

120

JUN/JUL 2024

Coordenadores

Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Oswaldo Henrique Duek Marques
Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Conselho Editorial

Alice Bianchini
André Vinícius Espírito Santo de Almeida
Aury Lopes Júnior
Carlos Ernani Constantino
Carolina Alves de Souza Lima
Celso de Magalhães Pinto
César Barros Leal
Cesar Luiz de Oliveira Janoti
Cezar Roberto Bitencourt
Claudio Brandão
Édson Luís Baldan
Eduardo Saad Diniz
Elias Mattar Assad
Eloisa de Souza Arruda
Ester Kosovski
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
Fernando Capez
Fernando da Costa Tourinho Filho
Fernando de Almeida Pedroso
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso
Gisele Mendes de Carvalho
Guilherme de Souza Nucci
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
João Mestieri
José Carlos Teixeira Giorgis
Luciano de Freitas Santoro
Luiz Flávio Borges D'Urso
Marco Antonio Marques da Silva
Marcus Alan de Melo Gomes
Michele Cia
Nadia Espina (Argentina)
Orlando Faccini Neto
Oswaldo Giacoia Júnior
Paulo Henrique Aranda Fuller
Raúl Cervini
Renato Marcão
Rômulo de Andrade Moreira
Ryanna Pala Veras
Sergio Demoro Hamilton
Tiago Caruso Torres
Umberto Luiz Borges D'Urso

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XX – Nº 120

Jun-Jul 2024

Repositório Autorizado de Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007

Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

Editor

Fábio Paixão

Coordenadores

Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Oswaldo Henrique Duck Marques

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Conselho Editorial

Alice Bianchini – André Vinícius Espírito Santo de Almeida – Aury Lopes Júnior
Carlos Ernani Constantino – Carolina Alves de Souza Lima – Celso de Magalhães Pinto
César Barros Leal – Cesar Luiz de Oliveira Janoti – Cezar Roberto Bitencourt
Claudio Brandão – Édson Luís Baldan – Eduardo Saad Diniz – Elias Mattar Assad
Eloisa de Souza Arruda – Ester Kosovski – Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
Fernando Capez – Fernando da Costa Tourinho Filho – Fernando de Almeida Pedroso
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso – Gisele Mendes de Carvalho
Guilherme de Souza Nucci – Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – João Mestieri – José Carlos Teixeira Giorgis
Luciano de Freitas Santoro – Luiz Flávio Borges D'Urso
Marco Antonio Marques da Silva – Marcus Alan de Melo Gomes – Michele Cia
Nadia Espina (Argentina) – Orlando Faccini Neto – Oswaldo Giacoia Júnior
Paulo Henrique Aranda Fuller – Raúl Cervini – Renato Marcão
Rômulo de Andrade Moreira – Ryanna Pala Veras – Sergio Demoro Hamilton
Tiago Caruso Torres – Umberto Luiz Borges D'Urso

Colaboradores deste Volume

André Antiquera Pereira Lima – André Lamas Leite
Bruno Zanesco Marinetti Knieling Galhardo – Danielle de Guimarães Germano Arlé
Eduardo Titão Motta – Esdras Neemias Freitas Gavião – Ewerton Ricardo Messias
Fernando Castelo Branco – Geilson Nunes – Jennifer dos Reis
Kledson Dionysio de Oliveira – Larissa Cristina Leal Costa – Leonardo Alves Batista
Luiz Gustavo Santos Silva – Marcos Paulo Benevenuto Viana
Raphael Debes Chan Spinola Costa – Rejane Alves de Arruda – Valerio de Oliveira Mazzuoli

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

v. 1 (ago./set. 2004)-.- Porto Alegre: Magister, 2004-

Bimestral. Coordenação: Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Oswaldo Henrique Duek Marques e Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado.

v. 120 (jun./jul. 2024)

ISSN 1807-3395

1. Direito Penal – Periódico. 2. Direito Processual Penal
– Periódico.

CDU 343(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a centésima vigésima edição da *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, destinada a contribuir para aperfeiçoar as ciências penais e processuais penais.

Abre a sequência de artigos o texto “Cooperação internacional direta, boa-fé processual e prova ilícita”, de autoria de Fernando Castelo Branco, André Antiquera Pereira Lima e Raphael Debes Chan Spinola Costa, no qual os autores pretendem examinar os requisitos para a validade das provas obtidas por meio de cooperação internacional direta entre congêneres, especificamente na relação bilateral entre Brasil e Estados Unidos da América.

Dando continuidade, Valerio de Oliveira Mazzuoli e Kledson Dionysio de Oliveira, em “Princípio constitucional da ampla defesa da vítima: exegese do art. 5º, LV, da Constituição Federal e incidência no processo penal brasileiro”, objetivam comprovar a existência do princípio constitucional da ampla defesa da vítima na Constituição Federal de 1988, eis que tal princípio não foi devidamente observado pela doutrina brasileira e pela jurisprudência pátria até o presente momento.

Logo após, temos o artigo intitulado “O reconhecimento fotográfico como espécie de reconhecimento de pessoas e o racismo institucional”, escrito por Rejane Alves de Arruda e Jennifer dos Reis. As autoras destacam a importância de garantir procedimentos adequados para um reconhecimento mais confiável e justo, evitando erros judiciais e injustiças.

A Revista prossegue com o texto escrito por Ewerton Ricardo Mesias, Geilson Nunes e Larissa Cristina Leal Costa, com o título “Direito e tecnologia: uma perspectiva dos crimes cibernéticos na sociedade de risco”. Os autores fazem um estudo sobre os impactos que a tecnologia e a internet trouxeram para o Direito na sociedade de risco, em especial quanto à comum ocorrência de crimes virtuais que esses meios informáticos proporcionam, tendo como problemática demonstrar que os avanços tecnológicos além dos benefícios trouxeram impactos negativos.

Dando sequência, temos o artigo “Uma (re)leitura da Súmula nº 610 do STF: análise crítica e implicações no Direito Penal brasileiro”, escrito por Luiz Gustavo Santos Silva e Marcos Paulo Benevenuto Viana, tendo como coautor Leonardo Alves Batista. Os autores fazem uma (re)leitura da Súmula nº 610 do Supremo Tribunal Federal (STF), buscando compreender a sua

aplicação, interpretação e análise: antes e depois da súmula no contexto do Direito Penal brasileiro atual.

Eduardo Titão Motta, por sua vez, no artigo “*Fishing expedition* e investigação especulativa: busca de provas genéricas nos mandados de busca e apreensão de aparelhos eletrônicos”, visa analisar o instituto da pesca predatória de provas, em especial no que diz respeito às frequentes e excessivas apreensões de materiais eletrônicos em investigações policiais que acabam levando à devassa das informações pessoais e das comunicações dos alvos.

Bruno Zanesco Marinetti Knieling Galhardo nos traz, no texto intitulado “A responsabilidade penal por erro médico: algumas balizas”, apontamentos sobre a responsabilização do profissional por erro médico no âmbito penal, ante a atividade médica ser inerente ao risco e a ausência de critérios objetivos previamente estabelecidos para apurar se o profissional deverá ser responsabilizado criminalmente ou não.

O artigo “Justiça Restaurativa: a importância do Ministério Público na desmistificação e fomento de políticas, programas e práticas restaurativas”, de autoria de Danielle de Guimarães Germano Arlé e Esdras Neemias Freitas Gavião, busca apresentar a Justiça Restaurativa enquanto paradigma de teoria de justiça, desconfundindo-a enquanto método ou processo autocompositivo.

Por último, na seção reservada à *Doutrina Estrangeira*, o jurista português André Lamas Leite, no artigo “O ilícito disciplinar: de ‘terra de ninguém’ a ‘terra prometida’”, traça as principais características que distinguem o ilícito penal do disciplinar, no sentido em que vêm sendo apontadas pela doutrina e jurisprudência maioritárias.

Como coordenadores, estamos convencidos da excelência e atualidade dos textos apresentados, cuja leitura será, sem dúvida, de grande interesse para os estudiosos das ciências penais e processuais penais.

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Oswaldo Henrique Duek Marques

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Sumário

Doutrina

1. Cooperação Internacional Direta, Boa-Fé Processual e Prova Ilícita
*Fernando Castelo Branco, André Antiquera Pereira Lima e
Raphael Debes Chan Spinola Costa* 7
2. Princípio Constitucional da Ampla Defesa da Vítima: Exegese do Art. 5º,
LV, da Constituição Federal e Incidência no Processo Penal Brasileiro
Valério de Oliveira Mazzuoli e Kledson Dionysio de Oliveira 28
3. O Reconhecimento Fotográfico como Espécie de Reconhecimento de
Pessoas e o Racismo Institucional
Rejane Alves de Arruda e Jennifer dos Reis 56
4. Direito e Tecnologia: uma Perspectiva dos Crimes Cibernéticos na
Sociedade de Risco
Ewerton Ricardo Messias, Geilson Nunes e Larissa Cristina Leal Costa 72
5. Uma (Re)Leitura da Súmula nº 610 do STF: Análise Crítica e
Implicações no Direito Penal Brasileiro
Luiz Gustavo Santos Silva, Marcos Paulo Benevenuto Viana e Leonardo Alves Batista 90
6. *Fishing Expedition* e Investigação Especulativa: Busca de Provas Genéricas
nos Mandados de Busca e Apreensão de Aparelhos Eletrônicos
Eduardo Titão Motta 112
7. A Responsabilidade Penal por Erro Médico: Algumas Balizas
Bruno Zanesco Marinetti Knieling Galhardo 124
8. Justiça Restaurativa: a Importância do Ministério Público na
Desmistificação e Fomento de Políticas, Programas e Práticas
Restaurativas
Danielle de Guimarães Germano Arlé e Esdras Neemias Freitas Gavião 140
9. O Ilícito Disciplinar: de “Terra de Ninguém” a “Terra Prometida”
André Lamas Leite 153

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Porte de Arma de Fogo e de Munições
de Uso Permitido. Art. 14 da Lei nº 10.826, de 2003. Laudo Pericial:
Demonstração da Ineficácia Absoluta dos Objetos. Crime Impossível.
Art. 17 do Código Penal. Presunção de Potencialidade Lesiva Afastada.
Princípio da Legalidade
Rel. Min. André Mendonça 184

2. Superior Tribunal de Justiça – Prisão Preventiva. Descumprimento de Medidas Cautelares Anteriormente Impostas. Cabimento. Fuga. Risco à Instrução Criminal. Viabilidade da Segregação Cautelar. Pedido Acolhido
Rel.^a Min.^a Daniela Teixeira 191
3. Superior Tribunal de Justiça – Dissídio Jurisprudencial e Violação dos Arts. 38, 395, II, e 806, Todos do CPP; 103 e 107, IV, Ambos do CP. Direito de Queixa. Exercício Dentro do Prazo Decadencial. Recolhimento das Custas Iniciais de Forma Extemporânea. Extinção da Punibilidade. Entendimento Dissonante da Jurisprudência Desta Corte Superior. Atraso no Pagamento das Custas que Não Enseja a Decadência da Ação Penal, Tão Somente, Obsta a Prática de Atos ou Diligências. Exegese do Art. 806 do CPP. Não Oportunizada a Possibilidade de Saneamento do Vício. Ausência de Intimação do Querelante para Tanto. Reforma do Acórdão que se Impõe. Determinado o Retorno dos Autos para o Prosseguimento da Persecução Penal
Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 195
4. Superior Tribunal de Justiça – Efeito Suspensivo a Recurso Especial Admitido na Origem. Deferimento. Acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Execução Provisória da Pena. Reclamação no Supremo Tribunal Federal Julgada Procedente para Cassar a Decisão Reclamada. Súmula Vinculante nº 10, STF. Submissão da Matéria ao Colegiado. Reconsideração
Rel. Min. Messod Azulay Neto 202

O Ilícito Disciplinar: de “Terra de Ninguém” a “Terra Prometida”¹

ANDRÉ LAMAS LEITE

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Mestre na mesma área pela Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal). Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Investigador integrado do CIJ – Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (FDUP). Advogado e Jurisconsulto. E-mail: andre.lamas.leite@gmail.com.

Não ha estudante que resista á má predisposição de um cathedratico. [...]

São canalhices que pedem chicotadas.

(BABO, Carlos dos Santos. Os mestres de Direito ou os Assizes da Universidade, 1906).

RESUMO: O artigo traça as principais características que distinguem o ilícito penal do disciplinar, no sentido em que vêm sendo apontadas pela doutrina e jurisprudência maioritárias, dando-se conta da sua insuficiência. Assim, identificando um concreto bem jurídico, faz-se uma leitura mais conforme com a Constituição e termina-se defendendo que os ilícitos penal, disciplinar e contra-ordenacional deveriam ser enquadrados num ramo de Direito mais amplo, com garantias substantivas e adjectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Ilícito disciplinar. Ilícito penal. Bem jurídico. Garantias de defesa.

SUMÁRIO: I – Razão de ordem. II – Da distinção “clássica” do ilícito administrativo. III – Tomada de posição. IV – Conclusão. Referências.

I – Razão de ordem

O ilícito disciplinar é, pelo menos em Portugal, aquele que vem merecendo, dentro do direito disciplinar, menos reflexão por parte da doutrina. Normalmente considerado como integrado no Direito Administrativo, os

1 Por expressa vontade do autor, não se segue o Acordo Ortográfico de 1990.

penalistas não o abordam *ex professo*, por entenderem não integrar o seu objecto de estudo, e os administrativistas experienciam naturais dificuldades por terem de lidar com conceitos como ilicitude, culpa ou sanção, os quais não surgem amiúde no que poderíamos designar por “Direito Administrativo Geral”, sendo que o direito disciplinar seria um dos temas contidos no “Direito Administrativo Especial”. Por outro lado, o ilícito de que agora curamos é *bifrontal*, ou seja, consoante a entidade para a qual se trabalha ou exerce qualquer função a título jurídico que entra no seu campo de aplicação, estaremos a falar de um ente público (que se insere na função administrativa do Estado) ou de um ente privado (em que nos referimos à entidade patronal, cujo poder disciplinar se afirma como elemento típico do contrato de trabalho, em virtude do art. 128.º do Código do Trabalho (CT)).

Sucede ainda que aquilo que se entenda por este particular ilícito sói depender da forma como a Administração Pública se acha organizada em cada Estado, o que conhece uma enorme variabilidade. No entanto, mais do que esse caractere, é a inserção da Administração num dado modelo de Estado que imprime as fronteiras mais claras ao ilícito administrativo. Em termos históricos, ninguém duvida – para apenas começarmos esse percurso com a formação do Estado em sentido moderno, de que Bodin é um dos expoentes máximos – que um Estado déspota, autocrático, teocrático, ditatorial ou de Direito (entre várias outras possibilidades) e, dentro desse último, de Direito formal ou material, imprime à sua Administração que lida com a *res publica*, não apenas uma organização própria, mas também teleologias específicas.

No caso do Estado de Direito formal, a vinculação da Administração Pública ao Estado assume foros de íntima conexão, no sentido em que o essencial é que ela cumpra os fins que o Estado se dá a si mesmo, por certo observando princípios e normas jurídicas, mas não deixando ambas de ser mais de tom proclamatório que real. Dito de outra forma, nesse modo de organização estatal, as finalidades da organização política estão acima dos direitos dos administrados e, por isso, quando em conflito ou colisão, devem ceder em favor daquilo que é uma entidade superior e que representa o “bem público”: *salus populi suprema lex esto*. Assim se entende também que os concretos sujeitos da relação jurídico-administrativa não sejam tidos como cidadãos “de corpo inteiro”, ou seja, a sua obediência à lei está em regra dependente da inexistência de conflitos entre essa mesma lei e as atribuições que o Estado se dá a si mesmo. Se não temos um *Deus ex machina* ou um verdadeiro autómato, também não se reconhece total autonomia jurídica a quem tem uma relação de cumprimento de finalidades públicas. Pretende-se com isso dizer que, embora o funcionário possa negar-se a adimplir certas ordens do seu superior, tal apenas sucede num conjunto restrito de casos. Quanto ao mais, actua beneficiando da prerrogativa de legalidade presumida típica da Administração Pública e dos meios pelos quais exprime a sua vontade (acto,

contrato ou regulamento). Se o funcionário é um intérprete da vontade do Estado – ou um seu mero executor –, sob pena de implosão da actuação administrativa, que veria todas as suas actuações escrutinadas, deve reconhecer-se, ao menos *iuris tantum*, que a acção ou omissão em nada mais se concretizam que na vontade animada e lícita do Estado.

Já num Estado de Direito material, e, sobretudo, democrático e social, como é o português – artigos 1.º e 2.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) –, a Administração, mesmo mantendo algumas prerrogativas de presunção de legalidade, está sujeita a um controlo interno (de outros órgãos ou serviços administrativos) e externo (dos Tribunais). Nesse último ponto, sabe-se da geometria variável que existe em sede de específica organização da justiça administrativa, em que pode haver uma autónoma jurisdição para tratar dessas questões (é o caso de Portugal, com a jurisdição administrativa e fiscal, com assento constitucional: artigos 209.º, n.º 1, al. b) e 212.º, ambos da CRP) ou elas serem resolvidas na jurisdição comum². Também se sabe, num Estado de Direito material, que os funcionários são cidadãos que mantêm a sua autonomia valorativa sempre que lhes seja dada uma ordem que configure a prática de um crime, como de novo dita o preceito da Lei Fundamental (art. 271.º, n.º 3). Já no que contende com uma ordem que, na perspectiva do inferior hierárquico, configure uma contra-ordenação, desde o tempo da doutrina administrativista do Estado Novo (1933³-1974) que a posição mais celebrada vem sendo chamada de “teoria da respeitosa representação”, *i. e.*, tal como se retira do conceito de Direito Administrativo de “representação”, o inferior hierárquico pode solicitar ao seu superior que, após a ordem ter sido dada verbalmente, o seja por escrito. Dessa forma, existia uma maior facilidade de prova da existência da ordem, de quem tinha sido o seu autor e, pelo menos implicitamente, das dúvidas que ela havia gerado na consciência ético-jurídica de quem tinha, por dever funcional, de cumprir a dita ordem. Assim, havendo ilicitude, ela só poderia ser assacada ao superior hierárquico, estando-se perante uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude. Com o assinalado trânsito para um verdadeiro Estado de Direito democrático e social, cremos não ser possível manter o patrocínio dessa concepção sem que tal

2 BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito penal*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 1984. v. 1. p. 58-59 levanta a questão de saber se a opção pela impugnação junto dos tribunais administrativos será a mais adequada, atenta a CRP e a circunstância de o ilícito administrativo ser, também, direito sancionatório.

3 Tomamos como referência histórica a Constituição de 1933, que consagra um regime de tipo corporativista em Portugal, sob a influência determinante de António de Oliveira Salazar, inicialmente Ministro das Finanças, em 1928, e, depois, Presidente do Conselho de Ministros, de 1932 a 1968 (o que hoje seria equivalente ao cargo de Primeiro-Ministro). No entanto, depois da I República, instaurada em 1910 com o derrube da monarquia constitucional e com a destituição do último Rei de Portugal, D. Manuel II, segue-se o golpe de Estado de 28 de Maio de 1926 – de teor presidencialista e autoritário, contra a ideologia liberal e, de entre outras causas, devido à forte instabilidade política da I República, tendo Portugal sido conduzido para a I Guerra Mundial –, assim se abrindo a II República, sob a liderança do General Gomes da Costa e, depois, na transição para o consulado salazarista, com Óscar Carmona, Craveiro Lopes e Américo Thomaz. A Revolução dos Cravos, em 25 de Abril de 1974, veio restituir a liberdade e a democracia aos portugueses, inaugurando a III República vigente.

signifique uma diminuição da instância crítica de que igualmente participa o inferior hierárquico. Assim, sabendo ou pelo menos suspeitando do carácter ilícito da sua conduta – de qualquer tipo de ilicitude, independentemente do ramo do Direito do qual promana –, o que se exige ao inferior hierárquico é a abstenção de o levar a cabo (havendo ou não representação), nascendo mesmo um direito de resistência, nos termos do art. 21.º da CRP. Essa nossa posição é diversa da vertida no art. 271.º, n.º 3, da Lei Fundamental, que apenas se refere à prática de um crime, pelo que somente *de iure condendo* a podemos sustentar, com a ideia de que os agentes da Administração são cidadãos “de corpo inteiro” e, por isso, se detectarem a desconformidade normativa de um comportamento administrativo, só lhes resta a solução que se exige a qualquer outro cidadão: incumprirem a ordem ou mandado ilegal e/ou ilegítimo. Nem se diga que tal conduziria à paralisação administrativa, antes de mais porque, como parece consensual, a regra é a do cumprimento das normas e não a sua vulneração e, depois, visto que na balança da ponderação de interesses ou valores, não pode ser disputado que o lícito deve prevalecer sempre sobre o ilícito, independentemente da sua modalidade. E também se não esgrima que as vulnerações de normas e princípios de outras regiões normativas, como a contra-ordenacional não são suficientemente graves que conduzam a esse dever de recusa de cumprimento da ordem. Não só se não pode afirmar isso mesmo em abstracto, pois que, na prática, algumas consequências do ilícito de mera ordenação social, p. ex., podem importar para o arguido um *quantum* de sofrimento mais elevado que a sanção de um ilícito criminal, como a forma que temos por mais perfeita para garantir o Estado de Direito à esfera dos destinatários das normas disciplinares é aquela que comporta a visão maximalista que patrocinamos: nenhuma ordem ou mandado de autoridade devem ser cumpridos pelo inferior hierárquico quando este actualizar na sua consciência normativa que tal conduz a uma violação de lei (seja ela qual for). Por outro lado, é verdade que o preceito se refere, para o que aqui importa, “a qualquer ordem que ofenda os seus [dos cidadãos] direitos, liberdades e garantias”, o que, *prima facie*, não parece ser o caso. Porém, assim não é, visto que o cumprimento de comandos de legalidade e a recusa daqueles que têm sinal contrário é, em si mesmo, um direito, liberdade e garantia de qualquer cidadão. Mais: é até um dever que pode ser sancionado juridicamente consoante os casos. A concepção de que o adimplemento da ordem jurídica é um direito fundamental de primeira geração implica uma fusão das condutas (activas ou passivas) cidadãs com o fundamento do Estado de Direito democrático. Dito de outra forma, essa finalidade última é de tal modo essencial à própria subsistência desse jeito de organização societal que cada cidadão é um instrumento portador dos seus valores, realizando-os na prática. Não se trata, contudo, de uma qualquer instrumentalização desumana ou violadora da dignidade da pessoa, dado que o conjunto de cidadãos visa essa mesma

legalidade e só existe dignidade humana dentro do cumprimento dos princípios e regras jurídicos.

A matéria do ilícito disciplinar é mais complexa do que *prima facie* poderia parecer, desde logo e, sobretudo, pela circunstância de não se aplicar somente à Administração Pública em todas as suas vestes – central, regional ou local, directa, indirecta e independente ou autónoma –, mas também às relações de trabalho privadas, onde rege o CT⁴. Já aos conflitos administrativos é de aplicar a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP)⁵, como regra, visto que existem certos profissionais que, pelas especificidades próprias das suas funções, estão sujeitos a normações que concentram desvios às regras gerais. Assim, pode falar-se em direito disciplinar geral e especial, o que vem acrescentar complexidade a essa matéria. Não existe uma noção de “infracção disciplinar” na LGTFP (o mesmo sucede na sua correspondente germânica, em nível federal, a *Bundesdisziplinargesetz* – BDG, bem como com a Lei relativa aos Funcionários Públicos nos Estados Federados, a *Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern* (*Beamtenstatusgesetz* – *BeamtStG*), bem como no *Codice disciplinare* italiano) e são expressamente garantidos os direitos de acesso aos autos (art. 200.º: mesmo antes de finda a fase secreta, por forma a preparar a sua defesa), de constituição de advogado (art. 202.º), de audiência e defesa (sob pena de nulidade insanável: art. 203.º, n.º 1). No CT, existe uma norma que temos por inconstitucional, a saber aquela que permite que instrumentos de contratação colectiva possam prever “outras sanções disciplinares, desde que não prejudiquem os direitos e garantias do trabalhador”, pela violação do princípio da taxatividade, como dimensão do princípio da legalidade, para além de essa matéria disciplinar ser de reserva relativa de competência da Assembleia da República, o que não sucede com as convenções colectivas de trabalho e outros instrumentos afins. Referência particular merece a *Bundesbeamtengesetz: BBG* (“Lei Federal da Função Pública”), porquanto, no seu § 77, 1, define a “infracção de serviço” como a violação culposa dos “deveres que incumbem [aos funcionários públicos]. Fora do serviço, tal só constitui uma infracção se a violação do dever for, nas circunstâncias do caso concreto, particularmente susceptível de prejudicar a confiança de uma forma significativa para o seu cargo ou para a reputação da função pública”. Trata-se, portanto, da admissão de que há condutas internas do agente, mas também externas que podem fundamentar o ilícito disciplinar. É naturalmente mais complexa a compreensão destas últimas e o intérprete deve ser particularmente exigente no seu preenchimento⁶, de modo a não violar a reserva da vida privada, com assento constitucional no art. 34.º

4 Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

5 Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho (artigos 171.º a 240.º).

6 EBERT, Frank. *Das aktuelle disziplinarrecht*. 6. Auflage. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2024. p. 49-51.

Aquilo a que nos propomos neste trabalho contende com a verificação de se a noção habitualmente dada ao ilícito disciplinar merece ou não algum tipo de reparo, para além de estudarmos da conveniência ou não de um corpo normativo comum a qualquer ilícito disciplinar, público ou privado. É sobre esses aspectos que versarão as próximas linhas.

II – Da distinção “clássica” do ilícito administrativo

1. Nos manuais de Direito Criminal encontramos, nas primeiras noções, a definição do que seja o ilícito disciplinar e a sua contraposição em face do ilícito penal e ao ilícito contra-ordenacional.

Um primeiro ponto que habitualmente é referido contende com a natureza do bem jurídico protegido. Diz-se que, no direito disciplinar, trata-se do asseguramento das condições internas de funcionamento da Administração Pública, por forma a que essa mantenha todas as condições necessárias à prossecução dos seus fins. Autores como Eduardo Correia⁷, de filiação neokantiana ou normativista, partiam do princípio de que a acção a sancionar era sempre referida a valores, pelo que o direito disciplinar contendia com a vulneração de “valores de obediência e disciplina”, por se tratarem de agentes “que estão ligados a um especial dever perante outros, no quando de um serviço público”. Apontava ainda como fim desse ilícito a infligção de “um mal” ao agente, o que está em linha com o que também defendia para o ilícito penal. A isso acresciam divergências de índole processual, de sanções e de entidades responsáveis pela aplicação do direito disciplinar.

Nesse ponto, não parece que a doutrina pátria tenha modificado, no essencial, a concepção herdada da década de 1960, dado que ainda se defende que o direito disciplinar tem por objectivo imediato os “interesses da boa organização e do eficaz funcionamento dos serviços da Administração Pública”⁸, ou, por outras palavras, mas encerrando a mesma ideia, esse ilícito “visa garantir especificamente o bom funcionamento dos serviços públicos, das empresas ou de outras organizações de Direito privado e de certas actividades profissionais a quem estão confiados interesses de particular relevância”, como os advogados ou médicos, mediante a imposição de deveres funcionais e a cominação de sanções a quem não cumpra tais deveres”⁹. O bem jurídico

7 Com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS. *Direito criminal*. Reimp., I. Coimbra: Almedina, 1968. p. 35-39.

8 CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2022. p. 157 a 161, aceitando os vários escalões em que se distingue o ilícito penal do disciplinar.

9 NUNES, Duarte Rodrigues. *Curso de direito penal*: parte geral. Coimbra: Gestlegal, 2021. t. I. p. 98. O autor aceita, igualmente, a distinção clássica entre os dois tipos de ilícito no que toca à natureza e fins das sanções e às autoridades que as aplicam (p. 98-99). COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 61-62 não parece navegar por áreas muito distintas, chamando todavia a atenção para a imperiosidade de as sanções criminais, como verdadeiras penas que são, não belisquem a dignidade da pessoa humana, equiparando o regime aplicável aos reclusos e aos condenados em processo disciplinar, o que só pode merecer a nossa concordância.

subjacente ao ilícito disciplinar assegura que o cumprimento de ordens de autoridade seja uma realidade e permite que a Administração não caia numa hipótese de paralisia total ou parcial, por via de comportamentos próximos da anarquia. É um bem jurídico com dimensão interna, pois que visa que os deveres que impendem sobre os funcionários sejam cumpridos. No que contende com o ilícito disciplinar privado, algo de semelhante pode afirmar-se: sob pena de esses entes não cumprirem as suas finalidades (pensemos no lucro, no caso das sociedades comerciais), terá de se investir a entidade patronal do poder disciplinar, justificando-se este com a ideia estereotipada de supra e infra-ordenação entre empregador e trabalhador ou com a concepção de que existe, entre ambos, uma relação de colaboração funcional destinada a que a pessoa colectiva vise os seus fins, para o que é essencial que todos quantos os ponham em causa devam ser sancionados internamente. Assim, também se poderá dizer que, no que tange ao direito disciplinar privado, esse diz respeito à manutenção da integridade de todos os poderes contratuais da entidade patronal, essenciais para que os seus fins sejam atingidos. Tal não significa, naturalmente, que a fonte da qual promanam essas obrigações jurídicas seja a mesma, como haverá ocasião de estudar.

Logo aqui encontramos uma questão discutível. Ainda que o direito disciplinar assim considerado vise à manutenção das funções administrativas do Estado, é insuficiente a perspectiva anterior. Na verdade, qualquer visão interna dos bens jurídicos aqui subjacentes tem sempre uma dimensão externa, pois que a forma concreta de actuar dos funcionários transborda para a sociedade que observa e na qual se fazem sentir os efeitos da disciplina. O que se poderá dizer é que, primacialmente, os interesses protegidos são da própria entidade que os impõe e que deve zelar pelo seu cumprimento, pois que, se o não fizer, é a sua operacionalidade orgânica que pode desaparecer.

Importa, também aqui, sublinhar o campo muito vasto do direito disciplinar. Temo-nos referido a ele como conjunto de princípios e normas jurídicas que dimanam da Administração Pública e que vinculam todos quantos gravitam na sua esfera de actuação, ou seja, aos que trabalham ou prestam serviços para a dita Administração ou que, por qualquer outra forma, colaboram na execução dos fins administrativos. Com a conhecida terciarização e constituição de parcerias público-privadas para várias das funções do Estado, também o âmbito subjectivo do direito disciplinar tem crescido, pois que o essencial é a natureza da tarefa desempenhada, mesmo que, formalmente, o concreto agente não tenha uma relação jurídico-estatal *a se*. As concessionárias, p. ex., encontram-se nesse conjunto.

De entre as normas de direito disciplinar público, para além das gerais, contidas na LGTFP, outras existem que, manifestando igualmente finalidades estatais, dizem respeito a determinados sectores ou corpos especiais

de funcionários que, pela sua natureza, devem conhecer diferentes normas disciplinares. Assim sucede com órgãos de polícia criminal, p. ex., com a PSP (Polícia de Segurança Pública)¹⁰ – o seu art. 3.º define infracção disciplinar como “o ato ou conduta, ainda que meramente negligente, praticado pelos polícias, por ação ou omissão, com violação de algum dos deveres previstos no presente estatuto” –; com a GNR (Guarda Nacional Republicana)¹¹ – o seu art. 4.º, n.º 1, estabelece que: “[c]onsidera-se infracção disciplinar o facto, ainda que meramente culposo, praticado pelo militar da Guarda, com violação dos deveres gerais ou especiais previstos no presente Regulamento, bem como nos demais diplomas que lhe sejam aplicáveis”, considerando ainda que a infracção pode ser cometida por acção ou por omissão; n.º 2) –; com a PJ (Polícia Judiciária) – o art. 4.º do Regulamento Disciplinar¹² oferece a seguinte noção de infracção disciplinar: “[c]onsidera-se infracção disciplinar a violação, ainda que meramente culposa, dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função exercida”; mas não já com a ASAE (Autoridade de Segurança Alimentar e Económica), em que o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 74/2018, de 21 de Setembro (o qual estabelece a carreira especial de inspecção da ASAE) determina a aplicação da LGTFP em matéria disciplinar. Diferentes ainda são as obrigações iminentes sobre os detidos ou reclusos (aos quais se aplica o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade¹³) – que, com a implantação de um Estado de Direito democrático e social, se não acham já submetidos a qualquer “relação especial de poder” típica de uma visão meramente formal de *Rechtsstaat*, como defendida, entre tantos, por OTTO BACHOF¹⁴ – ou em relação aos militares das Forças Armadas, aos quais se aplica o Regulamento de Disciplina Militar¹⁵. Não se pode dizer que os militares, devido ao estatuto constitucional que ocupam enquanto garantes da soberania e integridade territoriais (art. 275.º da CRP), sejam propriamente funcionários. No entanto, para efeitos disciplinares, existe uma entidade estadual em sentido amplo que é responsável por assegurar que os

10 Lei n.º 37/2019, de 30 de Maio, a qual aprova o Estatuto Disciplinar da Polícia de Segurança Pública.

11 Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro, a qual aprova o Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana.

12 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 196/94, de 21 de Julho, no uso da autorização legislativa concedida pelo art. 1.º da Lei n.º 1/94, de 19 de Fevereiro.

13 Aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

14 Com o advento do Estado de Direito material, que em Portugal se inaugura com a Revolução de 1974, a posição jurídica do recluso passa a ser claramente a de um indivíduo que mantém a titularidade dos seus direitos fundamentais incólume, apenas sendo comprimidos aqueles que, por determinação expressa da decisão judicial, têm efectivamente de o ser. Daqui deriva, de entre tantas, a proibição de trabalho forçado, a “diminuição de garantias disciplinares”, a limitação de direitos políticos (capacidade eleitoral activa e passiva, direito de petição, de acesso à saúde e educação, p. ex.. Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 505 e, de modo mais amplo, Anabela Miranda Rodrigues. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*: seu fundamento e âmbito, separata do volume XXIII do suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Faculdade de Direito, 1982. No sentido de as medidas de segurança criminais integrem o direito administrativo, cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal*: lições revistas e actualizadas por Luís Brito Correia. Policopiado, Lisboa, 1962. p. 11.

15 Aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho.

deveres inerentes à condição de militar são cumpridos. Algo de similar sucede com as magistraturas. O Estatuto dos Magistrados Judiciais¹⁶ e o Estatuto do Ministério Público¹⁷ prevêem específicos deveres impendentes sobre cada um deles, normas próprias para o respectivo processo e para as sanções. Uma vez mais, quanto aos juízes, visto que os Tribunais são um dos órgãos de soberania, inexistente uma *relação de funcionalização*, mas, como desempenham funções que interessam ao Estado e nas quais esse encontra a sua razão de ser, as suas normas reguladoras são fiscalizadas por órgãos autónomos, com assento constitucional (artigos 218.º e 220.º), a saber, o Conselho Superior da Magistratura para a judicatura e o Conselho Superior do Ministério Público para o corpo de Procuradores.

Sucede ainda que as normas de que curamos não dizem respeito apenas ao sector do Estado, mas também ao sector privado, pois a entidade empregadora exerce o poder disciplinar sobre os seus trabalhadores. Essa verificação aponta ainda mais no sentido de que está em causa um conjunto de obrigações intrínsecas a uma pessoa colectiva (ou entidade equiparada) privada, o que significa que são objectivos internos aqueles a que essas normas se dirigem. Dito de outra forma, a razão de ser mais imediata (e imediatista) do ilícito disciplinar privado contende com a manutenção de todas as condições necessárias a que a pessoa colectiva (ou singular – pense-se nas sociedades comerciais por quotas unipessoais) possa cumprir o fim a que se destina, o qual é geralmente o lucro, mas que pode, *v.g.*, traduzir-se em finalidades sociais, culturais, filantrópicas, se nos referirmos a associações ou fundações. Vamos focar a nossa atenção, sobretudo, no ilícito disciplinar público, o que não significa que muito do que dissermos não seja também aplicável ao ilícito disciplinar do CT. Para além da finalidade que vimos de apresentar quanto a esse ilícito, cremos que ele tem, na sua veste privada, reflexo constitucional no art. 62.º, atinente à propriedade e à iniciativa privadas, pois que as regras e princípios jurídicos desse direito disciplinar visam possibilitar a sua concretização. A Lei Fundamental poderia ter-se referido a esse direito, nomeadamente no art. 59.º, atinente aos direitos dos trabalhadores, mas não o fez (seria também equacionável que aludisse aos seus deveres, o que poderia ter feito em inciso autónomo ou em novo ou novos números no art. 59.º, o que temos por preferível). Temos por acertado o que vem sendo defendido na jurisprudência: “[a] titularidade do

16 Lei n.º 21/85, de 30 de Julho. O seu art. 82.º define infracção disciplinar como “os atos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos princípios e deveres consagrados no presente Estatuto e os demais atos por si praticados que, pela sua natureza e repercussão, se mostrem incompatíveis com os requisitos de independência, imparcialidade e dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções”.

17 Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto. O seu art. 205.º reproduz, com as necessárias adaptações resultantes de estarmos perante um corpo de magistrados hierarquizados e autónomos, o que o Estatuto dos Magistrados Judiciais prevê: “os atos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados do Ministério Público com violação dos princípios e deveres consagrados no presente Estatuto e os demais atos por si praticados que, pela sua natureza e repercussão, se mostrem incompatíveis com a responsabilidade e a dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções.

poder disciplinar, enquanto emanção essencial contida no contrato de trabalho (que, por definição, conforma a posição de supremacia ou autoridade do empregador, nessa relação, por contraposição à característica subordinação jurídica do trabalhador), está legalmente conferida ao empregador. E, sendo um *direito potestativo ambivalente* (com reconhecido carácter gravoso nesta sua mais característica manifestação de poder punitivo), importa reconhecer que o seu exercício – conferindo embora ao seu titular uma certa margem de natural elasticidade/discrecionalidade – acarreta simultaneamente uma acrescida responsabilidade ante os limites gerais decorrentes da boa-fé e do abuso do direito”¹⁸.

Donde, em resumo, e focando-nos somente no direito disciplinar público, diz-se que esse ilícito contende com interesses jurídicos relevantes e atinentes à própria função administrativa, ou seja, ao cumprimento das suas atribuições. Trata-se de uma *definição funcionalizada*, que não nos diz muito quanto à essência material de tal ilícito.

Por outro lado, usa-se como critério distintivo entre o direito disciplinar e o penal, a circunstância de o primeiro conhecer sanções disciplinares, que não podem implicar a privação de liberdade, exclusiva do ilícito penal, mas que podem já importar a aplicação de sanções pecuniárias, para além de outras como a repreensão (simples ou registada), a suspensão (do exercício das funções, com afastamento do órgão administrativo onde o agente trabalha) ou mesmo a demissão ou expulsão, que se revela a mais grave de todas as sanções que têm na sua base uma infracção disciplinar¹⁹. A natureza e o âmbito de limitação de direitos fundamentais no direito disciplinar não é sempre menos severa que os do ilícito penal. Basta comparar, p. ex., uma pena de multa de pequena monta com o despedimento ou expulsão. Assim, apesar de o ilícito penal dispor das mais fortes sanções do ordenamento jurídico, não é completamente exacto afirmar que ele é sempre mais grave que as sanções disciplinares. Daqui se retira, cremos, que a destrição também não pode ser justificada com recurso à sanção aplicável. Na verdade, ela é sempre uma consequência de um facto com relevância jurídica, o qual há-de ter um fundamento próprio, o que não é oferecido nessa destrição.

18 Ac. do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) de 21/3/2012, Proc. n.º 161/09.3TTVLG.P1.S1, Fernandes da Silva, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cf994124238f5920802579cd003881d2?OpenDocument>. Todos os sítios da internet citados foram consultados em Junho de 2024. Itálicos nossos.

19 Sempre que esta sanção se aplique, por ser a mais grave no direito disciplinar público e privado, é essencial que exista, da parte do trabalhador, “um comportamento culposo, violador de deveres estruturantes da relação, que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência do vínculo jurlaboral, impossibilidade perspectivada enquanto inexigibilidade da sua manutenção. O despedimento-sanção é a solução postulada sempre que, na análise diferencial concreta dos interesses em presença, se conclua – num juízo de probabilidade/prognose sobre a viabilidade do vínculo, basicamente dirigido ao suporte psicológico e fiduciário que a interacção relacional pressupõe – que a permanência do contrato constitui objectivamente uma insuportável e injusta imposição ao empregador, ferindo, desmesurada e violentamente, a sensibilidade e liberdade psicológica de uma pessoa normal colocada na posição do real empregador.” (ac. do STJ de 12/9/2012, Proc. n.º 605/07.9TTMTS.P1.S1, Fernandes da Silva, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/29d447853f293a3880257a7d00558343?OpenDocument>).

Em terceiro lugar, defende-se que o ilícito penal é administrado por autoridade judiciária, inexistindo formas de encerramento do processo que não passem pelo crivo de um juiz. Assim é mesmo no processo sumaríssimo e nas demais formas de manifestação do princípio de oportunidade e consenso como são a suspensão provisória do processo, o arquivamento em caso de dispensa da pena ou a mediação penal de adultos. Por seu turno, no ilícito disciplinar, em primeira linha são entidades administrativas que aplicam a sanção disciplinar, mas havendo sempre possibilidade de recurso para os tribunais administrativos (no caso do direito disciplinar público) ou judiciais (nas relações disciplinadas pelo CT). Essa jurisdicionalização do poder dos entes administrativos é, sobretudo, uma vitória do trânsito para um Estado de Direito material. Saliente-se que há casos em que é essencial excluir todas as vias de recurso interno (à Administração) para passar para o recurso contencioso, e outros em que tal não sucede (recurso hierárquico obrigatório ou facultativo, respectivamente).

Em quarto lugar – e com ligação ao requisito anterior –, ao ilícito disciplinar aplicam-se normas próprias que se considera serem de direito administrativo, ao passo que no ilícito penal o fulcro é o Código Penal (CP) e o Código de Processo Penal (CPP). Não por acaso, todavia, ao ilícito disciplinar aplicam-se, de modo subsidiário, em quase todas as suas específicas manifestações, esses mesmos Códigos, o que demonstra a proximidade entre os dois ilícitos e a consideração legislativa de que os princípios e normas penais garantem, de modo mais equilibrado, os direitos dos arguidos e as finalidades precípuas do exercício administrativo. E também revelam que as normas de direito criminal têm um lastro histórico mais antigo que o direito disciplinar, o que o habilita a contar com menos lacunas.

2. No ordenamento jurídico alemão, que autonomizamos devido à grande influência que vem exercendo sobre o português, as sanções disciplinares aparecem ligadas à necessidade de o Estado (em sentido amplo) se dotar de todos os instrumentos, de entre eles legais, por forma a cumprir as suas funções sem estorvo indevido. Fala-se, apesar do que entre nós é um erro, em “direito penal administrativo”. Ultrapassou-se a visão segundo a qual o funcionário era um portador dos princípios do próprio Estado, pelo que não se distinguia a vertente interna e externa do seu estatuto, exigindo-se-lhe um comportamento adequado à dignidade e importância do cargo que ocupava. Trata-se, por certo, de uma visão desproporcionada e que confunde aspectos da vida privada com a vida pública, mesmo que por essa se entenda o reflexo que a vida pública tem na privada²⁰. Parece maioritária, como em Portugal, a posição segundo a qual o direito disciplinar visa regular o bom funcionamento

20 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*: parte general. I. Navarra: Thomson, 2005. p. 48.

da Administração, ou seja, “a manutenção interna da autoridade, obediência e ordem da profissão ou do serviço público”²¹. Outros autores limitam-se a distinguir – como sucedia com a posição clássica em Portugal – os ilícitos por via da sanção aplicada, considerando que as penas disciplinares não integram o direito penal, mas, sim, o direito público em sentido estrito²². É também comum a afirmação segundo a qual “as medidas disciplinares asseguram o funcionamento das organizações respectivas, entendidas como subsistemas do Estado”, sendo verdadeiramente medidas de segurança e ilícitos de infracção de dever²³.

A distinção clássica que vem de expor-se é, na sua base, *formal* e pouco nos diz quanto à essência *material* do ilícito disciplinar. Na verdade, a contraposição acaba por ser, bem vistas as coisas, uma espécie de definição pela negativa.

Donde, o essencial é – como já adiantámos – perceber se o ilícito administrativo defende verdadeiros bens jurídicos e de que tipo eles são. Será esse o objecto fundamental da próxima secção.

III – Tomada de posição

1. Como sempre sucede, o entendimento do que seja a essência do ilícito disciplinar há-de encontrar-se na Constituição. Esse é o único processo hermenêutico conforme a um Estado de Direito material (e social) e não o contrário: partir de um dado ilícito que se define e, depois, procurar encontrar na Lei Fundamental uma forma – mesmo que muito imperfeita – que a ele se acomode. O primeiro consiste numa hermenêutica constitucionalmente fundada e o segundo numa interpretação infra-constitucional que, depois, se tenta remendar com algum tipo de reflexo na Magna Carta de um Estado.

Começando este périplo, o Título IX da CRP tem por epígrafe “Administração Pública”, sendo composto por sete artigos. O primeiro – art. 266.º – diz respeito aos princípios fundamentais dessa Administração, a saber, “a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, a subordinação “à Constituição e à lei²⁴” e o “respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da boa-fé”. Esses mesmos princípios foram depois desenvolvidos e aumentados pelo Código do Procedimento Administrativo²⁵, que, tal como

21 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 15-16.

22 ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Reimp., Navarra: Thomson, 2003. t. I. p. 43-44.

23 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 69-75.

24 SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República portuguesa comentada*. Lisboa: Lex, 2000. p. 396 entendem que é tecnicamente mais correcto referirmo-nos a “direitos e interesses legalmente protegidos”, por comparação com “interesses legítimos”.

25 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

a legislação penal, é também subsidiário do direito disciplinar (cf. artigos 3.º a 19.º). O que desde logo ressalta deste art. 266.º da CRP é a sua similitude com as garantias oferecidas ao ilícito criminal, de tal forma que pode dizer-se sem medo de errar que o ilícito disciplinar deve observar, de igual forma, esses mesmos princípios.

Do art. 267.º da CRP retira-se que a Administração Pública deve estar próxima das populações, deve assegurar que elas participem no procedimento administrativo, tudo isso com a menor burocracia possível, bem como pode criar entidades independentes e autoriza que entidades privadas possam estar sujeitas à “fiscalização administrativa”, no âmbito do que já assinalámos quanto à terciarização das funções administrativas.

O art. 268.º da CRP estabelece os direitos e garantias dos administrados (equiparados a direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias – art. 17.º da CRP²⁶) que, como é óbvio, devem também assegurar-se no direito disciplinar. Assim: *i*) direito à informação, em tempo útil, sobre o andamento de processos “em que sejam directamente interessados”; *ii*) direito a “conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas”; *iii*) direito ao chamado “arquivo aberto”; *iv*) direito à notificação de actos administrativos como uma das formas típicas de actuação da Administração Pública e à sua fundamentação, mas apenas quando “afectem direitos ou interesses legalmente protegidos” (o que afasta aqueles que, em regra, são favoráveis ao administrado); *v*) direito ao acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva (imposta com toda a latitude pelo art. 20.º da CRP), o que sempre importa que o processo disciplinar seja todo ele conduzido de acordo com lei escrita, prévia (excepto nas hipóteses de aplicação retroactiva de lei mais favorável²⁷), determinada ou determinável, onde inexista analogia incriminadora ou que prejudique a situação processual do arguido (tudo sub-vertentes do princípio da legalidade do art. 29.º da CRP), bem como que nele se encontre sempre acção adequada à satisfação dos direitos ou interesses protegidos dos administrados, bem como à sua impugnação, o que passa igualmente pela previsão de meios expeditos como o são os procedimentos cautelares.

De entre esses direitos e garantias, aquele que nos merece um particular sublinhado é o asseguramento da tutela jurisdicional efectiva, por tal significar que o direito disciplinar não tem de se conter apenas nas margens das leis

26 É a interpretação de Marcelo Rebelo de Sousa e de José de Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 400.

27 Assim, o ac. do STJ de 24/2/2021, Proc. n.º 15/20.2YFLSB, Ilídio Sacarrão Martins, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0abec353862ac0280258688002d9284?OpenDocument>: “[e]mbora o artigo 29.º da CRP se refira somente à lei criminal, deve considerar-se que o princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável ao arguido (n.º 4) se aplica também aos outros dois ramos do chamado direito público sancionatório: o direito de mera ordenação social e o direito disciplinar”. Era já doutrina aceite no âmbito do Código Penal de 1886 (o então art. 5.º), como resulta de FAVEIRO, Vítor; ARAÚJO, Laurentino. *Código Penal português anotado*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1968. p. 38.

que, concretamente, a ele dizem respeito, mas admite, de igual sorte, que se recorra a outras regiões normativas, de entre elas, com particular interesse, o direito penal. Quanto à principal questão cuja resposta procuramos, o art. 268.º da CRP não é de grande utilidade, pois aproxima o ilícito disciplinar de outros nos quais já se sabe que as garantias dos arguidos são as mais amplas consentidas pelo ordenamento jurídico, em particular no direito penal.

O art. 269.º da CRP representa uma certa solução de continuidade com o art. 267.º, desde logo na medida em que adscrive o exercício da função administrativa pelos seus concretos agentes “ao serviço do interesse público”, sendo que essa definição cabe à lei e aos “órgãos competentes da Administração”. Essa norma do art. 269.º, n.º 1, da CRP já nos oferece, pelo menos, um princípio de resposta: *tudo o ilícito disciplinar significa que foi incumprido o interesse público* por quem ocupa uma das posições na relação jurídico-administrativa. É evidente que, mesmo recorrendo a essas fontes concretizadoras, pela sua própria natureza, o “interesse público” é um conceito indeterminado que terá de ser preenchido casuisticamente. Todavia, já aqui temos um horizonte de sentido que se compagina na perfeição com as exigências de um Estado de Direito democrático.

Ainda importante é a consagração de que nenhum trabalhador da Administração Pública pode ser beneficiado ou prejudicado por esse facto, em especial “por opção partidária” (art. 269.º, n.º 2, da CRP). Já o n.º 3 do inciso diz respeito, *expressis verbis*, ao direito disciplinar, garantindo que ele *deve assegurar a audiência e a defesa ao arguido*. Daqui resulta um conjunto de direitos de índole processual, de entre os quais se salienta o de ser informado dos factos que são imputados ao arguido, a garantia de existência de, pelo menos, uma fase de defesa no processo disciplinar, com a consequente possibilidade de constituição de mandatário judicial, o direito de oferecer provas e de intervir na fase em que se visa reunir indícios de que o arguido praticou uma infracção, mas também o direito ao silêncio, excepto no que concerne com a sua identificação e domicílio. Não cabe ao arguido em processo disciplinar contribuir para a sua auto-incriminação, valendo aqui, com a mesma amplitude, o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*²⁸. Ele resulta de uma leitura ampliada do art. 32.º, n.º 2, da CRP, que, apesar de se referir somente, de forma expressa, ao direito criminal, não pode deixar de se aplicar a todo e qualquer ramo de Direito sancionatório, por só assim se assegurar, entre outros, o princípio da proporcionalidade, mas também o do Estado de Direito. Existe, destarte, uma grande similitude entre o estatuto do arguido em processo penal e em processo administrativo.

28 Para uma análise exaustiva, veja-se SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo*. Coimbra: Almedina, 2019.

O art. 270.º da CRP diz respeito a “restrições ao exercício de direitos” que não se aplicam ao processo disciplinar e que, assim, demonstram que este último conhece mais garantias aos arguidos. O art. 271.º do mesmo diploma assegura a responsabilidade disciplinar dos seus “funcionários e agentes” por “acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica”. Também no que concerne às “ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço”, desde que elas possam, no entender do inferior hierárquico, conduzir a ilícito não penal, não haverá responsabilidade disciplinar deste último se “previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito”, o que é a consagração em letra da Lei *supra* referida “teoria da (respeitosa) representação” (art. 271.º, n.º 2). Se a obediência implicar a prática de um crime, o n.º 3 do art. 271.º da CRP é claro no sentido de que nessas hipóteses “cessa o dever de obediência”.

2. Vejamos o art. 61.º do CPP com o desiderato de investigar quais os direitos aí inscritos que são comunicáveis com o processo disciplinar. Na al. a) (“estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito”), verifica-se uma distinção entre os dois tipos de ilícito, pois que o administrativo apenas tem de assegurar ao arguido uma fase de defesa em que este pode carrear para o processo qualquer meio de prova (ou requerê-lo à entidade que conduz o dito processo), sendo que a documental e a testemunhal são as mais comuns. Para além disso, o processo administrativo é fundamentalmente inquisitório: a entidade que investiga, que deduz a acusação, que redige o relatório final com proposta de sanção ou que tem poder para a aplicar e para executar essa mesma sanção é a mesma. Poder-se-á questionar essa opção. Não se trata, desde logo, de nenhum problema de (in)constitucionalidade material, visto que da decisão administrativa final é possível recorrer para os tribunais, que assim garantem que a sanção conheça *um momento de acusatório*, limitado à fase da existência de uma decisão final, mas que, na prática, é aquela que interessa ao administrado. É possível equacionar que o processo administrativo fosse conduzido à semelhança do criminal. Bastaria, p. ex., que a entidade que investiga e acusa fosse diferente daquela que conduz a fase da defesa do arguido e profere a decisão em sede administrativa. Não temos dúvidas de que esse seria o modelo mais perfeito. No entanto, também concedemos e somos sensíveis ao argumento segundo o qual, na materialidade do acontecer, seria impossível ou muito difícil garantir essa destrição, desde logo, por falta de pessoal, mas, sobretudo, pela impossibilidade legal, em vários órgãos da Administração Pública, de encontrar um deles que ocupasse uma posição no organigrama compatível com o tipo de relação jurídica que existe entre o Ministério Público (MP) e a judicatura. Mais ainda, não podemos obnubilar

que o direito disciplinar tem também como campo de actuação o sector privado, ao qual se aplicam as normas correspondentes do Código do Trabalho (CT). Ora, nesse cabe à entidade patronal o exercício desse direito. Que outra entidade ou órgão ocuparia essa função de fiscalização e controlo? Nem se pode pensar, *v.g.*, em órgãos como os conselhos fiscais, que não existem em todas as pessoas colectivas de direito privado (p. ex., uma sociedade por quotas unipessoal) e cujo conteúdo funcional não seria compaginável com essa actividade. Diga-se, por fim, nesse ponto, que as garantias do arguido são acauteladas pelos recursos que ainda possam ser impetrados junto da Administração e/ou dos tribunais. Aliás, mesmo em processo criminal, como já disso tivemos experiência histórica, é possível que este tenha uma estrutura basicamente inquisitória, verificando-se ainda que, hoje, em Estados que também são de Direito material, essa estrutura existe e nem por isso deixam de ser caracterizados como tal. Referimo-nos a uma possibilidade geral e abstracta, que não conhece adesão à nossa, pois que o modelo acusatório no processo penal foi erigido a garantia constitucional.

O direito de audição do art. 61.º, n.º 1, al. b), do CPP está garantido em todas as específicas normações de direito disciplinar, do mesmo modo que o direito ao conhecimento dos factos imputados e dos direitos do arguido (alíneas c) e h)), o direito ao silêncio (já abordado) e de constituição de advogado (alíneas d) a f)), o de intervir na fase de defesa, a que já aludimos (al. g)), o de contar com a presença de um tradutor, se necessário (al. j)) e de recorrer de decisões desfavoráveis (al. k)).

3. Especificamente no que tange aos “direitos de primeira geração”, é sem dúvida que aqueles que estão expressamente previstos para o direito criminal se aplicam também ao disciplinar, pela própria natureza deste último: ambos são ramos de direito sancionatório (público) que, por o serem, podem limitar direitos fundamentais e, nessa medida, importam para o Estado (ou para a entidade patronal, no caso do direito disciplinar privado) um dever de abstenção, nuns casos, ou um dever de criação das condições essenciais ao seu exercício, em outros.

Donde, com as devidas adaptações, o art. 29.º da CRP, que trata do princípio da legalidade e dos seus componentes, também se aplica ao ilícito disciplinar²⁹, não sendo constitucionalmente solúvel a criação de outras categorias de ilícito que não aquelas que gozam de expressa previsão legal³⁰.

29 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República portuguesa anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 498 defendem que o essencial do art. 29.º vale também para outros domínios de direito sancionatório, de entre os quais o direito de mera ordenação social e o direito disciplinar, sublinhando, em especial, a não retroactividade como regra e a retroactividade *in mitius*, a necessidade e a proporcionalidade das sanções. Já não concordamos, como se verifica em texto, que estes autores propendam para que o princípio da tipicidade não logre aqui aplicação.

30 *Idem*.

Nullum crimen sine lege praevia (n.º 1), prevendo-se também a aplicação retro-activa de leis de conteúdo especificamente mais favorável ao arguido (n.º 4), normas essas que têm de ser determinadas ou determináveis (princípio da taxatividade), do n.º 2, com a garantia de que não existe *bis in idem* (n.º 5) e de que pode haver lugar a revisão, como recurso extraordinário que também se aplica ao processo disciplinar, com as razões, *mutatis mutandis*, do art. 449.º do CPP e de indemnização pelos danos sofridos (n.º 6).

Do mesmo passo, os limites expressamente previstos para a lei penal no art. 30.º da CRP aplicam-se ao direito disciplinar³¹, a saber: proibição de sanções de “carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida” (n.º 1), insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade disciplinar (n.º 3)³², não automaticidade das penas disciplinares (n.º 4)³³ e previsão de que os arguidos nesse tipo de processo só vêem os seus direitos limitados no que contende com o específico cerne da decisão (n.º 5). Já quanto ao *habeas corpus* regulado no art. 31.º da CRP, não logra aplicação aqui, pela linear razão de que o direito disciplinar não conhece os institutos da detenção ou da prisão.

Por seu turno, as garantias do processo criminal (art. 32.º da CRP) são também aplicáveis ao ilícito disciplinar. No que diz respeito ao seu n.º 1, o direito em estudo “assegura todas as garantias de defesa”. É essencial pararmos aqui um pouco e reflectirmos sobre o que isso significa. “Todas³⁴ as garantias de defesa” não significa que o arguido possa beneficiar de todas quantas seja possível elucubrar, mas, sim, aquelas que têm expressa previsão legal. Onde, no direito disciplinar, para além do que vai dito em relação aos artigos 29.º e 30.º da CRP, a mesma Lei Fundamental, como visto, garante as faculdades de “audiência e defesa” (art. 269.º, n.º 3, da CRP). Como o termo “defesa” é amplo e não se acha discriminado totalmente em Lei, ter-se-á de entender que o ilícito disciplinar comunga de idênticas garantias que o penal, sendo que na parte *in fine* do n.º 1 do art. 32.º se consagra o específico direito ao recurso. Assim, no processo disciplinar vigora a presunção de inocência e o direito ao

31 Já CUNHA, Damião da. Anotação ao art. 30.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. I. p. 334-335.

32 Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 118, consideram duvidosa a extensão deste princípio ao ilícito contra-ordenacional, “por razões ligadas à natureza do ilícito quer sobretudo por razões que têm a ver com a realidade prática, pois a extinção das pessoas colectivas nem sempre ocorre de forma regular (ou natural), sobressaindo aí finalidades públicas de outra ordem”. Não se compreende como o argumento da *natura rerum* pode ser aqui convocado, por estarmos perante ilícito em que existe ilicitude e culpa do agente (dolosa ou negligente), o que aponta no sentido de que será materialmente inconstitucional, neste ilícito (ou no disciplinar), propender para a transmissão da responsabilidade. Coisa diversa pode ser o ilícito contra-ordenacional ou disciplinar que se aplique a pessoas colectivas. Aí, fruto da facilidade de extinção de uma sociedade comercial, p. ex., e de constituição de uma nova, pode equacionar-se essa transmissibilidade, embora a mesma não seja afirmada no direito penal (cf. art. 11.º, em especial o n.º 8, do CP) nem no regime geral do ilícito de mera ordenação social contido no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, onde se afirma a punição das pessoas colectivas, mas não a transmissibilidade (art. 7.º).

33 Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 506, citando o ac. do Tribunal Constitucional n.º 282/86, de 21 de Outubro, Proc. n.º 4/85, Vital Moreira, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860282.html?impressao=1>.

34 Itálico nosso.

processamento da eventual violação dos deveres em tempo útil (art. 32.º, n.º 2, da CRP), o que se acha, desde logo, garantido pelos prazos de cada uma das suas fases (apesar de ser maioritário o entendimento de que eles são apenas ordenadores) e o arguido tem direito a ser acompanhado por advogado, como se aludiu (n.º 3 do art. 32.º). As proibições de prova (*Beweisverboten*) típicas do processo penal são também aqui aplicáveis (n.º 8 do art. 32.º, conjugado com o art. 126.º do CPP). Por fim, no que é a norma que expressamente se dirige a todos os ramos de direito sancionatório (público) não penal, o n.º 10 do art. 32.º da CRP garante ao arguido “os direitos de *audiência e defesa*”³⁵. E, como já dito, essa previsão da defesa, por nada mais se dizer, deve apontar para uma concretização *ampla*, por estarmos perante limitações de direitos fundamentais. Infelizmente, em nosso juízo, a jurisprudência, ao menos a maioritária, vem negando a aplicabilidade do art. 32.º da CRP em bloco ao direito disciplinar, fazendo uma interpretação que temos por *demasiado restritiva* e que, em bom rigor, parece partir do princípio de que as suas sanções são pouco graves³⁶.

Daqui se retira ainda que há uma posição maioritária na jurisprudência³⁷ no sentido de considerar que o direito disciplinar, sob pena de implosão da sua capacidade de acção e do cumprimento das funções ou atribuições desses entes administrativos, se compagina com uma noção menos exigente do *princípio da tipicidade*, não tendo o dever inadimplido pelo agente de estar expressamente previsto na lei, podendo existir “*deveres inominados ou atípicos*” e, para além disso, “[i]nfringir disciplinarmente não é mais do que desrespeitar um dever geral ou especial decorrente da função que se exerce, sendo unânimes a doutrina e a jurisprudência em considerar que pode normalmente ser qualificada como infração

35 Itálicos acrescidos. Como bem defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 526, os direitos de audiência e defesa previstos no art. 32.º, n.º 10 para outros ramos de direito disciplinar não se aplicam somente à vertente pública desse ramo, mas também à privada, ou seja, quando o empregador aplica uma pena disciplinar ao trabalhador no âmbito de uma relação jurídico-privada. Aqueles autores entendem esta aplicação como uma “regra inerente à ordem jurídica de um Estado de Direito”.

36 Cf. o ac. do STJ de 21/12/2021, Margarida Blasco, Proc. n.º 11/21.2YFLSB, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/77ba481070756fb0802587b400344fa3?OpenDocument>: “[a] jurisprudência constitucional tem unanimemente defendido que os direitos de audiência e defesa previstos no artigo 32.º, da CRP, apesar de terem de ser reconhecidos na generalidade de procedimentos ou processos sancionatórios, não gozam do remanescente do regime garantístico do processo criminal para todos os demais ramos do direito sancionatório e, em particular, para o processo disciplinar. Essa exigência constitucional não tem aplicação ao processo disciplinar e nem sequer ao processo contraordenacional. A CRP, nesse tipo de processos, tem somente em vista assegurar os direitos de audiência e de defesa do arguido; e só poderá haver um juízo negativo de constitucionalidade quando qualquer tipo de sanção (contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra) é aplicada sem prévia audição do arguido e sem lhe conferir condições para se defender das imputações que lhe são feitas, apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade”.

37 Coonestada pelo Tribunal Constitucional. Veja-se, *v.g.*, o ac. n.º 229/2012, de 2 de Maio, Processo n.º 82/10, Catarina Sarmiento e Castro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/20120229.html>: “[n]ão se pode afirmar que as exigências de tipicidade valham no domínio disciplinar com o mesmo rigor que no direito criminal. Aliás nem sequer existe no artigo 29.º da Constituição, que se refere às garantias substantivas do direito criminal, um preceito semelhante àquele que existe no artigo 32.º a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10). Ainda assim, deve entender-se que, pelo menos no que respeita às infrações mais graves, devem evitar-se conceitos demasiado vagos na definição de tais infrações. Mas a verdade é que os artigos 12.º a 24.º do RDM [Regulamento de Disciplina Militar] não são sob este ponto de vista censuráveis. Eles são até relativamente precisos, tipificando, de forma copiosa, exemplos de infração a cada um dos deveres enumerados. No domínio disciplinar mais não se pode exigir”.

disciplinar qualquer conduta de um agente que caiba na definição legal, uma vez que a infração disciplinar é *atípica*³⁸. Significa isso que essas infracções são amiúde descritas usando conceitos indeterminados ou cláusulas gerais e enumerações exemplificativas – “designadamente” ou “nomeadamente” –, o que autoriza o recurso à analogia incriminadora (ao invés do que sucede no direito penal: art. 1.º, n.º 3, do CP)³⁹. Não é novidade que também em certos tipos criminais esses conceitos de *ius aequum* são usados (gerando verdadeiras “normas criminais em branco”), bastando pensar, p. ex., nos crimes de infidelidade do art. 224.º, n.º 1, do CP (“causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem”) ou no delito de administração danosa do art. 235.º do CP (“infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional”, para além da condição de punibilidade do n.º 2 do mesmo inciso – “[a] punição não tem lugar se o dano se verificar contra a expectativa fundada do agente”). O mesmo se diga quanto à técnica dos exemplos-padrão (*Regelbeispieltechnik*)⁴⁰ constantes, *inter alia*, do art. 132.º, n.º 2, do CP (homicídio qualificado: “entre outras”). Não patrocinamos o entendimento jurisprudencial que vem de explicitar-se, pelo menos nos termos tão amplos como vem descrito. Não podemos aceitar como conforme ao texto constitucional, até pelo que acima vimos a respeito da aplicação dos artigos 29.º, 30.º e 32.º, da CRP ao ilícito disciplinar, que se faça erodir de tal modo o princípio da legalidade, em especial na sua vertente de determinabilidade ou taxatividade, que se chegue ao ponto de dizer que há *deveres inominados ou atípicos* que o arguido deveria ter cumprido. Assim entender, sem mais, é escancarar as portas ao arbítrio, à violação do princípio do Estado de Direito e é, se bem vemos as coisas, uma interpretação totalmente desconforme aos demais princípios que se retiram da nossa Constituição (desde logo, a certeza e segurança jurídicas), coadunando-se mais com a prática do Direito em tempos de ditadura que de Liberdade inaugurada por Abril. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no recente caso *Cotora c. Roménia*, de 17/1/2023⁴¹, admitiu que a pena disciplinar fosse aplicada por um órgão “administrativo correspondente ao Conselho Superior da Magistratura, entendendo que tal é suficiente para o preenchimento do conceito de “tribunal” ínsito no art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Com base nesse diploma de Direito Internacional Público, vinculativo para o Estado português, entendemos que

38 Assim, o ac. do STJ de 16/12/2020, Proc. n.º 11/20.0YFLSB, Francisco Caetano, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/ed3138944b30cdb88025867100530ba0?OpenDocument>. Nossos itálicos.

39 Muito justamente chamando a atenção para o problema, Teresa Pizarro Beleza, *op. cit.*, 61 a 63.

40 Sobre ela e o modo como se compagina com o princípio da taxatividade, vide o nosso *As “posições de garantia” na omissão impura. Em especial, o dever de determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, *passim*.

41 Proc. n.º 30745/18, de 17/1/2023, disponível em <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2023/02/3074518.pdf>.

o “direito a um processo equitativo” (referido art. 6.º) se refere a qualquer tipo de infracção que conduza à aplicação de uma sanção, desde logo visto que, do prisma literal, se optou pela palavra “infracção” (em sentido amplo) e não por “crime” ou “infracção penal”. Assim, desse art. 6.º da CEDH. Daqui se retira o princípio da presunção da inocência, o direito à informação dos factos imputados, à escolha de defensor e, em geral, aos direitos de defesa.

O que se pode dizer – isso sim –, mas que é bastante diferente dessa posição, é entender que uma ou mais infracções disciplinares têm por fonte o conteúdo funcional do arguido, desde que ele esteja definido no contrato, em lei em sentido amplo ou em instrumento colectivo de trabalho. Se, p. ex., a um técnico superior jurista que trabalha num instituto público se mover um processo disciplinar porque ele não limpou o átrio da sede do instituto, é evidente que nem sequer se pode cogitar abrir qualquer processo de inquérito ou disciplinar, porquanto se sabe que as funções desempenhadas por um trabalhador naquela categoria estão definidas na lei e no contrato individual de trabalho ou em funções públicas, conforme for o caso. Admite-se, nos termos em que tal resulta do direito do trabalho, que se exija ao trabalhador-arguido o cumprimento do *ius variandi*, mas nada mais. Destarte, ser capaz de considerar deveres não funcionais estritos e escritos como fonte do ilícito disciplinar é de *inconstitucionalidade flagrante*, porque, de entre o mais, atentatória do princípio da legalidade que, para nós, vale, de modo irrestrito, também no direito disciplinar, enquanto participante do direito sancionatório. Se assim não for, os cidadãos ficam ao sabor das conveniências e caprichos da Administração Pública, *rectius*, dos seus dirigentes, o que, para além do mais, é regredir para um Estado que não é de Direito.

4. Na linha da orientação doutrinal e jurisprudencial largamente maioritária em Portugal sobre o conceito de infracção disciplinar, de onde se retira o cerne desse ilícito, “[a] infracção disciplinar corresponde ao incumprimento (por acção ou omissão) de um dever funcional (o que traduz a ideia de ilicitude) que se possa ter como culposos (sob a forma de dolo ou negligência)”⁴². Assim, o ilícito disciplinar consiste numa *vulneração de um dever funcional* que impende sobre o agente. Trata-se, como dito, de um dever normalmente visto como interno, apesar de o não ser (apenas). Na verdade, os deveres funcionais têm, na maioria dos casos, um *reflexo externo* e, por isso, devem dar resposta, embora a outro nível, a *exigências gerais e especiais-preventivas*. Já não a critérios *retributivos*, como se lê em alguns arestos⁴³, no que aparenta ser uma teoria

42 Ac. do STJ de 10/12/2019, Proc. n.º 86/18.1YFLSB, Graça Amaral, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/2762786cf2591b95802584cd0042f0ca?OpenDocument>.

43 De novo o mesmo acórdão, na seguinte passagem: “[o] que justifica a punição disciplinar, em primeira linha, é sobretudo o fim de prevenção especial, dado que a aplicação de sanção disciplinar visa evitar que ocorra novo incumprimento por parte de um determinado e concreto trabalhador, sendo que a reprovação da conduta e as necessidades de prevenção geral constituem igualmente finalidades desse tipo de sanção”.

da prevenção integral ou total, em que se juntam (teorias da união) as várias finalidades de um ilícito em matéria sancionatória. A não ser que se patrocine uma teoria ético-retributiva, o que não é o nosso caso, a culpa do arguido servirá como medida máxima da sanção (art. 40.º, n.º 2, do CP). Ao aplicar uma pena disciplinar actua-se sobre o concreto agente, mas também sobre a comunidade no seu conjunto – não somente aquela que pode reentrar no âmbito subjectivo de aplicação do ilícito disciplinar, mas todos os cidadãos que, dessa forma, compreendem contrafactivamente que os deveres funcionais são para cumprir.

Aliás, percorrendo as várias normações disciplinares públicas, a noção dessa infracção consiste na vulneração do conteúdo funcional do trabalhador. A benefício de ilustração, veja-se o art. 7.º do Regulamento de Disciplina Militar (“[c]onstitui infracção disciplinar o facto, comissivo ou omissivo, ainda que negligente, praticado em violação de qualquer dos deveres militares”) e os anteriormente citados relativos à PSP, GNR, PJ ou ASAE.

Um outro aspecto que importa reter diz respeito ao carácter de gravidade desse ilícito. É comum referir-se que o ilícito disciplinar é menos severo que o penal. Não podemos patrocinar essa afirmação axiomática, pois tudo depende do concreto caso, por certo uma pena de multa, ainda que avultada, é menos gravosa para os interesses do arguido que uma pena (disciplinar) de despedimento ou de expulsão, na medida em que se trata da impossibilidade prática do exercício daquela profissão, o que pode ter consequências tremendas, p. ex., quando o condenado tem já uma idade em que o mercado de trabalho nele não está interessado, sendo ainda novo para a reforma.

A garantia do cumprimento de um ou mais deveres funcionais aparece, então, como o *máximo denominador comum* do ilícito disciplinar, sendo o seu cerne a *manutenção, por parte da Administração ou da entidade patronal, da totalidade dos direitos que asseguram um bom funcionamento da pessoa jurídica em causa*. Esse funcionamento considerado “bom” ou “normal” será aquele que conste de contrato ou da Lei. Poderemos fazer reverter esse dever a um *bem jurídico*? Cremos que sim, porquanto, como analisado, é a própria Constituição que, fundamentalmente, no art. 266.º, n.º 1, prescreve que a Administração Pública deve prosseguir fins de interesse público e, por consequência, uma das formas de o fazer é garantir a coercibilidade desses princípios e normas. Donde, *a garantia de que as entidades públicas ou privadas beneficiárias do trabalho são titulares dos direitos adequados ao cumprimento das respectivas funções ou atribuições é um específico bem jurídico*. Mas pode ser também um *bem jurídico-penal*, quando pensamos em tipos legais de crime, sistematicamente inseridos nos delitos contra a autoridade pública, como o auxílio de funcionário à evasão (art. 350.º do CP), a negligência na guarda (art. 351.º do CP), o favorecimento pessoal praticado por funcionário (art. 368.º do CP), a denegação

de justiça e prevaricação (art. 369.º do CP), o recebimento ou oferta indevidos de vantagem (art. 372.º do CP), a corrupção passiva (art. 373.º do CP), o peculato e o peculato de uso (artigos 375.º e 376.º do CP, respectivamente), a participação económica em negócio (art. 377.º do CP), a violação de domicílio por funcionário (art. 378.º do mesmo Código), a concussão (art. 379.º), o emprego de força pública contra a execução da lei ou de ordem legítima, recusa de cooperação, abuso de poder, violação de regras urbanísticas por funcionário, violação de segredo por funcionário e do segredo de correspondência ou de telecomunicações (artigos 380.º a 384.º, todos do CP). Lugar de destaque merece, para um ainda melhor entendimento do bem jurídico com reflexo constitucional que está na base de um ilícito disciplinar, o crime de *abandono de funções* do art. 385.º do CP. Veja-se que estamos perante um delito *específico puro ou próprio*⁴⁴ (só é crime se praticado por um funcionário como tal definido no art. 386.º do mesmo Código – o que significa que a qualidade do agente é o fundamento da ilicitude do próprio comportamento –; quando o mesmo sucede em relações jurídico-privadas é uma infracção disciplinar que, em função de critérios como a sua duração, pode fazer perigar, de todo, a manutenção da relação de fidúcia que sempre tem de existir entre a entidade patronal e o trabalhador, com o consequente despedimento com justa causa), *formal*, ou seja, basta a actuação do funcionário, mesmo que este não provoque um resultado externo-objectivo diverso da sua própria acção, para se considerar que o tipo legal de crime está consumado, e de *perigo* para o bem jurídico que, no caso, é o *interesse público no cumprimento contínuo das funções administrativas*, não se exigindo a sua efectiva lesão. Esta “guarda avançada” de protecção é ilustrativa de que *o cerne do ilícito disciplinar contende com a manutenção do adimplemento dos deveres funcionais do trabalhador ou do funcionário, o que se reflecte na necessidade imperiosa de a entidade patronal ou a Administração Pública continuarem a laborar normalmente, no primeiro caso, ou a cumprirem as funções ou atribuições dos órgãos em sentido lato, no segundo caso*.

Ora, fica assim demonstrado à saciedade que em várias condutas activas ou omissivas existe uma solução de continuidade entre os dois ilícitos: penal e disciplinar. Não o devemos estranhar, visto que o bem jurídico-criminal assim recortado encontra *zonas de confluência com o cumprimento de deveres funcionais*, ou seja, com o bem jurídico que fundamenta o ilícito disciplinar. O que os distingue, então, terá de ser estudado nessas mesmas zonas de coincidência normativa, dado que aí, por ser manifesta a aludida continuidade, perguntamos com propriedade sobre o que destrinça um do outro.

Assim enquadrados, entendemos estar em condições de afirmar que *não é o carácter interno e de mera organização e funcionamento dos entes administrativos*

44 Já CUNHA, Damião da. Anotação ao art. 30.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. I. p. 804.

que distingue o ilícito disciplinar do penal. Desde logo, há ou pode haver efeitos externos da acção ou omissão sancionadas, bastando pensar nas hipóteses em que a Administração Pública, devido a esses ilícitos, deixa de prestar uma determinada actividade ou função. Se um assistente técnico de uma Universidade não organiza as salas de exame e não abre a porta à hora certa, há danos provocados aos estudantes e aos docentes. Por outro lado, o relevo que o ilícito disciplinar vem ganhando aconselha a que se faça, como sempre deve acontecer, uma sua leitura iluminada pelo texto constitucional. Dela podemos retirar que não é somente a organização e funcionamento da Administração que justifica o juízo de censura geral e abstracto em que se traduz a ilicitude. É sim a possibilidade de divisar, partindo do texto da Lei Fundamental, um específico bem jurídico, enquanto manifestação de um valor ou interesse juridicamente tutelado, na medida em que é essencial a que a Administração cumpra os seus fins. Fins esses que, como vimos, se *estendem para além de uma mera ideia organizativa*. Se quisermos, essa última contende com uma perspectiva *fechada* desse ilícito, enquanto patrocinamos uma visão *aberta*, i. e., aquela que não esquece que o juízo de ilicitude lesa ou pode lesar bens jurídicos alheios e, dentro deles, mesmo jurídico-penais. É exactamente por isso que há zonas de confluência entre os dois tipos de ilícito, ou seja, existem comportamentos que convocam a violação do bem jurídico que garante o adimplemento dos fins, funções ou atribuições da Administração Pública, assim como específicos bens jurídico-penais, como a *boa administração da justiça* ou a *autonomia funcional do Estado* (preferimos referir-nos a este último, por nos parecer mais próximo da realidade, como asseguração de que as ordens ou instruções legítimas de autoridade que promanam do Estado em sentido amplo devem ser respeitadas). Na medida em que os títulos jurídicos são distintos, porque também diferente é o bem jurídico protegido, não há qualquer violação do *ne bis in idem* na punição do agente com uma sanção criminal e uma sanção disciplinar⁴⁵, aliás, como é habitual constar de norma expressa nos estatutos ou regulamentos disciplinares⁴⁶. Porquanto, a sanção penal é mais grave, é habitual, por lei expressa ou por determinação do instrutor, que o processo disciplinar aguarde o desfecho do penal, não só porque existem as assinaladas zonas de continuidade, mas também visto que se procura usar os meios de prova do penal no disciplinar. Essa *utilizabilidade* levanta problemas complexos que aqui exorbitam o tema que nos propusemos tratar. No entanto, sempre

45 O mesmo já não sucede, na visão do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG: Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) relativamente à aplicação de uma pena criminal e de uma outra decorrente de um ilícito disciplinar, quando estejam em causa os mesmos factos – cf. BVerfGE 21, 378, disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv021378.html>.

46 Entre uma plêiade já inabarcável, cf. o ac. do STJ de 24/11/2020, Proc. n.º 4/20.7/YFLSB, Ilídio Sacarrão Martins, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5066cf7d33cf12c58025865b0039d4b3?OpenDocument>: “[v]igoram os princípios da autonomia e da independência entre o processo crime e o processo disciplinar; as responsabilidades são autónomas, podendo um facto dar origem às duas responsabilidades, sem que a correspondente conjugação de responsabilidades constitua violação do princípio *ne bis in idem*”.

se diga que, p. ex., a prova obtida através de escutas telefónicas em processo criminal⁴⁷, atenta a excepcionalidade de que deve revestir-se, nunca pode ser usada em processo disciplinar. Se verificados os requisitos do art. 187.º do CPP, conclui-se que a intercepção de comunicações (que se aplica a todo o tipo, incluindo correio electrónico, mensagens em redes sociais ou análogas, tendo em conta a norma geral de extensão do art. 189.º do CPP) apenas pode ocorrer quanto a um *numerus clausus* de delitos (*Katalogtaten*, crimes de catálogo), então parece de meridiana clareza que não se pode “deixar entrar pela janela o que se não quer que entre pela porta” ou, em linguagem jurídica, o sistema deve impedir qualquer *fraude à lei*. Não se argumente no sentido de que se o material assim recolhido pode servir de prova em processo penal, então, *a fortiori*, também o poderia em direito disciplinar. É exactamente ao contrário: este último é um *aliud* quanto ao ilícito penal e não é sempre um *minus*, atenta a diferente natureza da desconformidade à lei e dos bens jurídicos protegidos. Se para as infracções mais graves, até devido a um princípio de proporcionalidade, o legislador admite meios de obtenção da prova mais intrusivos (veja-se o art. 34.º da CRP), isso significa que eles se dirigem, como regra, tão-só àquele processo penal. Se assim não fosse, estaríamos a introduzir uma intolerável diferenciação entre os factos que configuram simultaneamente um ilícito disciplinar e criminal, em que o arguido, no primeiro, podia ver usados contra si meios de obtenção da prova que, não existindo essa dupla ilicitude, nunca poderiam sequer ser produzidos (muito menos valorados), considerando a total ausência da sua previsão legal⁴⁸.

5. As três grandes regiões normativas que compõem o direito sancionatório público são o direito penal, o disciplinar e o de mera ordenação social. A doutrina mais clássica tende a considerar que os dois últimos integram o direito administrativo. Quanto às contra-ordenações, discute-se, no essencial, se é ou não possível recorrer a um critério qualitativo na sua distinção face ao ilícito penal, atenta a enorme fragmentaridade que ele vem conhecendo. Outros, julgando que essa via é impossível, optam por um critério quantitativo e que tem na natureza da sanção o seu principal pólo distintivo⁴⁹. Assim, o direito de mera ordenação social diz respeito a todas as acções e omissões humanas ilícitas e às quais o legislador associou uma específica sanção que é distinta

47 Entre tantos, vejamos os nossos “As escutas telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, I, 2004, p. 9-58 e “Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 17, n. 4, 2008, p. 613-669.

48 Existe jurisprudência que, ao menos numa primeira leitura, parece depor em sentido contrário ao defendido em texto. Assim, o já citado ac. do STJ de 24/11/2020: “[a] importação probatória penal para o processo disciplinar é admissível, pois é esse o entendimento mais conforme à prossecução do interesse público a que a Administração Pública está constitucionalmente vinculada em qualquer das suas atividades”.

49 Sobre essa discussão, BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2023 e, antes dele, VILELA, Alexandra. *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

da penal, ou seja, a coima e/ou sanções acessórias. É certo que esse último critério pode, em boa verdade, importar uma “burla de etiquetas”, visto que o legislador que pretende proteger um específico bem jurídico-penal pode “travesti-lo” como punível com uma coima, assim desvirtuando a arquitectura do sistema. Isso importa um problema acrescido: visto haver, em relação a vários ilícitos disciplinares, uma relação de continuidade com o penal, e dado que, pelo menos em Portugal, o Tribunal Constitucional vem admitindo uma grande margem de manobra a esse legislador na conformação do ilícito, existe o risco – que em muitos sectores como o do mercado de valores mobiliários ou da actividade bancária e seguradora – de a caracterização formal de uma clara violação a um bem jurídico-penal ser prevista como vulneração da mera ordenação social, o que importa uma menor protecção dos direitos dos arguidos, sabido como é que o processo penal, como “magna carta dos arguidos”, é o ramo de Direito em que as garantias de defesa são mais amplas (art. 32.º, n.º 1, da CRP).

Se um ilícito é desenhado como contra-ordenacional quando deveria ser penal, ou estamos perante um caso evidente, como a transformação da protecção da vida, da propriedade ou do património em ilícito de mera ordenação social, e aí o intérprete da lei pode recusar a sua aplicação (art. 204.º da CRP) ou pode suscitar a questão junto do Tribunal Constitucional (art. 223.º, n.º 3, da CRP), ou, então, em outros menos “evidentes”, tal como os previstos no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (infracções económicas e contra a saúde pública, em especial o açambarcamento e a especulação), de nada adiantará uma discordância do aplicador em face da alteração legislativa do que agora é um crime e que passe a ser uma contra-ordenação. Tendencialmente, poder-se-á dizer que o direito penal clássico encontrará mais obstáculos constitucionais se o legislador o transformar em direito de mera ordenação social do que o direito penal secundário ou económico-financeiro. Donde, como conclusão intermédia, cremos que os ilícitos têm conhecido, na nossa latitude jurídica, sobretudo, a partir da entrada em vigor da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG), uma mescla de tal modo intrincada que já não é possível afirmar com segurança que um dado comportamento deve ser erigido à classe de crime ou de contra-ordenação⁵⁰. Isso, naturalmente, até em acções e omissões tradicionalmente cobertas pelo direito penal, como sucede com a honra. Sabemos que delitos como a injúria, a difamação, a ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço, p. ex., são cada vez mais difíceis de levarem a uma condenação penal, visto que o conceito de honra está muito rarefeito nas sociedades hodiernas e quase sempre cede lugar à liberdade de

50 Esta problemática também se acha relacionada com a questão que tratámos em “Obrigações de criminalização nos textos constitucionais? (Breves) notas soltas”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. XX, n. 119, 2024, p. 120-142.

expressão, de criação (artística), à defesa do interesse público. Em nosso juízo, tem-se trilhado um caminho demasiado permissivo, em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, depois seguido pelas instâncias internas, praticamente tem negado a previsão normativa daqueles crimes em hipóteses que há duas ou três décadas atrás seriam indubitavelmente delitos consumados. Não admira, portanto, que autores existam que se pronunciem, *de iure condendo*, pela sua descriminalização⁵¹ (ou, dizemos nós, pela sua conversão em contra-ordenações).

Verificado esse estado de coisas, é nosso entendimento que a ordem jurídica ficaria a ganhar se existisse um *conjunto de normas comuns ao direito penal, disciplinar e contra-ordenacional*, pois só assim se asseguraria que as várias formas de limitação de direitos fundamentais porque qualquer um deles se caracteriza seriam contidas dentro de exigências comuns⁵² e não deixariam menos protegidos os arguidos em processo disciplinar e contra-ordenacional. Já se sabe que as exigências de cada um deles são distintas, mas também já se viu que, não cedendo ao farisaísmo, são cada vez mais os factores de regulação que os aproximam do penal que aqueles que os apartam. Basta pensar no despedimento como sanção disciplinar e numa coima de milhões de euro, tudo comparado com uma pena de multa, uma pena suspensa simples ou uma pena de prestação de trabalho a favor da comunidade para concluirmos que a generalidade dos arguidos preferiria a sanção criminal. Tudo para dizer, portanto, que *o direito sancionatório passaria a ser o ramo de Direito que teria no penal, no disciplinar e no contra-ordenacional sub-ramos*, o que não é uma questão nominativa, mas, sim, de conteúdo prático. Isso asseguraria, como se adiantou, que a restrição de direitos fundamentais conhecesse um núcleo mínimo de normas e princípios comuns.

Partindo do Código Penal, a chamada “teoria da lei criminal” poderia ser comum, *i.e.*, as regras atinentes à aplicação da lei no tempo e no espaço, com as devidas adaptações. A questão da responsabilidade das pessoas colectivas não se coloca no direito disciplinar, pela sua própria natureza, mas está regulada no direito penal e no contra-ordenacional dependeria sempre de uma específica intervenção legislativa, pelo que não se poderiam construir regras comuns. A imputação a título de dolo ou de negligência já o seria, bem como as figuras dos tipos justificadores e das causas de exclusão da culpa. O contrário se diria quanto às normas relativas às penas principais, acessórias e de substituição, que encontrariam em cada ilícito a sua concreta fonte. O

51 MILITÃO, Renato Lopes. Em defesa da descriminalização de ofensas à honra. Eleutéria não protege apenas Hedilogos. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 83, 2023, p. 255-323.

52 A CRP, nesse mesmo sentido, excepciona do direito à liberdade e à segurança a “prisão disciplinar imposta a militares” (art. 27.º, n.º 3, al. d)), prevê que a “disciplina das Forças Armadas” é matéria de reserva absoluta de competência legislativa (art. 164.º, al. d)) e o “regime geral de punição das infracções disciplinares [...] e do respectivo processo” é matéria de competência relativa (art. 165.º, n.º 1, al. d)).

demaís que contende com as consequências jurídicas de um facto ilícito-típico seria também objecto de normações distintas, a que acresce a norma atinente à dedução, no processo penal, de pedido de indemnização civil. As regras que estabelecem os prazos de prescrição do procedimento criminal e das penas só se podem aplicar directamente ao penal, embora constituam direito subsidiário em relação ao disciplinar e à mera ordenação social. Os efeitos das ditas “medidas de graça ou de clemência” seriam comuns.

Quanto à legislação adjectiva, as regras da competência por conexão dos artigos 24.º, ss., do CPP, dos conflitos de competência (artigos 34.º, ss.), das garantias de imparcialidade (artigos 39.º, ss., do CPP), dos direitos e deveres processuais do arguido e, devidamente adaptadas, as normas atinentes à constituição nessa qualidade, à consulta dos autos e à forma dos actos e da sua documentação (artigos 58.º, 59.º, 61.º, 89.º, 90.º, 92.º a 102.º, todos do CPP) integrariam esse novel diploma comum às três áreas do Direito. *Mutatis mutandis*, os meios de prova também constituiriam esse projectado diploma, por não se poder cercear ao arguido em processo disciplinar ou contra-ordenacional qualquer uma das formas de que este é titular para provar a sua inocência e, sobretudo, para a autoridade judiciária ou a entidade administrativa provarem a autoria dos factos indiciados (artigos 128.º a 170.º, do CPP). Já no que tange aos meios de obtenção da prova, a sua aplicabilidade não pode afirmar-se em bloco, visto que os mesmos estão pensados para os ilícitos penais, razão pela qual o grau de limitação de direitos fundamentais é máximo. No entanto, é de admitir, na legislação a criar, que os exames em locais onde o arguido desenvolve a sua actividade profissional – e apenas estes – possam ser levados a cabo, p. ex., no âmbito da prova por inspecção, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o art. 171.º do CPP. Por consequência, as apreensões que daí derivem são igualmente meios de prova a ter em conta (art. 178.º do CPP). As medidas de coacção e de garantia patrimonial são exclusivas do processo penal, tanto mais quanto as diversas normações disciplinares prevêem a suspensão preventiva do arguido no decurso do processo, a qual é uma medida cautelar, de igual modo, e que, por si só, pelo afastamento do trabalhador do local de trabalho, permite concretizar os objectivos do direito disciplinar. Objectivos esses que já não passam – como sucede no direito processual penal – por manter o arguido ao dispor do processo, mas, sim, que ele não possa perturbar a actividade de instrução disciplinar (destruindo provas, influenciando testemunhas) nem continuar a praticar novos ilícitos desse tipo. Por comparação com o art. 204.º do CPP diremos que, devidamente adaptadas, as finalidades das medidas preventivas podem justificar-se com a invocação das alíneas a) e b) do n.º 1 do citado art. 204.º do CPP⁵³. Também as medidas de garantia

53 Nas palavras do ac. do Tribunal Constitucional n.º 251/2016, de 4 de Maio, Proc. n.º 366/15, Catarina Sarmento e Castro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160251.html>: “[...] a função das medidas

patrimonial do CPP – caução económica e arresto preventivo (artigos 227.º e 228.º, do CPP, respectivamente) – não podem ser determinadas por quem conduz o processo disciplinar, visto que elas importam sempre uma limitação ao direito de propriedade privada do art. 62.º da CRP, pelo que só um juiz as pode aplicar. O que já é possível é que a pessoa colectiva que exerce poderes hierárquicos sobre o arguido intente acção declarativa de condenação com o desiderato de obter a tutela judicial que, na prática, corresponde às medidas de garantia patrimonial do processo penal. Quanto às demais normas do CPP, contendem elas com a específica tramitação em processo comum e, depois, nos processos especiais – sumário, abreviado e sumaríssimo –, razão pela qual não lograriam aplicação ao ilícito disciplinar nessa verdadeira lei-quadro que propomos, tanto mais quanto cada uma das normações disciplinares explicita o processo a seguir. Dentro dele existe, via de regra, uma fase de investigação, com recolha de indícios de prova e na qual o arguido pode ou não ter já a oportunidade de, querendo, prestar declarações, a qual termina com a prolação de uma acusação ou de um despacho de arquivamento. Se estiver em causa o primeiro, inicia-se a fase de defesa do arguido, em que perante o ente administrativo ou a entidade patronal o arguido vai apresentar os seus meios de prova, querendo, sendo aqui obrigatoriamente ouvido. Em função dessas provas, concatenando-as com as obtidas na primeira fase, o instrutor elabora relatório final em que conclui pela verificação do ilícito disciplinar e propõe a espécie e medida da sanção (ou sanções) ou entende o contrário, propondo o arquivamento dos autos. Dessa última decisão cabe, em regra, recurso hierárquico obrigatório ou facultativo, para além de recurso contencioso, dirigido à jurisdição administrativa ou judicial, consoante nos estejamos a referir, respectivamente, a processos intentados por entidades integrantes da Administração Pública ou do sector privado da economia.

IV – Conclusão

Na viagem que fizemos em torno do ilícito disciplinar, foi nossa preocupação começar por registar o fraco interesse que o tema tem concitado, por estar na zona de confluência entre o direito administrativo e o direito penal. Por outro lado, não deixa de ser surpreendente que assim seja, atenta a

cautelares, aplicáveis no âmbito de processos disciplinares de recluso, prende-se, não apenas com o objetivo de impedir a continuação da atividade infracional ou garantir a preservação de meios de prova – à semelhança do que sucede com as medidas de coação previstas no Código de Processo Penal – mas igualmente com os fins específicos de impedir a “perturbação da convivência ordenada e segura no estabelecimento prisional” ou “garantir a proteção de pessoa”, sendo certo que a prossecução destes últimos objetivos não pode ser dissociada da especial necessidade de dar resposta pronta a exigências de ordem e segurança, num espaço fechado destinado à execução de sanções criminais. Em consonância com o reconhecimento de tal particular necessidade, admite o artigo 6.º do CEPMPPL que os direitos fundamentais do recluso podem ser limitados, não apenas nos termos fixados na decisão judicial que determina a medida privativa da liberdade, mas igualmente “por razões de ordem e de segurança do estabelecimento prisional”, nos termos e limites do CEPMPPL”.

gravidade que várias sanções disciplinares podem ter na concreta facticidade, *v.g.*, nas hipóteses de demissão ou expulsão, mesmo se comparadas com as sanções criminais.

Verificamos a insuficiência da distinção dita “clássica” entre os dois ilícitos, atendendo à natureza dos bens em causa, ao seu processo, à entidade que deles trata e às penas aplicadas. Se nos quedarmos aqui, pouco mais teremos que uma visão formal. Pelo contrário, tendo em conta a teoria do bem jurídico e analisando os tipos legais de delito que contendem com os valores que a Administração Pública e os trabalhadores do sector privado da economia devem perseguir, é possível identificar, no ilícito disciplinar, também um autónomo bem jurídico com reflexo na Constituição, o que impõe um conjunto de deveres ao legislador infra-constitucional, em especial no que contende com as garantias de que os arguidos neste processo devem ser titulares. É, assim, uma distinção qualitativa ou normativa (se se pretender) aquela que se advoga, partindo sempre da análise da Lei Fundamental para os diplomas hierarquicamente inferiores.

Terminamos com uma proposta que nos parece estar em condições de garantir uma melhor concretização dos princípios do Estado de Direito democrático e social, como é o português, a qual parte de um ramo de Direito único, o sancionatório, e que serviria como depositário de normas de Direito substantivo e adjectivo capazes de garantir o mandato do art. 32.º, n.º 10, da CRP, rejeitando interpretações demasiado restritivas – e por isso materialmente inconstitucionais – em relação aos direitos dos arguidos em direito disciplinar.

De algum modo, pretende-se dignificar esta categoria de ilícito, vendo-a como um conjunto de normas e princípios que já não é “terra de ninguém” e pode contribuir para a “terra prometida” de um supra-ramo de Direito como é o sancionatório. Assim se espera ter dado algum contributo para o estudo de uma matéria que só na aparência é líquida, por forma a que não nos acusem das diatribes do relato caricatural que, em jeito de mote e de provocação, nos chegam de um recuado tempo de 1906.

TITLE: The disciplinary offence: from “no man’s land” to “promised land”

ABSTRACT: This paper outlines the main characteristics that distinguish criminal offences from disciplinary ones, in the sense that they have been pointed out by the majority of doctrine and jurisprudence, concluding that they are insufficient. Thus, by identifying a specific legal good, an interpretation more in line with the Constitution is made and the main conclusion defend that criminal, disciplinary and administrative offences should be included in a broader branch of the Law, with substantive and adjective guarantees.

KEYWORDS: Disciplinary offence. Criminal offence. Legal good. Defence guarantees.

Referências

- BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito penal*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 1984. v. 1.
- BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2023.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2022.
- COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- CUNHA, Damião da. Anotação ao art. 30.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. I.
- CUNHA, Damião da. Anotação ao art. 385.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III. p. 804.
- EBERT, Frank. *Das aktuelle disziplinarrecht*. 6. Auflage. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2024.
- FAVEIRO, Vítor; ARAÚJO, Laurentino. *Código Penal português anotado*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal: lições revistas e actualizadas por Luís Brito Correia*. Policopiado, Lisboa, 1962.
- FIGUEIREDO DIAS. *Direito criminal*. Reimp., I. Coimbra: Almedina, 1968.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002.
- LEITE, André Lamas. As escutas telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, I, 2004, p. 9-58.
- LEITE, André Lamas. Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 17, n. 4, 2008, p. 613-669.
- LEITE, André Lamas. Obrigações de criminalização nos textos constitucionais? (Breves) notas soltas. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. XX, n. 119, 2024, p. 120-142.
- MILITÃO, Renato Lopes. Em defesa da descriminalização de ofensas à honra. Eleutéria não protege apenas Hedilogos. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 83, 2023, p. 255-323.
- NUNES, Duarte Rodrigues. *Curso de direito penal: parte geral*. Coimbra: Gestlegal, 2021. t. I.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 21/3/2012. *Proc. n.º 161/09.3TTVLG.P1.S1*. FERNANDES DA SILVA. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/cf994124238f5920802579cd003881d2?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 12/9/2012. *Proc. n.º 605/07.9TTMTS.P1.S1*. FERNANDES DA SILVA. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/29d447853f293a3880257a7d00558343?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 10/12/2019. *Proc. n.º 86/18.1YFLSB*. GRAÇA AMARAL. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/2762786cf2591b-95802584cd0042f0ca?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 24/11/2020. *Proc. n.º 4/20.7YFLSB*. ILÍDIO SACARÃO MARTINS. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0cc6ad9dd8b980256b5f003fa814/5066cf7d33cf12c58025865b0039d4b3?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 16/12/2020. *Proc. n.º 11/20.0YFLSB*. FRANCISCO CAETANO. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ed3138944b-30cdb88025867100530ba0?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 24/2/2021. *Proc. n.º 15/20.2YFLSB*. ILÍDIO SACAR-RÃO MARTINS. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0abee353862ac0280258688002d9284?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. de 21/12/2021. *Proc. n.º 11/21.2YFLSB*. MARGARIDA BLASCO. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/77ba-481070756fb0802587b400344fa3?OpenDocument>. Acesso em: jun. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ac. n.º 282/86, de 21 de Outubro. *Proc. n.º 4/85*. VITAL MOREIRA. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860282.html?impressao=1>. Acesso em: jun. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ac. n.º 229/2012, de 2 de Maio. *Processo n.º 82/10*. CATARINA SARMENTO E CASTRO. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120229.html>. Acesso em: jun. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ac. n.º 251/2016, de 4 de Maio. *Proc. n.º 366/15*. CATARINA SARMENTO E CASTRO. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160251.html>. Acesso em: jun. 2024.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Reimp., Navarra: Thomson, 2003. t. I.

SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo*. Coimbra: Almedina, 2019.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República portuguesa comentada*. Lisboa: Lex, 2000.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*: parte general. I. Navarra: Thomson, 2005.

Recebido em: 02.07.2024

Aprovado em: 17.07.2024