, como o princípio da necessidade da pena – e a exigência de proporcionalidade entre o crime e a pena – ou o princípio da culpa – que, designadamente, *se opõe, em princípio, à existência de penas fixas, sem qualquer moldura*²². E que, além do mais, enquanto penas, a determinação da sua medida siga os trâmites gerais. Sendo, por conseguinte, *«feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção»* (artigo 71.º, n.º 1, do Código Penal). Não deixando de ter em conta a necessidade de reintegração do agente na sociedade (artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal)²³.

Mais problemática, nesta perspectiva, seria a proibição do exercício de função, estabelecida no artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal, e que não se liga a nenhum crime em particular, mas apenas e só à pena que lhe é abstractamente

²² A esta luz, seria problemática, independentemente do mais, a caracterização como penas de efeitos como a demissão ou a perda de mandato. Sobre os efeitos previstos na Lei dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos (Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), objecto, aliás, de uma disposição constitucional específica (artigo 117.º, n.º 3, da Constituição), cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *Constituição...cit.*, 500, e jurisprudência constitucional aí referida.

²³ Parece ir mais longe – se é que interpretamos correctamente o texto e lhe fazemos justiça – PEDRO CAEIRO, “Qualificação...cit.”, 570, exigindo que o juiz tenha sempre a possibilidade de não aplicar a sanção *tout court* (o que não sucederia, ou só na medida em que os termos gerais o permitissem, no âmbito, v.g., dos artigos 69.º-B, n.ºs 2 e 3, e 69.º-C, n.ºs 2 e 3, do Código Penal). Encontramos o fundamento para tal posição, sobretudo, nas seguintes passagens: «[o] legislador constitucional optou, portanto, por negar ao legislador ordinário a possibilidade de criar um sistema de “punição complexa” (também ele, em abstracto, legítimo à face de um Estado de direito democrático [...]), no seio do qual a lei possa fazer corresponder automaticamente à prática de determinado crime (ou à condenação em certa pena) outras sanções penais para além da pena principal; ao invés, fixou-se o princípio de que a aplicação de qualquer sanção penal requer a mediação do juiz» (565). E, mais à frente (566): «É precisamente a relação (cuja existência só em concreto pode ser estabelecida) entre o cometimento do crime e o abuso (ou “mau uso”) do direito ou faculdade que a ele se liga que cria o “espaço” onde vive a censura suplementar contida na pena acessória; é também nessa relação que a pena acessória colhe o fundamento material legitimador da sua aplicação ao lado da pena principal». Seja como for, o autor pronuncia-se sobre uma norma em particular (já revogada), e em que não se estabelecia qualquer limite mínimo de duração para a inibição de conduzir. Também MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas...cit.*, 45-6, agora por referência aos artigos 69.º-B, n.ºs 2 e 3, e 69.º-C, n.ºs 2 e 3, do Código Penal, exige um juízo autónomo do julgador quanto à susceptibilidade de aplicação da pena acessória. Acrescentando, de todo o modo, que «[c]onstitui uma outra alternativa entender que, relativamente a essas penas acessórias, há que as aplicar a título principal, ponderando as exigências de prevenção, de forma simultânea, na determinação da pena principal e da pena acessória, com os limites impostos pela culpa do agente (...). É de entender, porém, que não será propriamente este o ponto de partida do legislador, nomeadamente perante o disposto no artigo 78.º, n.º 3, do CP» (46).

aplicável: «O titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que, no exercício da actividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos, é também proibido do exercício daquelas funções (...)». Não há, porém, automaticidade: a proibição só é decretada se se mostrar preenchido algum dos requisitos alternativos que constam das alíneas a) a c) do n.º 1 – todos eles, ainda para mais, implicando uma margem significativa de mediação por parte do juiz: por exemplo, o crime «*implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função*» (alínea c))²⁴.

7. Não tem, porém, de estar em causa a protecção de bens jurídicos através da racionalidade e dos meios característicos do direito penal, como sucede no caso das penas acessórias. Pode antes tratar-se da protecção de valores alheios ao direito penal ou, pelo menos, *de um modo* que já não é o penal. Assim, por exemplo, pode estar em causa a avaliação da idoneidade de uma pessoa para exercer determinada profissão ou cargo, ou para a aquisição da nacionalidade portuguesa²⁵. Nesses casos, a condenação por um crime seria perspectivada como um indício ou mesmo como uma demonstração de falta de idoneidade para o exercício de tal profissão ou cargo. Constituiria simplesmente um critério para aferir tal idoneidade, entre muitos outros: habilitações literárias, experiência profissional, etc.

A sua lógica de funcionamento não tem, à partida, que ver com a do sistema penal. Não se trataria de, em abstracto, ameaçar e, *in casu*, aplicar um mal ao agente, eticamente responsável e capaz de censura, com a finalidade última de proteger bens jurídicos, de restabelecer a confiança da comunidade na vigên-

²⁴ Uma disposição como a do § 45(1) do Código Penal alemão seria inconstitucional em Portugal. Prevê-se aí que quem cometer um crime (*Verbrechen*) e for punido com uma pena de prisão de pelo menos um ano seja proibido durante cinco anos de exercer funções públicas (*öffentliche Ämter*), bem como o direito a ser eleito em eleições públicas (*öffentliche Wahlen*) – para se entender o que são umas e outras, cfr. a anotação respectiva de RADTKE, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 4.ª edição, Beck, 2020, n.ºs 12 ss. Considerando que se trata de medidas estigmatizantes e ultrapassadas, resquícios das *penas da honra*, e incompatíveis com um sistema penal baseado em ideias de culpa e prevenção, HANS-JÖRG ALBRECHT, in *KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, Strafgesetzbuch*, I, 5.ª edição, Beck, 2017, § 45, n.º 1. Também criticamente, SCHÖNKE/SCHRÖDER/KINZIG, *Strafgesetzbuch*, 30.ª edição, Beck, 2019, § 45, n.º 1.

²⁵ Cfr., por exemplo – entre tantas outras decisões do Tribunal Constitucional –, o Acórdão n.º 154/2004, relativo ao acesso à profissão de motorista de táxi, o Acórdão n.º 311/2012, relativo aos requisitos para a inscrição na Ordem dos Advogados, o Acórdão n.º 376/2018, relativo aos requisitos para o exercício da actividade de segurança privada, ou os Acórdãos n.ºs 106/2016, 331/2016 e 497/2019, todos relativos aos requisitos para aceder à nacionalidade portuguesa.

cia da norma violada pelo crime, etc. Tratar-se-ia, simplesmente, de assegurar a idoneidade do candidato a exercer a profissão ou cargo em questão, nos sectores e situações em que tal acesso, pelas razões de interesse público mais variadas, não possa ser deixado às forças livres do mercado e à *alea* da vida. Ou em que, não sendo em geral objecto de qualquer controlo formal, passa a sê-lo por efeito do indício *a posteriori* que constitui a condenação por um determinado crime, nomeadamente no plano da idoneidade moral.

É certo que, ao contrário do que sucede com as sanções principais, como a pena de prisão ou a pena de multa, as penas acessórias, nomeadamente de inibição do exercício de uma qualquer actividade, se assemelham e em parte sobrepõem a estes efeitos de natureza extra-penal. Na verdade, as penas acessórias apresentam, as mais das vezes, uma configuração específica conforme o interesse público que se queira proteger. Para os crimes sexuais contra menores, não se prevê a sanção acessória de proibição de condução de automóveis. Para os crimes rodoviários, não se prevê a sanção acessória de inibição do poder paternal. Mas para ambos se prevê a pena de prisão, que não varia (só na sua medida, obviamente) conforme o crime em causa. Com a sanção acessória, afinal, mais do que impor um mal ao agente e *desse modo* prosseguir, entre outras, finalidades preventivas (mas também isso), visa-se proteger de forma *imediata* o interesse público que esteja em causa. Pelo que será de exigir uma conexão especial entre o crime cometido, abstractamente considerado, e o interesse público que a restrição visa salvaguardar.

É, assim, de observar uma sobreposição parcial entre as sanções acessórias e os meros efeitos, de natureza extra-penal, ao nível das finalidades que ambos prosseguem. Distinguir-se-ão, em todo o caso, tanto no plano da culpa e da ligação ao facto, como, ainda, no domínio da prevenção especial positiva, a que a pena acessória necessariamente se orienta (e que impõe, assim, que as exigências de ressocialização sejam tidas em conta na determinação da medida concreta da pena)²⁶. Além, naturalmente, de as penas acessórias haverem necessariamente de ser impostas por um tribunal. No caso de se tratar de uma pena fixa – em princípio, inadmissível, em todo o caso, e, aliás, um indicador de que, afinal, não se estará perante uma pena –, que não admita graduação em função da culpa do agente e do facto praticado, a distinção seria, na prática, muito difícil ou mesmo inviável. Seja como for, como se verá *infra*²⁷, o estabelecimento, no plano abstracto, de uma conexão robusta entre o crime cometido e a restrição

²⁶ Sobre esta questão espinhosa, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *DP II*, §§ 85 ss e 227 ss.

²⁷ Cfr. n.º 17.

dos direitos especificamente em causa constitui, precisamente, uma das condições – entre outras – para que o estabelecimento de um efeito automático seja, excepcionalmente, admissível. De qualquer efeito, independentemente da sua natureza – e da qualificação dada pelo legislador. Por aqui se evitaria, então, o risco de uma qualquer “burla de etiquetas”²⁸.

8. No Código Penal, no Capítulo III do Título III da Parte Geral, intitulado, justamente, «penas acessórias e efeitos das penas», haverá exemplos de normas de ambas as qualidades. Assim, como já vimos, a proibição de conduzir veículos com motor, estabelecida no artigo 69.º, é configurada como uma pena acessória. Já no caso do artigo 69.º-A, em que se prevê a *possibilidade* de a sentença condenatória declarar a indignidade sucessória do condenado, nos termos e para os efeitos previstos no Código Civil, estará em causa um efeito da condenação de natureza extra-penal²⁹. A medida orienta-se às finalidades do direito civil, nos mesmos termos que os restantes casos de indignidade elencados no artigo 2034.º do Código Civil.

Por sua vez, a proibição do exercício de função, contida no artigo 66.º, é de natureza controvertida. Por um lado, parece tratar-se de um mero efeito da pena, ainda que não automático. Apontam neste sentido os pressupostos da sua aplicação, que se relacionam todos eles com a boa prossecução do interesse público no âmbito do serviço em causa. A perda de confiança no agente (artigo 66.º, n.º 1, alínea c)), implicada pelo crime cometido (havendo tal implicação de ser verificada no caso concreto), obstará ao bom exercício da função, numa óptica de protecção do interesse público. Pelo que a condenação constituiria apenas um meio, entre outros, de demonstrar tal perda de confiança, a verdadeira causa da consequente perda de direitos profissionais. Só que, por outro lado, a proibição do exercício de função tem uma medida – 2 a 5 anos – e, na falta de quaisquer especificações para a sua determinação concreta, esta operação haverá de se orientar pelos princípios gerais relativos às penas – relevando-se, nomeadamente, a culpa do agente e considerações de prevenção geral. Sobresaindo, então, a sua natureza de sanção acessória³⁰.

²⁸ A este propósito, cfr. o desabafo de PEDRO CAEIRO, “Qualificação...cit.”, 565: «É sobrejamente conhecida a confusão reinante em matéria de distinção, em geral, entre “penas acessórias”, “efeitos das penas” e “efeitos de crimes”, tanto a nível legislativo como no seio da prática judicial e da doutrina».

²⁹ Neste sentido, MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas...cit.*, 46.

³⁰ Optando pela qualificação como pena acessória, MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas...cit.*, 26.

V. Uma determinada concepção da pessoa humana

9. Enquanto restrições de direitos, os efeitos que se ligam ao crime têm de ser proporcionais, em sentido lato, independentemente da sua natureza penal ou não penal e de serem ou não *necessários*. É de notar, em qualquer caso, que, ainda que não tenham natureza penal, a ponderação a efectuar para a sua justificação não é nunca completamente alheia a considerações que também têm lugar no seio do sistema penal. Acima de tudo, há que ponderar, em contraposição ao interesse público que a restrição visa garantir, os obstáculos que assim se introduzem no que toca às possibilidades de ressocialização da pessoa condenada. Assim, no plano da proporcionalidade em sentido estrito, e recorrendo a um exemplo que demos acima, o interesse público em assegurar que determinado cargo é exercido por pessoas com a necessária idoneidade tem de ser contraposto ao imperativo de promoção da ressocialização do agente condenado, dando-lhe a oportunidade de, depois de ter *saldado a sua dívida para com a sociedade*, retomar a sua vida, *mostrando* à comunidade que pode ter *confiança* nele, como teria em qualquer outro cidadão.

Pode legitimamente, em certas circunstâncias, retirar-se algumas oportunidades ao condenado, e desconfiar-se da sua regeneração. Pense-se, mais uma vez, na situação do agente condenado por crimes sexuais contra menores e na proibição de assumir a confiança de menores. Face à necessidade de protecção dos menores, pessoas especialmente vulneráveis, pode suceder que a sociedade não queira *arriscar confiar* no condenado, apesar de este já ter cumprido a sua pena e de, assim, ter, à partida, o direito de reintegração plena na comunidade, sem de nenhuma maneira ser estigmatizado como um cidadão de segunda. Mas há limites para o medo – inteiramente legítimo, certamente – da comunidade e para a perda de confiança no agente.

Deste modo, é prestada homenagem a um ideário humanista que constitui igualmente um valor do nosso direito penal. A concepção de pessoa humana que subjaz ao direito penal é a de um sujeito livre e dotado de autonomia ética, não sendo, por isso, nunca de excluir integralmente a sua capacidade de, na medida dessa liberdade, se regenerar e responder ao apelo de se tornar um homem melhor. Mas esta ideia, afinal, não constitui um património exclusivo do direito penal, podendo nós encontrar as suas raízes últimas numa certa concepção da dignidade humana, conformadora do programa filosófico e político em que a nossa actual Constituição se baseou e de onde continua a retirar a sua substância. Pelo que a exigência de não submissão a uma lógica estritamente preventiva ou instrumental, de que a sociedade, mesmo para a defesa de valores importantes, não desista nunca completamente de nenhuma pessoa, impondo-se que assumam *riscos*, é tão cogente no âmbito do direito penal como em qualquer outro

ramo do direito. Se fora do domínio penal se encontra os mecanismos mais adequados para assegurar a protecção de tais valores, é já outra questão.

VI. Vantagens da automaticidade

10. Já sublinhámos repetidas vezes as vantagens significativas que, do ponto de vista do mandamento de promoção da ressocialização da pessoa condenada numa pena, oferece a atribuição a uma entidade do poder de – a partir dos critérios previstos, explícita ou implicitamente, na lei – aferir se, no caso concreto, o indício que, em abstracto, constitui a condenação por um determinado crime mantém a sua força persuasiva e se, desse modo, tendo em conta os fins que se almeja atingir com a medida restritiva, justifica a perda dos direitos em questão. Diminuindo-se, assim, o risco de o sistema produzir uma resposta desadequada ao caso concreto. Ainda não vimos, porém, que vantagens oferece a automatização da produção do efeito, *ope legis*, sem qualquer margem de intermediação relevante por parte de um decisor.

Neste plano, é, desde logo, de assinalar a evidente vantagem da maximização da protecção do interesse público que está na base da restrição de direitos. Se a automaticidade do efeito acarreta o risco de a resposta do sistema ser, no que se refere à posição do condenado cujos direitos são restringidos, desadequada ao caso concreto, elimina, por outro lado, o risco de, através de uma avaliação casuística desajustada, se chegar a uma resposta insatisfatória do ponto de vista do interesse público que se contrapõe aos interesses do indivíduo condenado.

De facto, são muitas as dificuldades, tanto no plano teórico como prático, envolvidas na avaliação, por uma qualquer entidade, das circunstâncias do caso concreto. Revelando-se estas, tantas vezes, pela sua própria natureza, ou, pelo menos, no actual estágio da ciência e do conhecimento humanos, *imponderáveis*. Pense-se, nomeadamente, nas possibilidades actuais de avaliar objectivamente a personalidade do delinquente e de, com o mínimo de fiabilidade, efectuar juízos probabilísticos relativamente ao seu comportamento futuro. Uma avaliação deste género, situada no plano psicológico, é, por sua própria natureza, altamente falível. Em determinada medida, se tomada sem a relativização e desconfiança devidas, chega mesmo a ser arbitrária. Isto embora o perigo de uma sua utilização indevida seja maior ou menor conforme o contexto em que é efectuada, as circunstâncias que são tidas em consideração, o efeito para que a análise é levada a cabo, a entidade encarregada de proceder à avaliação, etc.

Seja como for, em última instância, por mais rigorosos e filosófica e cientificamente consistentes que sejam os critérios empregados na análise, por mais competente, técnica e moralmente, que seja a entidade encarregada de a fazer, subsiste sempre uma margem muito relevante de incerteza relativamente à fia-

bilidade do diagnóstico/prognóstico. A automaticidade do efeito que se liga à condenação por um determinado crime obstará a essa arbitrariedade potencial, evitando, do mesmo passo, entre outros, o perigo de uma *psiquiatrização* do direito, sejam as análises e prognósticos correspondentes efectuados por médicos ou por entidades de outra natureza (judiciárias, administrativas ou mesmo privadas). Apenas se deveria recorrer a esse tipo de prognósticos individualizados em situações limitadas, em que, tudo ponderado, se concluísse que as vantagens de tal abordagem se sobrepujam às suas desvantagens, *maxime* a sua falibilidade e a dificuldade de sujeição a um controlo externo e objectivo.

Por conseguinte, a automaticidade da produção do efeito é vantajosa na perspectiva do valor da segurança jurídica, princípio estruturante de um Estado de direito. Tanto a comunidade como os próprios condenados ficam a saber, à partida, com o que contar, para o bem e para o mal. E, num certo sentido, dir-se-ia, todos são tratados da mesma maneira, para efeitos do princípio da igualdade. Obstando-se à existência de diferenças de tratamento baseadas em critérios individualizados e potencialmente arbitrários. Só que, na verdade, neste domínio, o ponto decisivo está, precisamente, na *determinação da propriedade relevante*, a partir da qual se afere da igualdade ou desigualdade de tratamento. Se se chegar à conclusão de que tal propriedade apenas se mostra cognoscível a partir do caso concreto, ou, pelo menos, indo para além do binómio condenação/não condenação por determinado crime, a produção automática do efeito corresponderá a um tratamento igual de situações desiguais, o que constituiria uma violação do princípio da igualdade. Já não será assim se, pelo contrário, se mostrar que a mera condenação por um determinado crime constitui fundamento suficiente para o tratamento idêntico. Pelo que, afinal, o problema do princípio da igualdade não tem autonomia face aos efeitos automáticos das penas. Se uma medida viola o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, estará a tratar da mesma maneira casos desiguais. Se não viola, será porque se admite que os casos abrangidos pela medida são, no contexto relevante, iguais.

VII. Vantagens da intervenção de um tribunal

II. Seja como for, o risco de uma ponderação do caso concreto implicar arbitrariedade ou inconveniência é muito variável. Os critérios em que a avaliação do caso concreto se baseia podem ser mais ou menos razoáveis, e tanto em si mesmos considerados, como face à finalidade que se almeja. Desde logo, importa que se estabeleça critérios *tout court*, e na lei – ainda que, seguramente, não se dispense uma margem de apreciação relevante da parte do decisor, que poderá ser maior ou menor conforme a situação. Afinal, são as vantagens de uma consideração das circunstâncias do caso concreto que justificam as reser-

vas à possibilidade de se produzirem *ope legis* efeitos restritivos sobre a esfera do condenado.

Em determinados domínios, e sobretudo no que respeita a uma avaliação da personalidade do agente, uma medida de subjectividade – e de arbitrariedade potencial – será inescapável. Tais males poderão, porém, ser mitigados mediante a intervenção de um tribunal, tendo em conta a natureza específica da actividade jurisdicional e a experiência que, designadamente, no domínio penal, se foi adquirindo ao longo dos séculos.

No âmbito do processo penal, procede-se comumente a uma análise da personalidade do agente, ainda que a propósito de um concreto facto típico, que delimita a investigação do juiz e constitui um entrave aos seus excessos e uma garantia contra o arbítrio. Seja no domínio da avaliação da culpa do agente, seja, nomeadamente, no domínio da determinação da medida da pena, em que, além da culpa, importa considerar outros elementos relacionados com o agente e com a sua inserção social (cfr. o artigo 71.º do Código Penal).

Também no âmbito da execução da pena, designadamente para efeitos da concessão de liberdade condicional, tem igualmente lugar uma avaliação circunstanciada da personalidade do condenado e das suas condições de vida e inserção social. Envolvendo tal análise que se efectue prognósticos relativamente ao comportamento futuro do condenado. Neste sentido, dispõe o artigo 61.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal que o tribunal coloca o condenado em liberdade condicional se, entre outras condições, *«for fundadamente de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes»*.

Esta disposição depois é complementada pelo Código de Execução das Penas, nomeadamente pelo artigo 173.º, n.º 1, que dispõe o seguinte:

«Artigo 173.º

Instrução

1 – Até 90 dias antes da data admissível para a concessão de liberdade condicional, o juiz solicita, fixando prazo:

a) Relatório dos serviços prisionais contendo avaliação da evolução da personalidade do recluso durante a execução da pena, das competências adquiridas nesse período, do seu comportamento prisional e da sua relação com o crime cometido;

b) Relatório dos serviços de reinserção social contendo avaliação das necessidades subsistentes de reinserção social, das perspectivas de enquadramento familiar, social e profissional do recluso e das condições a que deve estar sujeita a

concessão de liberdade condicional, ponderando ainda, para este efeito, a necessidade de protecção da vítima;

c) Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do condenado, outros elementos que se afigurem relevantes para a decisão».

Por conseguinte, o género de avaliação que a atribuição a uma entidade do poder para decidir da perda de direitos no caso concreto implicaria há muito que é praticado tanto no seio do processo penal como no da execução da pena. Com as garantias contra a arbitrariedade que, desde logo, decorrem do estatuto dos juízes – imparcialidade, independência, etc. – e da sua formação técnica e deontológica. Falíveis, certamente, mas, ainda assim, não despreciables. E com as garantias que, obviamente, decorrem da própria lei penal, tanto substantiva como processual. Que asseguram os direitos do arguido, nomeadamente através do princípio do contraditório e das diferentes regras atinentes à prova. Neste último domínio é, aliás, dificilmente superável o lastro de experiência que os tribunais foram adquirindo ao longo dos tempos, relativamente ao melhor modo de, na *praxis*, reduzir, na medida *possível*, a arbitrariedade na apreciação da prova e compatibilizar tal actividade com os direitos do arguido e com a possibilidade de um controlo externo e objectivo.

No âmbito do processo conducente à eventual aplicação de uma pena, destaca-se, ainda, a exigência de a generalidade dos juízes sobre a pessoa do agente ter por referência última o facto típico objecto do processo, o que constitui uma limitação importante ao perigo de uma *moralização* da causa. Que, além de ilegítima em si mesma, escaparia a um controlo objectivo. No domínio da execução da pena, em que a ligação ao facto típico é, naturalmente, menor, são de assinalar, em todo o caso, os restantes proveitos assinalados anteriormente. Ressalta, nomeadamente, a exigência de o juiz ponderar e combinar diferentes relatórios – dos serviços prisionais, dos serviços de reinserção social –, mas de, a final, decidir para além deles, com autonomia. A salvaguarda de uma margem de autonomia da análise do juiz constitui uma barreira importante contra o perigo de uma *pseudo-tecnicização* do direito, especialmente perigosa nos domínios da medicina e da psicologia. Em que, à laia de uma aparente maior objectividade, a coberto de um jargão técnico e especializado, corremos o risco de entrar, se não tomarmos as devidas cautelas, no reino do arbítrio.

12. A intervenção de um tribunal, nomeadamente no âmbito penal, oferece ainda uma outra vantagem significativa em relação à actuação de uma entidade com outra natureza. Tenhamos, mais uma vez, em conta a situação do acesso a um determinado cargo, profissão ou sector. Se atribuírmos à entidade encarre-

gada da regulação da profissão ou sector o poder para retirar consequências do cometimento de um crime, a sua avaliação, pela própria natureza da entidade, tenderá a concentrar-se, se não em exclusivo, pelo menos primacialmente, em apenas um dos lados da questão: o do interesse público subjacente à profissão ou sector em questão. As necessidades de ressocialização do condenado, que estão na base do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, não seriam tidas na devida conta. Ora, o juiz criminal tem sempre de articular o interesse público, nomeadamente através de considerações da ordem da prevenção geral e da prevenção especial, com os interesses do agente. Pelo que a necessidade de acautelar a ressocialização do agente e os seus direitos não é nunca desprezada – pelo menos, no plano normativo. É esta, precisamente, a *ratio* da proibição dos efeitos automáticos das penas: assegurar que o caso seja considerado em toda a sua dimensão e riqueza, e na polaridade de valores que encerra.

É certo que, no âmbito do processo penal, nem sempre o interesse público que justifica a perda de direitos é considerado em toda a sua globalidade. A sua pertinência tem sempre de ser filtrada e mediada pelas categorias próprias do direito penal. Sobretudo, neste contexto, à luz dos tópicos da prevenção geral e da prevenção especial, a que se orienta toda a pena. Só que, desde logo, estas categorias são, afinal, assaz maleáveis e susceptíveis de, tendencialmente, acomodarem o interesse público conforme ele se revele em cada situação. Além de que nada obsta, obviamente, a que se estabeleça exigências específicas para cada caso, como sucede no âmbito da proibição do exercício de função estabelecida no artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal, cujos pressupostos escapam, porventura, a uma racionalidade estritamente penal. Por fim, a exigência de o juiz pautar a sua actuação sem nunca perder de vista os bens jurídicos especificamente protegidos pelas normas incriminadoras em causa tem a apreciável vantagem de assegurar uma ligação substancial entre a condenação por um determinado crime e o efeito que se lhe pretende ligar. O que tem importância no plano da proporcionalidade em sentido lato.

13. A intervenção de um tribunal – ainda que, por hipótese, se desenvolva, em parte, nos termos de uma racionalidade alheia, mas não necessariamente incompatível, ao direito penal – constitui, deste modo, uma salvaguarda contra o arbítrio. Mas uma salvaguarda limitada, certamente. Subsiste, as mais das vezes – por mais afinados que sejam os critérios, por mais qualificada que seja a entidade encarregada de os aplicar –, uma margem de subjectividade inultrapassável na apreciação do caso concreto, em particular no que se refere aos prognósticos efectuados relativamente à actuação do condenado no futuro. Pelo que, dir-se-ia, não seria de excluir, à partida, que, em determinadas condições,

fosse possível dispensar a intermediação de um juiz ou de uma autoridade de outra natureza e ligar a perda de direitos automaticamente à condenação por um determinado crime. Nos casos mais graves, em que o bem jurídico a tutelar fosse de importância mais cimeira (vida?, liberdade sexual dos menores?), em que os riscos, em abstracto, fossem de maior magnitude (trabalhar numa central nuclear?), enfim, em que a ligação, em abstracto, entre o tipo de ilícito cometido e a necessidade da restrição de direitos fosse mais consistente e convincente.

Só que, vendo as coisas de outro modo, se, em tais situações, a ligação entre o crime e a necessidade do efeito é de tal modo evidente, não parece haver inconveniente em prever a intervenção de um tribunal. Na maior parte das situações que tenha de apreciar, sendo a ligação, em abstracto, evidente, poder-se-á confiar em que o juiz, em concreto, tomará uma decisão no mesmo sentido. Até porque nada impede que na lei se estabeleça requisitos especialmente exigentes para que o juiz se possa abster de decretar a perda de direitos. E, assim, relativamente a uma situação de automaticidade, obtém-se o ganho inestimável de naqueles casos – por poucos que sejam – em que, *in concreto*, tudo ponderado, não se verifique a necessidade de restringir os direitos do condenado, não se decrete tal perda de direitos. Promovendo-se, assim, a reintegração plena do condenado na sociedade, um valor de primeira grandeza na nossa ordem constitucional.

VIII. Configuração como pena acessória

14. Seja como for, são diversas as modalidades de intervenção do tribunal que, à partida, estão ao dispor do legislador e em que ainda não atentámos devidamente. Desde logo, releva o momento da intervenção: se tem lugar aquando da condenação – competindo, então, ao juiz responsável pelo julgamento da causa penal –, ou se ocorre num momento posterior, durante ou após o cumprimento da pena. Mas, sobretudo, as medidas distinguem-se quanto à sua natureza. Tanto poderá tratar-se de uma pena acessória como de uma decisão a ter lugar no âmbito do processo da execução da pena – à imagem da decisão que concede ou recusa a liberdade condicional –, como ainda de um efeito de natureza extra-penal, independentemente de constar ou não de legislação penal.

A configuração do efeito como uma pena acessória oferece todos os benefícios inerentes à mobilização do direito penal. Em que não se abdica nunca de uma concepção do agente como um centro de autonomia ética, responsável penalmente apenas na medida dessa responsabilidade. O que constitui um limite inultrapassável a uma lógica preventiva ou instrumental desenfreada, perigo para o qual se pode, em abstracto ou teoria, estar alerta, mas cuja efectiva eliminação é, na prática, mais difícil de obter sem o auxílio do património histórico e da experiência que foram sendo adquiridos pelo direito penal, que se con-

cretizam numa multiplicidade de regras que, em conjunto, formam um sistema feito de equilíbrios precários e muitas vezes ocultos a um olhar mais superficial. Além de que os próprios fins preventivos têm uma coloração especificamente penal, que lhes limita os piores excessos, mesmo no que se refere à situação dos inimputáveis. Sendo, em particular, de destacar o limite que constitui a ideia de um *direito penal do facto*, que tanto vale para a aplicação de penas como de medidas de segurança.

A desvantagem deste modo de proceder seria dupla. Por um lado, tratando-se de uma pena acessória, seria aplicada pelo tribunal num momento anterior ao da execução da pena. Abdicando-se, assim, na análise relativa à necessidade da perda de direitos, de ter em conta as circunstâncias que ocorrem após a condenação, sobretudo, se for caso disso, aquelas que se prendem com o comportamento do condenado durante a execução da pena. Se o cumprimento da pena se encontra orientado à promoção da ressocialização do condenado, sendo também essa a *ratio* subjacente à proibição de efeitos automáticos, não parece adequado tomar uma decisão relativa à perda de direitos sem considerar o que se passou entre o momento da condenação e o da extinção da pena – caso a execução se tenha prolongado no tempo, como é bom de ver.

Por outro lado, o apego ao ideário da culpa e do direito penal do facto, constituindo um entrave à realização plena de um pensamento preventivo, poderia acarretar o risco de uma desprotecção indevida do interesse público em causa. Além de que, em determinadas situações, o recurso a categorias penais para lidar com problemas que, eventualmente, escapam à racionalidade específica do direito penal poderia tanto desvirtuar a lógica de funcionamento do sector em questão, dificultando a obtenção de uma solução satisfatória, como desvirtuar o funcionamento do próprio sistema penal.

Obviar-se-ia à inconveniência de a base do juízo ser demasiado limitada atribuindo a competência para a decisão relativa à perda de direitos ao juiz de execução da pena – sendo esse o caso – ou até a um juiz que interviesse após o cumprimento e extinção da pena – em teoria, com abstracção das regras do nosso actual direito positivo, seriam, certamente, equacionáveis diversas soluções. Por outro lado, ainda que fosse de aplicar no momento da condenação, pelo tribunal competente, seria também concebível configurar a medida com um carácter extra-penal, sujeitando-a a uma lógica de funcionamento própria.

São diversos os problemas que se ligam às alternativas levantadas. Desde logo, e embora não seja este o contexto adequado – apelamos, por isso, à indulgência do leitor – para o aprofundamento de tais questões, das mais importantes e controvertidas que importa levar a cabo no âmbito do direito penal, abrangendo *inclusive* o problema da existência (ou não) de um conceito material de crime,

será pacífico que, vistas as coisas do lado da sanção, a liberdade para o legislador qualificar uma restrição de direitos com uma natureza não penal é limitada. As restrições mais gravosas a determinados direitos fundamentais, considerados, de algum modo, de importância cimeira³¹, não poderão, em princípio, ocorrer fora do sistema penal, havendo que ser configuradas como penas. Pense-se, por exemplo, na privação da liberdade, que, fora as excepções previstas no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição, haverá, nos termos do n.º 2, de corresponder a uma pena ou medida de segurança. Será também o caso, porventura, de proibições, prolongadas no tempo e abrangentes, do exercício de determinados cargos ou profissões. Exigindo-se, por conseguinte, não apenas a intervenção de um juiz, mas a configuração específica como *pena*.

Depois, é inaceitável, de um ponto de vista filosófico, científico, político, jurídico, etc., a assunção de que é possível conhecer, com rigor, a personalidade do agente, e, com base nesse conhecimento e no das demais circunstâncias relevantes, efectuar prognósticos fiáveis relativamente ao seu comportamento futuro. O recurso a esse tipo de indagações, sem as maiores cautelas e as maiores limitações, seria, como se viu, contrário à ideia de liberdade em que se funda o direito penal. Pelo que a intervenção de um juiz num momento posterior ao da condenação, a ser prevista, deveria apenas efectuar-se em termos semelhantes ou análogos àqueles em que se processa, designadamente, a concessão da liberdade condicional ou a suspensão da execução da pena.

Deste modo, a perda de direitos haveria de ser qualificada como uma pena e, como tal, constar de uma sentença condenatória. Orientando-se, por isso, entre outros factores, pelo facto cometido e pela culpa do agente. Também a decisão relativa à eventual suspensão da execução de tal sanção, bem como as eventuais condições de cujo cumprimento pelo condenado tal suspensão dependeria, haveriam, a prever-se tal possibilidade, de constar da sentença condenatória. Não sendo decretada a suspensão, seria igualmente concebível que, numa fase posterior, à imagem do instituto da liberdade condicional, a susceptibilidade de exercício do direito restringido pudesse, sob determinados requisitos e designadamente com base no conhecimento entretanto obtido, ser condicionalmente restaurada.

Em suma, a configuração da perda de direitos como uma pena acessória submete-a a todos os controlos e limites inerentes ao direito penal, incluindo o

³¹ Estamos cientes das dificuldades que existem em estabelecer uma qualquer hierarquia abstracta de direitos na Constituição, mas, na impossibilidade de procedermos a uma investigação aprofundada sobre o tema, reconhecemos, provisoriamente, aquela *rule of thumb*.

princípio da culpa. Não deixando, de todo o modo, desprotegidos os bens jurídicos que estejam em causa. É a solução que, em geral, melhor garante a segurança jurídica e o princípio da igualdade, como também a que melhor combate o arbítrio. Embora não se considere as circunstâncias ocorridas após a condenação, nem por isso se deixa de ter amplamente em conta circunstâncias atinentes ao caso concreto e ao agente. Só que balizadas pelo princípio da culpa, pela ideia de um direito penal do facto, enfim, por todo o património normativo e experiencial do direito penal. Que será ainda hoje o meio ao dispor do legislador que melhor equilibra as exigências preventivas e de protecção da sociedade com a necessidade de garantir a todos os indivíduos um núcleo irredutível de autonomia, livre de intrusões face aos poderes do Estado e da própria sociedade. Um direito penal que, nessa medida, é enformado por um programa político-criminal de ressocialização do condenado, ao qual importa dar uma oportunidade de se regenerar e reintegrar na comunidade em que vive, em homenagem a uma concepção do homem como um ser livre e responsável, capaz de mudança.

IX. Efeitos de natureza extra-penal

15. Seja como for, nem sempre se imporá a configuração da perda de direitos como uma pena acessória, nem, sequer, tal opção será, em todas as situações, adequada ou, ao menos, a preferível. Como se adiantou já, casos há que escaparão à lógica de funcionamento do direito penal, em particular no que se refere ao problema da culpa. Pense-se, por exemplo, na situação, apreciada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 363/91, de perda do direito à objecção de consciência, no âmbito do cumprimento do serviço militar obrigatório, por efeito da condenação pelo cometimento de determinados crimes. Cometimento que demonstraria a contradição entre a pretensão do agente de rejeitar a violência como modo de resolução de conflitos e o seu comportamento efectivo. Em tal situação, a perda do estatuto de objector de consciência não constituiria uma sanção por um comportamento indevido do agente, mas, simplesmente, decorreria de uma perda dos pressupostos de acesso a tal estatuto. Isto independentemente de se concordar ou não com a asserção de que o cometimento de determinados crimes revela a falta de idoneidade do agente para beneficiar do estatuto de objector de consciência. Na verdade, mesmo que revelasse, seria apenas num plano *prima facie*, e não se dispensaria, em qualquer caso, uma avaliação posterior do caso concreto pela entidade decisora.

Não é de recusar liminarmente, sequer, a intervenção de uma entidade administrativa, apesar de todos os problemas que tal opção envolve. De facto, nesta última situação já não se verificariam – ou verificar-se-iam em medida menor – as vantagens que *supra* se assinalou relativamente à intervenção de uma enti-

dade judicial, no âmbito do processo penal: o conhecimento ímpar do caso concreto, a experiência na avaliação da personalidade do agente com a objectividade possível, a imparcialidade e independência que se ligam ao estatuto de juiz, uma ponderação alargada, considerando todos os interesses em jogo e com uma atenção especial ao modo como o condenado é afectado. Só que, em determinadas situações, parece mostrar-se inviável que a decisão sobre a perda de direitos seja tomada no momento da condenação.

Pense-se, mais uma vez, no apuramento da idoneidade para o exercício de determinado cargo, profissão ou actividade. Como prever que o agente pretende exercer um determinado cargo ou uma qualquer profissão? Se a pessoa condenada já os exercia aquando da condenação, a configuração da proibição do exercício de função como uma pena acessória não oferecerá dificuldades de maior. Já é assim, aliás, no âmbito do Código Penal, relativamente a crimes cometidos por funcionários públicos e titulares de cargos públicos, no exercício da actividade para que foram eleitos ou nomeados (artigo 66.º, n.º 1). Bem como quando estejam em causa profissões ou actividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública (n.º 2). Sendo ainda tal regime aplicável, em determinadas circunstâncias, a gerentes ou administradores de sociedades comerciais (n.º 3).

Uma tal antecipação do domínio funcional objecto da proibição já não se mostrará, por via de regra, viável nas situações em que o agente pretenda, *ex novo*, desempenhar determinada actividade. A não ser nos casos em que, eventualmente, a ligação entre o crime cometido e a actividade em causa seja tão evidente, que se torne aceitável, logo no momento da condenação, proibir o seu exercício – sempre a partir das circunstâncias do caso concreto –, independentemente do historial do agente e de uma manifestação de vontade sua. Mas serão em número diminuto tais situações. Abstraindo-se da actividade efectivamente exercida pelo agente, corre-se o risco de a proibição se tornar demasiado abrangente e excessiva, ou mesmo que viole o princípio da legalidade das penas, na vertente da determinabilidade ou tipicidade. O artigo 69.º-B do Código Penal ilustraria esta situação. Prevê-se aí, acoplada ao cometimento de determinados crimes, a sanção acessória de proibição do exercício de funções «*cujo exercício envolva contacto regular com menores*». Será o decretamento desta sanção, *sem qualquer especificação adicional*, compatível com o princípio da legalidade?

De todo o modo, dizíamos, nas situações de acesso *ex novo* a uma determinada actividade ou profissão após o cumprimento da pena – entre outras, este é apenas um exemplo emblemático –, uma eventual decisão relativa ao preenchimento das condições para tal acesso não haverá de ser tomada pelo juiz que procedeu à condenação nem revestir a natureza de uma pena acessória, orientada,

entre outros factores, pela culpa do agente. Deverá ser tomada pela Administração ou até, na verdade, por privados. Na medida em que a entidade empregadora, por qualquer modo, tenha notícia dos antecedentes criminais do candidato ao emprego, dificilmente deixará de ponderar tal informação no âmbito da decisão de contratar ou não contratar. E, desse modo, não se configurará nenhuma proibição genérica do exercício de uma profissão.

Claro que nem por isso se deixará de dificultar, e muito, a ressocialização do condenado. Trata-se, porém, de uma problemática já alheia ao domínio dos efeitos automáticos das penas – a automaticidade seria, nesta perspectiva, bem pior. O Estado deverá, em qualquer caso, lançar mão de outros instrumentos para evitar ou mitigar o mal (mas sem desguarnecer indevidamente os interesses legítimos que, *in casu*, se lhe oponham): determinação das condições em que o certificado pode ser pedido e da informação que dele consta; estabelecimento de um prazo para os dados constantes do registo criminal serem eliminados; etc. Tanto um como o outro ponto são, aliás, objecto de regulação na Lei da Identificação Criminal³².

16. No âmbito do sector público, das profissões regulamentadas, das actividades em que seja necessária uma licença, etc. – em que, portanto, se esteja fora do domínio da *autonomia privada* ou em que esta se encontre limitada –, a questão deverá ser equacionada de um modo diferente. E isto tanto porque, estando em causa a intervenção de entidades públicas, as exigências de imparcialidade e objectividade se colocam com uma acuidade particular, como porque, estando em causa o acesso a todo um sector ou actividade, os obstáculos respectivos têm um escopo muito maior do que a simples decisão de não contratação por uma qualquer entidade empregadora, integrante, entre muitas outras, de um determinado sector económico.

Nestas situações, em primeiro lugar, haverá, como é evidente, que ponderar se o interesse público justifica, ainda que meramente num plano *prima facie*, e face à exigência de promoção da ressocialização do condenado e aos seus direitos, que se vede o acesso a determinados cargos ou sectores por parte de pessoas condenadas por um determinado crime. Sendo a resposta positiva, nem por isso haverá que optar por qualquer forma de automaticidade³³. Pois que, apesar de,

³² Cfr., respectivamente, os artigos 8.º, 10.º, n.ºs 5 e 6, e 11.º da Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio.

³³ A este propósito, cfr. JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas: algumas notas de justificação de decisões legislativas”, *Direito e Justiça*, XIV, T. I, 2000, 68 ss e 80 ss. Segundo o autor (68), em tais casos (fiscalizações administrativas de idoneidade),

nesta sede, já não se verificarem as vantagens que se associam à intervenção de um juiz, há meios de mitigar a arbitrariedade potencial de uma decisão casuística, a ponto de a tornar, de um ponto de vista global, preferível à automaticidade, com todos os problemas que lhe são inerentes.

Na verdade, a previsão da extracção de efeitos – não automaticamente – de uma condenação poderá até constituir, numa determinada perspectiva, uma garantia importante contra o arbítrio. Assegurando, por exemplo, que só nessa situação é avaliada a idoneidade moral de uma pessoa para o exercício de uma qualquer profissão. Que, não sendo condenada, a Administração não tem a faculdade de recusar o seu acesso ao sector em causa, por falta de idoneidade moral. Ou, pelo menos, as restantes situações em que tal avaliação seja possível deverão ser igualmente bem delimitadas e determinadas.

Depois, se, como se viu, é maior o risco de arbítrio nesta situação do que naquela em que se prevê a intervenção de uma entidade judicial, mas sendo, ainda assim, de recusar a produção automática do efeito, deverão os critérios a que se sujeita a actuação da entidade decisora ficar também a meio caminho entre a automaticidade e a consideração das circunstâncias do caso concreto, de modo a obter um equilíbrio razoável entre os diferentes interesses e valores em jogo. Como se viu, os critérios de decisão a conformar pelo legislador podem implicar um maior ou menor âmbito de intermediação por parte do decisor. Neste domínio, e tendencialmente, deverá a margem de intervenção da Administração ser menor que a do juiz, mas não a ponto de configurar uma situação rígida e inflexível de automaticidade.

Os critérios que pautam a decisão individual haverão de ser delineados de modo a diminuir as possibilidades de arbítrio e, sobretudo, de moralização. Em

não haverá sequer uma restrição de direitos: «[a] recusa da autorização não produz pois um efeito de inhabilitação, porque é simplesmente a ausência de habilitação, fundada na ausência dos seus pressupostos. Não é o efeito negativo de uma causa, mas sim e só a ausência de causa de um efeito positivo. Nenhum direito previamente existente é cassado, restringido ou condicionado pela recusa de autorização prévia para o exercício de uma actividade reservada». Não se vê, porém, como é que, face, por um lado, a direitos como, nomeadamente, a liberdade de escolha de profissão e de acesso à função pública (artigo 47.º da Constituição), e, por outro, aos valores subjacentes à proibição de efeitos automáticos das penas, pode prevalecer tal entendimento. Todas as pessoas têm o direito a aceder aos diferentes cargos e profissões, a desempenhar as actividades que lhes aprouver (mesmo que fora do âmbito do artigo 47.º), desde que cumpram os requisitos respectivos. Só que estes requisitos, bem entendido, sujeitam-se, por sua vez, aos requisitos constitucionais. Entre estes últimos, conta-se o princípio insito no artigo 30.º, n.º 4, que obstará *prima facie* a que entre os requisitos de acesso aos cargos e profissões se contasse, sem mais, a mera circunstância de o candidato ter sido punido por este ou por aquele crime.

vez de se atestar, simplesmente, a idoneidade moral do candidato, sem mais, deverá concretizar-se em que é que tal idoneidade se concretiza no domínio particular em causa³⁴. E, embora não caiba à entidade administrativa avaliar *in concreto* as exigências de ressocialização, deverá, ao menos, garantir-se que a selecção dos critérios a plasmar na lei e a delimitação do seu âmbito de aplicação considera tais exigências *em abstracto*. Desde logo, limitando as situações em que seja possível recusar o acesso.

A avaliação a efectuar pela entidade decisora poderá simplesmente acrescer ao simples dado, sem mais, da condenação, e que se baseará, por conseguinte, em factos diferentes daqueles que subjazem ao processo penal, ou *independentemente de aí terem sido considerados*. Neste caso, a condenação constituiria um mero pressuposto da avaliação a efectuar pela autoridade em causa. Pode igualmente tratar-se de uma ponderação adicional sobre a condenação penal. Mas em que, sem acesso aos autos, se torna impossível ter em conta o circunstancialismo do caso concreto, considerado pelo juiz penal.

Diversas outras garantias haverá – o direito à impugnação judicial, a fixação de limites temporais máximos, após a condenação, para dela se poderem, *de algum modo*, retirar efeitos, etc. Importará também articular as decisões judiciais de aplicação e, sobretudo, de não aplicação de uma pena acessória de proibição do exercício de uma determinada função com as decisões administrativas relativas ao acesso a tal função. Justificar-se-á que a decisão do juiz de não aplicar a pena acessória de proibição do exercício de uma função seja depois infirmada por uma autoridade administrativa, que, tendo considerado exaustivamente o interesse público – até possivelmente com uma competência técnica superior à do juiz –, não teve em conta as exigências de ressocialização e a culpa do agente?

Por conseguinte, seja como for que se configure a intervenção de uma entidade administrativa neste domínio, a questão carece de ser equacionada à luz de parâmetros constitucionais que extravasam a problemática dos efeitos automáticos das penas e do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição. A desprotecção dos direitos do condenado, por um lado, e do interesse público, por outro, são problemas em si mesmos considerados, às mais variadas luzes: direitos fundamentais, tarefas do Estado, reserva de juiz, regras que pautam a actuação da Administração, garantias dos administrados, etc.

³⁴ Cfr., a título de exemplo, o artigo 30.º-D do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

X. Em que ficamos, afinal?

17. Percorrido este longo caminho, recapitulemos: o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição contém uma proibição estrita de associar, necessariamente, à aplicação de uma pena a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos³⁵. Também a ligação automática de efeitos à condenação por um crime – como quer que este seja descrito – afecta os valores ínsitos no artigo 30.º, n.º 4, ainda que numa medida menor que os efeitos das penas propriamente ditos. Pelo que, quer se considere que estamos ainda no âmbito deste preceito, quer, ao invés, que nos situamos no domínio mais geral do artigo 18.º, n.º 2, e dos requisitos para a restrição de direitos fundamentais, ou mesmo do artigo 2.º, é seguro que a Constituição não é indiferente ao problema dos efeitos automáticos dos crimes.

Crê-se que a Constituição veda, *prima facie*, a produção de efeitos restritivos *ope legis*, pela mera condenação num determinado crime. A intervenção de uma entidade habilitada para decidir no caso concreto, podendo ter uma amplitude maior ou menor, conforme a configuração dos critérios legais que a conformem, permitirá equilibrar de forma razoável, por um lado, a necessidade de assegurar o mandamento político-criminal humanístico de promoção da ressocialização do condenado, e, por outro, a exigência de não desgarnecer de forma significativa a protecção do interesse público e dos valores em cada caso em causa.

No entanto, face à tamanha heterogeneidade de situações potencialmente abrangidas – bem ilustrada pela extensa jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre esta temática, abrangendo as mais variadas matérias –, e tendo também em conta a redacção e contexto histórico e sistemático do artigo 30.º, n.º 4, bem como a menor afectação dos valores ínsitos nesta disposição quando se trata de efeitos de crimes, será difícil defender que a Constituição, sem mais e independentemente da matéria e da configuração da particular medida legis-

³⁵ Mas já não será necessariamente assim se o efeito se ligar não à pena principal, mas à própria pena acessória. Pois que nessa hipótese aquela ideia de que a pena pouco ou nada nos diz sobre a situação concreta e as suas circunstâncias (cfr. *supra* o ponto III, n.º 4) torna-se menos convincente. A pena acessória, ao contrário, *v.g.*, das penas principais de prisão ou de multa, não constitui um mal indiferenciado, aplicável à generalidade dos tipos de crime, e variando apenas no *quantum* da sua moldura. Liga-se, as mais das vezes, a determinados tipos de crime em particular, constituindo uma resposta qualitativa específica. É de conceber, então, que um efeito que se lhe ligue possa, *in casu*, ser assimilável a um efeito da condenação por um crime e não a um efeito da pena. Veja-se como exemplo a disposição constante do artigo 148.º, n.º 2, do Código da Estrada, que à pena acessória de proibição de conduzir liga uma perda de pontos (não cabendo aqui decidir se se trata ou não de um caso de *automatismo*). Tal sanção encontra-se prevista relativamente a um número limitado de crimes, pelo que, afinal, o efeito que, por sua vez, se lhe liga será de associar, mediatamente, aos crimes que lhe estão na origem.

lativa em causa, proscreve qualquer forma de automaticidade na associação de efeitos restritivos de direitos civis, políticos ou profissionais à condenação por um determinado crime. Como se viu, não é sequer possível defender que esteja sempre em causa, pelo menos primacialmente, o valor da ressocialização do condenado, que é afectado de modo diferente consoante os direitos que sejam restringidos. Se, em geral, a perda automática de direitos profissionais e políticos parece sempre implicar um entrave à ressocialização do condenado, há outros casos em que tal ligação é menor, se que é que se verifica de todo. A perda automática do direito de objecção de consciência, por exemplo, é problemática não por pôr em causa a ressocialização do arguido, mas por, eventualmente, se revelar, *in casu*, injusta ou desnecessária.

Seja como for, a serem admissíveis situações de automaticidade, numa qualquer medida, tratar-se-á de casos em que a ligação entre o crime cometido – e quanto mais pormenorizada for a sua descrição, indo para além da mera referência ao tipo legal de crime, tanto melhor, como é bom de ver, na perspectiva ínsita ao artigo 30.º, n.º 4 – e o interesse tutelado pela restrição em causa seja, logo num plano abstracto, altamente convincente³⁶, e o risco a prevenir especialmente grave (mas bem se vê como é difícil esta avaliação: conceitos como “altamente convincente” ou “especialmente grave” são muitíssimo indeterminados; trata-se, em todo o caso, importa notar, de requisitos para a produção da excepção à regra, que é a da necessidade de intervenção de uma entidade decisora). Exigível também é que em tais situações os prejuízos para o condenado sejam, apesar de tudo, toleráveis, não apenas face aos ganhos, mas em si mesmo considerados – por exemplo, devido a uma limitação das dimensões do direito afectadas, à duração muito limitada da medida, etc.

Depois, terá que ser apreciado em cada caso se os critérios previstos e a margem de intermediação outorgada à entidade encarregada de tomar uma decisão no caso concreto são ajustados e acautelam de forma suficiente os diferentes interesses em jogo. Conforme os casos, e numa consideração global da Constituição – não apenas do artigo 30.º, n.º 4 –, exigir-se-á a configuração do efeito como uma pena acessória; pelo menos, a intervenção de um juiz; a previsão de critérios mais ou menos densos, etc. E sempre se terá de mostrar, em cada caso, que os critérios a aplicar não padecem de irremediável arbitrariedade, tanto em teoria como na sua aplicação prática previsível. Aliás, importa assegurar, antes do mais, que haja critérios. O que não parece suceder, nomeadamente, no que

³⁶ O Tribunal Constitucional atribuiu relevância a este critério, designadamente, nos Acórdãos n.ºs 748/2014 e 376/2018.

se refere à declaração de indignidade sucessória, prevista no artigo 69.º-A do Código Penal.

Neste preceito, estabelece-se, como vimos, que a «*sentença que condenar autor ou cúmplice de crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado, pode declarar a indignidade sucessória do condenado, nos termos e para os efeitos previstos na alínea a) do artigo 2034.º e no artigo 2037.º do Código Civil, sem prejuízo do disposto no artigo 2036.º do mesmo Código*». Parece, então, tratar-se de um efeito de natureza extra-penal, não automático («*a sentença...pode declarar*»), sendo os critérios para a sua aplicação os previstos no Código Civil («*nos termos e para os efeitos...*»).

Só que, nos artigos do Código Civil referidos, não se estabelece quaisquer critérios para a decisão do juiz. O artigo 2034.º, alínea a), limita-se a determinar que «*carece[] de capacidade sucessória, por motivo de indignidade, o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado*». Pelo que, então, o juiz haverá de decidir com base na sua intuição, sem quaisquer critérios legais que lhe indiquem o caminho e limitem a subjectividade. Estamos, portanto, entre Cila e Caríbdis: ou se trata de uma situação de automaticidade, problemática por não permitir que se considere o caso concreto, ou se trata de um caso de indeterminação, problemático pela arbitrariedade e insusceptibilidade de controlo que lhe é inerente, além da questão de legalidade.

18. À partida, admitimos, como se viu, que mesmo a questão da *automaticidade propriamente dita* dos efeitos que se ligam à condenação por um crime pudesse tanto ser enquadrada no âmbito do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição – *por irradiação* ou analogia quanto aos fundamentos, ainda que não por identidade plena de razão – como em disposições mais genéricas sobre o Estado de direito ou sobre os requisitos para a restrição de direitos fundamentais. Não se excluindo completamente a possibilidade de certos casos de automaticidade, em determinadas e muito limitadas circunstâncias, se mostrarem conformes à Constituição, a opção por um enquadramento no artigo 30.º, n.º 4, implicaria que a proibição aí ínsita, quando se estivesse fora do âmbito dos efeitos das penas propriamente ditos, perdesse o seu carácter tendencialmente absoluto³⁷ e alheio a excepções. Ofereceria, porém, face à alternativa de perspectivar a ques-

³⁷ Na medida em que alguma disposição constitucional efectivamente o seja – no limite, a proverbial bomba cuja explosão destruiria integralmente a Terra –, questão que, obviamente, escapa ao âmbito deste estudo.

tão *exclusivamente* à luz dos artigos 2.º ou 18.º, n.º 2, entre outras, a vantagem de promover a consideração do problema a partir de directivas mais específicas que o simples cumprimento dos passos genéricos em que se decompõe o princípio da proporcionalidade em sentido lato (ainda que, em última instância, fossem reconduzíveis a este princípio). Facilitando, assim, a formação de uma heurística sectorial, no domínio dos efeitos das penas, constituída pelos critérios que assinalámos e por outros, que a doutrina e jurisprudência fossem, ao longo do tempo, desenvolvendo. Além de que – mais decisivamente – sobraria claro que o *princípio* seria o da proibição de automaticidade, o que, no plano comunicativo e epistémico, constituiria uma indicação por demais relevante, tanto ao legislador como aos tribunais e à *praxis*.

No final de contas, será, então, preferível, nos termos do actual quadro constitucional positivo, optar por uma *interpretação* que considere sob a égide do artigo 30.º, n.º 4, tanto os efeitos automáticos das penas propriamente ditos como aqueles que se ligam à condenação por um crime. Tendo em conta, quer num caso, quer no outro, que de modo algum a preocupação da Constituição com os efeitos das penas se esgota na *proibição de automaticidade*. E não deixando, de todo o modo, de reconhecer uma gradação quanto às exigências que se fazem valer num e no outro âmbito da proibição. Sendo que a admissão de um nível de exigência menos estrito se verificaria apenas naquele domínio a que o artigo 30.º, n.º 4, se aplicaria por analogia parcial, o que não deixará de ser relevante *inter alia* para efeito da discussão metodológica relativa aos limites que o texto constitucional impõe ao intérprete e à legitimidade do reconhecimento de *excepções* a (aparentes) regras. Permitindo, assim, viabilizar a interpretação sugerida.

Tem-se consciência de que a solução a que globalmente se chegou não corresponde a um limite estrito à actuação do legislador, como seria, a tantos níveis, desejável. Em determinados casos, só após o recurso a diversas ponderações, reconduzíveis, *em última instância*, ao princípio da proporcionalidade, se consegue chegar a uma resposta adequada. O que redundaria no risco de uma desonegação do legislador ou de as decisões da jurisdição constitucional se tornarem imprevisíveis. Não se vê, porém, como, na matéria que nos ocupa, ultrapassar este inconveniente. Talvez seja possível construir uma norma de proibição baseada em critérios de aplicação mais segura – e isto não apenas *de jure condendo*, mas também *de jure condito*, no domínio da interpretação da Constituição. A proibição estrita e inultrapassável de todos os casos de automaticidade, *sem mais*, é que não permitirá responder à variedade de problemas e situações potencialmente em causa.

