

A transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente

PROF. DOUTOR RUI SOARES PEREIRA*

SUMÁRIO: 1. O problema. 2. As perspectivas tradicionais e recentes de solução: 2.1. A posição de Germano Marques da Silva; 2.2. A posição de Célia Reis; 2.3. A posição de Paulo de Sousa Mendes. 3. Uma perspectiva de solução alternativa: 3.1. Pontos de partida; 3.2. A estratégia de compatibilização das posições em confronto; 3.3. A alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal como base legal das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente; 3.4. O sentido normativo da alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal e a não adopção da solução de correcção ou de abrogação da norma; 3.5. O sentido da ressalva da renúncia ao direito de queixa; 3.6. A existência de bases legais múltiplas para as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente; 3.7. A compatibilização das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal. 4. Duas possíveis críticas e as perspectivas de superação.

1. O problema

I. Em 2000, Célia Reis publicou um estudo intitulado “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”¹, no qual procurava resolver as dúvidas interpretativas em torno das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal².

* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Advogado na PLMJ – Sociedade de Advogados, RL.

¹ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, in *Questões avulsas de processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2000, pp. 9-18.

² O artigo 68.º do Código de Processo Penal, com a epígrafe “Assistente”, estatui:

“1 – Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: a) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei espe-

Esse estudo, que passou praticamente despercebido na doutrina nacional³, teve o inegável mérito de se debruçar *ex professo* sobre o tema da transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente.

Recentemente, Paulo de Sousa Mendes veio, nas suas “Lições de Direito Processual Penal”, reanalisar o estado da questão e, após apreciação das posições defendidas por Germano Marques da Silva e Célia Reis, concluiu o seguinte: por um lado, que a letra da alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal “*induz o intérprete a concluir que [...] só se aplicará aos crimes cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular*” e que afinal não existirá norma que regule “*a transmissão do direito à constituição como assistente nos crimes públicos*”; por outro lado, que, embora o legislador não tenha pretendido esse

cialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos; b) As pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento; c) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime; d) No caso de o ofendido ser menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, o representante legal e, na sua falta, as pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, ou, na ausência dos demais, a entidade ou instituição com responsabilidades de protecção, tutelares ou educativas, quando o mesmo tenha sido judicialmente confiado à sua responsabilidade ou guarda, salvo se alguma delas houver auxiliado ou participado no crime; e) Qualquer pessoa nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção. 2 – Tratando-se de procedimento dependente de acusação particular, o requerimento tem lugar no prazo de 10 dias a contar da advertência referida no n.º 4 do artigo 246.º. 3 – Os assistentes podem intervir em qualquer altura do processo, aceitando-o no estado em que se encontrar, desde que o requeiram ao juiz: a) Até cinco dias antes do início do debate instrutório ou da audiência de julgamento; b) Nos casos do artigo 284.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 287.º, no prazo estabelecido para a prática dos respectivos actos. c) No prazo para interposição de recurso da sentença. 4 – O juiz, depois de dar ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento, decide por despacho, que é logo notificado àqueles. 5 – Durante o inquérito, a constituição de assistente e os incidentes a ela respeitantes podem correr em separado, com junção dos elementos necessários à decisão”.

³ Não se lhe referem, por exemplo, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, Lisboa: UCE, 2013, p. 282, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 47-53, VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal: notas e comentários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 111-121, anotação ao artigo 68.º, MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 210-215, anotação ao artigo 68.º, MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 180-185, anotação ao artigo 68.º, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa: UCE, 2011, pp. 211-218, anotação ao artigo 68.º, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS e Outros, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 238-243, anotação ao artigo 68.º, e FERNANDO GAMA LOBO, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 96-100.

resultado, não será possível “integrar a lacuna por analogia legis com a alínea c) do n.º 1 do art. 68.º, desde logo porque se trataria de uma analogia contra reum, a qual é vedada pelo princípio da legalidade” e que também não será admissível “eliminar a expressão ‘sem ter renunciado à queixa’ daquele inciso, desde logo porque não é admitida a interpretação correctiva, mas também porque isso impossibilitaria a transmissão, por morte do ofendido, do direito à constituição como assistente aos seus familiares nos crimes semi-públicos e particulares”⁴.

Apesar desta conclusão de Paulo de Sousa Mendes, a questão não tem sido, ao que apurámos, suscitada na jurisprudência, nem terá dado origem na prática a dificuldades interpretativas.

Em geral, ou se continua a aplicar indistintamente a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal às situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente, seja qual for a natureza do crime em causa, ou se convocam ambas as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal⁵ sempre que estejam em causa situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e nos crimes particulares.

II. Contudo, cremos justificar-se uma nova reflexão sobre o tema da transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente.

Desde logo, não parece que aquela aplicação indistinta e aquela convocação simultânea de alíneas correspondam à invocação de uma base legal segura para as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente, seja qual for a natureza do crime em causa, impondo-se, só por isso, uma reanálise dos dados normativos e a apresentação de uma perspectiva de solução interpretativa para o artigo 68.º do Código de Processo Penal no que tange a essas situações de transmissão.

Além disso, em face da chamada de atenção feita por Paulo de Sousa Mendes, dúvidas se colocam sobre se existe ou não, afinal, uma base legal para sustentar a transmissibilidade por morte, nos crimes públicos, do direito à constituição

⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 135-136.

⁵ “1 – Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: [...] b) As pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento; c) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime”.

como assistente, e parece que valerá a pena encetar uma nova reflexão sobre o tema da transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente.

III. Mais do que reanalisar o tema a uma luz completamente nova, impor-tará fazer um esforço interpretativo sobre as diversas normas que têm sido con-vocadas para a discussão e esperar retirar, por via desse esforço, um sentido útil para as normas em questão e que permita compatibilizá-las.

Não sendo possível essa compatibilização, outras soluções poderão e deve-rão então ser encontradas, com vista a resolver o que parece configurar, como qualifica Paulo de Sousa Mendes, uma aporia (que se pressupõe ser resolúvel⁶) do direito à constituição como assistente e do direito de queixa.

2. As perspectivas tradicionais e recentes de solução

2.1. *A posição de Germano Marques da Silva*

Confrontado com a redacção do artigo 68.º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Penal⁷, Germano Marques da Silva vem defendendo que essa alínea se refere tanto aos crimes públicos como aos crimes semi-públicos e particu-lares e que o sentido da ressalva inicial, relativa à não renúncia ao direito de queixa por parte do ofendido, só pode ser o de o legislador se estar a referir aos crimes semi-públicos e particulares. Porém, essa ressalva não significa, segundo o mesmo autor, que a norma em questão não se aplique também às situações de transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos⁸.

⁶ Embora tenham conhecido diferentes noções ao longo da história, as aporias têm sido entendidas como dificuldades teóricas ou complexidades ou dificuldades lógicas insuperáveis. Não obstante, sobre o exame das aporias e a distinção entre, por um lado, as aporias autênticas ou irresolúveis (que “coincidem momentaneamente com os limites da Razão humana no seu esforço de conhecimento teórico da realidade”) e, por outro lado, as aporias inautênticas ou resolúveis (que resultam “da concorrência entre pensamento verdadeiro e pensamento falso, referida ao mesmo conteúdo objectivo”), como parece ser o caso, cfr. ANTÓNIO JOSÉ BRANDÃO, *Vigência e Temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*, vol. I, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001, pp. 292-296.

⁷ “1 – Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: [...] c) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivo não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime”.

⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282: “A al. c) do

Essa posição, encabeçada por Germano Marques da Silva, também corresponde à posição adoptada pela generalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais.

2.2. A posição de Célia Reis

No entanto, Célia Reis chamou a atenção para as dificuldades interpretativas inerentes à posição sustentada por Germano Marques da Silva, nomeadamente no que se refere à tentativa de inclusão na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal de todas as situações de transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente, independentemente da natureza do crime que esteja em causa.

Além disso, a investigação de Célia Reis evidenciou a necessidade de atribuir um sentido útil à alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal⁹, tanto mais que, como a autora aliás também refere, se considera que “o conceito de ofendido, para efeitos de legitimidade para constituição como assistente, coincide com o conceito consagrado no CP para aferir da legitimidade para apresentar queixa”¹⁰.

Para Célia Reis, à alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal caberia reger e atribuir de forma completa, por mera remissão para a titularidade do direito de queixa ou de acusação particular (artigos 113.º e 117.º do Código Penal), a legitimidade para a constituição como assistente sempre que o crime seja semi-público ou particular, devendo a utilização enigmática na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal da expressão “*sem ter renunciado à queixa*” ser vista como frontalmente contrária aos propósitos do legislador processual penal e solucionada mediante uma abrogação (lógica) da norma no sentido de limitar o seu alcance apenas aos crimes públicos¹¹.

n.º 1 do art. 68.º refere-se tanto aos crimes públicos como aos semipúblicos e particulares, mas a ressalva da renúncia ao direito de queixa só respeita evidentemente aos crimes semipúblicos e particulares”.

⁹ “1 – Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: [...] *b*) As pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento”.

¹⁰ Ac. RC de 28.01.2010, Proc. 1208/08.6TDLSB.C1 (MOURAZ LOPES), disponível em www.dgsi.pt, e PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 135.

¹¹ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 9-18.

2.3. A posição de Paulo de Sousa Mendes

I. Mais recentemente, Paulo de Sousa Mendes apresentou argumentos sólidos para rejeitar, quer a posição sustentada por Germano Marques da Silva¹², quer a posição defendida por Célia Reis¹³.

Segundo Paulo de Sousa Mendes, a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal só será aplicável aos crimes semi-públicos e particulares e não existirá norma que regule a transmissão do direito à constituição como assistente nos crimes públicos, podendo tal posição ser sustentada em dois argumentos principais: a) não ser admissível a *analogia legis*¹⁴ com a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, por se encontrar vedada pelo princípio da legalidade; b) não ser admissível a interpretação correctiva

¹² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

¹³ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 9-18.

¹⁴ Apesar de ser tradicional a distinção entre a analogia *legis* e a analogia *iuris* (cfr. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra 1973, p. 30, Ac. RL 18.04.2012, Proc. 4230/09.1TTLSB.L1-4 (LEOPOLDO SOARES) e Ac. RP de 27.04.2015, Proc. 339/14.8TTMAI-A.P1 (EDUARDO PETERSEN SILVA), ambos disponíveis em www.dgsi.pt), alguns autores têm vindo a sustentar que a analogia *iuris*, supondo uma conclusão do especial para o geral (uma indução), já não será verdadeira analogia (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 759-761). Noutro sentido, porém, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 258-264, que critica a distinção, referindo que, se de ambas as modalidades se tiver um entendimento apenas lógico-racional e sistemático-dedutivo, verdadeiramente não estaremos perante qualquer modalidade de analogia, e, em qualquer dos casos, que, reconduzindo-se a analogia *iuris* “a um argumento judicativo a partir ou com fundamento em princípios jurídicos”, não se tratará de analogia em sentido próprio, pouco importando discutir se se verifica ou não uma verdadeira indução. Criticando também a analogia *iuris*, por representar a aplicação de um princípio jurídico que não suscita então qualquer problema de integração por falta de lacuna, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 408-409. Numa perspectiva próxima mas não inteiramente coincidente à de CASTANHEIRA NEVES, cfr. ainda FERNANDO JOSÉ BRONZE, “O Problema da Analogia *Iuris* (algumas notas)”, in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 265-280, que sustenta que: as ponderações analógicas têm um carácter *iuris* e não meramente *legis*, porque o pano de fundo a ter em conta é, na sua totalidade, a constituenda normatividade jurídica e não um simples critério pontualmente considerado; é difícil compreender a distinção entre a analogia *legis*, segundo a qual uma norma legal que regula certo problema é utilizada para a resolução de um outro problema, e a analogia *iuris*, em que o critério mobilizado para solucionar o problema omissivo é um princípio geral de direito, pois toda a realização do direito implica uma adequadamente compreendida analogia *iuris*, ou seja, um raciocínio analógico metodologicamente relevante e não se detecta qualquer diferença significativa entre ambas – toda a analogia é autêntica analogia *iuris*.

pretendida por Célia Reis¹⁵ (apesar de esta autora, na verdade, sustentar uma interpretação abrogante lógica, que poderá fazer menos sentido caso se conclua que uma abrogação lógica não existe nesta hipótese ou que na situação em análise estará essencialmente em causa uma abrogação valorativa que alguns fazem equivaler na prática¹⁶ a uma interpretação correctiva¹⁷), que, aliás, impos-

¹⁵ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

¹⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 429-430.

¹⁷ Nem sempre os autores distinguem a interpretação correctiva da interpretação abrogante e lhes atribuem conteúdo e função idênticos. Contudo, fazem aquela distinção, por exemplo, MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Mem Martins: Europa América, 1994, pp. 59-60, da seguinte forma: na interpretação correctiva (em princípio inadmissível) “o sentido real é afastado, modificado ou corrigido pelo intérprete com fundamento em injustiça, inopportunidade ou inconveniência”, ao passo que na interpretação abrogante “o intérprete reconhece que o sentido da lei é indecifrável, que é impossível apreender o seu conteúdo”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pp. 730-731, refere-se à interpretação correctiva como forma de adequar a letra ao pensamento legislativo, ao passo que na interpretação abrogante se constata que, por razões genéticas ou supervenientes, certa disposição legal não tem conteúdo. Também o parece fazer JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 186, ao distinguir, por um lado, a interpretação correctiva como forma de interpretação que pretende alcançar o fim visado pelo legislador em situações de “*fórmulas legislativas abortadas ou de verdadeiros lapsos*”, e, por outro lado, a interpretação abrogante “*quando entre duas disposições legais exista uma contradição insanável*”. Ainda que num sentido diferente, também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 381-384, distingue a interpretação abrogante da interpretação correctiva, embora vendo ambas como hipóteses de desconsideração da regra jurídica e recusando a inclusão de conflitos normativos na interpretação abrogante: na interpretação abrogante a regra é desconsiderada por força de “*um acto de comunicação falhado*”; na interpretação correctiva (*contra legem sed secundum ius*) a regra é desconsiderada por via da “*aplicação da lei a um caso que ela exclui*” ou da “*não aplicação da lei a um caso que ela abrange*”, justificando-se essa desconsideração “*pela incompatibilidade da fonte com valores jurídicos fundamentais*”. De igual modo, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, in *Digesta*, vol. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 337-377 (367-368), e *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 107-108, refere-se de forma distinta a ambos os resultados da interpretação, escrevendo, a respeito da interpretação abrogante ou revogatória, que esta se justifica quando, por força do recurso a uma expressão absolutamente incorrecta ou em virtude de o texto enunciar um sentido absolutamente incompatível (contraditório) com o pensamento normativo, seja de todo impossível a conciliação entre a expressão verbal ou a letra e o pensamento normativo ou o espírito e, a respeito da interpretação correctiva, que, através deste resultado, “*se admite que o intérprete sacrifique (corrija) o texto da lei para realizar a intenção prática da sua norma sempre que, em virtude desde logo da alteração das circunstâncias que houvessem sido determinantes da previsão e da formulação expressa da lei, o respeito pelo teor verbal implicasse a frustração daquela intenção prático-normativa*”. Este parece ser igualmente o sentido que MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., p. 33, atribuía à interpretação correctiva: o legislador quis a norma como ela está no texto mas equivocou-se, já que a mesma abrange outros

sibilitaria a transmissão, por morte do ofendido, do direito à constituição como assistente aos seus familiares nos crimes semi-públicos e particulares¹⁸.

II. Os argumentos de Paulo de Sousa Mendes legitimam o entendimento segundo o qual a redação do artigo 68.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, no que tange à transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente, está longe de ser considerada perfeita ou, se se preferir, terá sido criado “*um problema, que resulta de uma infelicidade legislativa*”¹⁹.

Todavia, a posição que o autor assume conduz a uma solução que, aparentemente, será pouco aceitável – que consiste em sustentar a inexistência de uma base legal para a transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos – e tem uma consequência que Paulo de Sousa Mendes também não parece aceitar – a de se verificar aqui um problema decorrente “*de uma infelicidade legislativa*” que não é solucionável e que é, até, contrária ao resultado pretendido pelo legislador.

Com efeito, a posição referida conduz à recusa da transmissibilidade por morte, nos crimes públicos, do direito à constituição como assistente, apesar de a transmissão ser claramente admissível em relação aos crimes semi-públicos e crimes particulares.

Ora, como referiu Célia Reis, uma interpretação que leve à recusa de transmissão do direito à constituição como assistente em caso de morte do ofendido num crime público, para além de ser contrária à tradição do processo penal português, “*conduziria a uma inaceitável contradição teleológica*” decorrente da possibilidade de intervenção de particulares em crimes de menor gravidade e de recusa dessa possibilidade de intervenção em crimes mais graves²⁰.

3. Uma perspectiva de solução alternativa

3.1. *Pontos de partida*

I. Para Paulo de Sousa Mendes o problema não é ultrapassável, quer recorrendo à *analogia legis* com as situações de transmissão por morte nos crimes

casos para os quais a estatuição é desapropriada, insatisfatória e injusta, como sucede nas situações de casos supervenientes ou de evolução posterior de que não se suspeitava, mas que o legislador, se o pudesse ter feito, certamente teria formulado a norma noutros termos.

¹⁸ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 135.

¹⁹ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 136.

²⁰ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 16-17.

semi-públicos e particulares, quer adoptando a proposta de correcção da alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal (seja por via da interpretação correctiva ou por intermédio da chamada “abrogação lógica”) sustentada por Célia Reis²¹.

Contudo, não é certo que exista verdadeiramente uma lacuna jurídica e que, a existir tal lacuna, a via do recurso à analogia *legis* esteja, sem mais, afastada.

Em geral, considera-se que uma lacuna apenas ocorre quando seja possível identificar uma situação que reclama uma solução jurídica, mas não se detecta uma norma ou regra jurídica que a permite resolver²². O problema surge no pressuposto de o sistema estar dotado de alguma abertura²³ e é identificável somente quando o caso não está abrangido por qualquer das interpretações que

²¹ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., pp. 135-136.

²² ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 339.

²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., p. 737. Essa é também a forma como MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., pp. 28-29, colocou o problema que considera ser das inevitáveis lacunas da previsão ou da regulação legislativa. Sobre a abertura e o dinamismo do sistema jurídico, cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 103-126, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 643 (“*é nítido que o sistema, mesmo o externo ou conceptual, nem é nem pode ser um sistema logicamente fechado; uma vez que tem de estar «aberto» para novas construções jurídicas, bem como para novos conhecimentos jurídicos, e que, por esse motivo, ele próprio tem por sua vez de ser comprovável enquanto padrão para uma determinada teoria, se se não chegar entretanto a uma resolução «plausível», terá de ser revisto*”), e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 233. Já ANTÓNIO JOSÉ BRANDÃO, *Vigência e Temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*, vol. II, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001, pp. 291-297, depois de ponderar a acepção corrente e o significado do vocábulo latino, referiu o seguinte a respeito das diferentes perspectivas em relação às lacunas e que revelam uma posição favorável à abertura do sistema: segundo o realismo ingénuo, trata-se de casos que o legislador não previu na estruturação lógica dos acontecimentos reais, ontologicamente necessários, enunciados pela lei; segundo o empirismo científico, não existem lacunas, sob pena de o ordenamento jurídico ser impensável e de o sistema de direito positivo não poder ser visto como uma totalidade ou como possuindo uma plenitude lógica, sendo certo que do conceito de ordenamento jurídico parece fazer parte a interpretação jurisprudencial, ou seja, considera-se o juiz integrado no ordenamento jurídico; segundo uma terceira via intermédia, só a lei é lacunar, mas já não o direito, o que tornaria então justificável a proibição de denegação de justiça pelo juiz com fundamento em falta ou obscuridade da norma expressa aplicável, mas suscitaria a questão de saber qual a diferença entre direito e lei e como se poderia pensar a lei sem aludir ao direito; uma quarta via – pragmática – considera que embora o direito tenha lacunas, em virtude da falibilidade do legislador positivo, devemos actuar como se as mesmas não existissem, pelo que deverá o intérprete declarar o direito como se fosse legislador.

o texto comporta ou não existe norma jurídica aplicável²⁴. Dito de outro modo, a lacuna só se verifica nas hipóteses em que não pode ser inferida de qualquer fonte de direito uma regra para regular um caso, sendo certo que o caso exige uma regulamentação²⁵ que se considera imprescindível por incidir sobre matéria que o direito não pode ignorar²⁶.

Se não existir verdadeira lacuna (casos para os quais a lei não dê resposta imediata²⁷ ou não forneça uma regra jurídica²⁸ e cuja falha é entendida como insuportável por ser contrária ao ordenamento jurídico, pois trata-se de matéria que tem de ser prevista e regulada pelo direito²⁹) também não se impõe a necessidade de qualquer actividade de integração³⁰ (ou de interpretação em sentido amplo³¹), designadamente por recurso à analogia³², bastando proceder, muitas

²⁴ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 165.

²⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 385 e 387. Sobre o sentido dessa exigência, escreveu KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 281: “não podemos falar duma lacuna no Direito (positivo) logo que neste não exista uma regulamentação cuja existência nós representamos. Não nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que sentir a sua falta, se queremos apresentar a sua não-existência como uma «lacuna»”.

²⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 66.

²⁷ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: Petrony, 1994, p. 237.

²⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 385.

²⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 65–66. Não se trata assim de um espaço livre de direito, mas de um espaço livre contrário ao sistema, na medida em que a ciência do direito para ele reclama uma saída jurídico-positiva – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., p. 740. Sobre o espaço livre de direito, aquilo que o mesmo inclui e a circunstância de constituir um valor em si mesmo e que deve ser defendido, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 66, e, para uma discussão do tema com maior desenvolvimento, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 207 e segs..

³⁰ Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pp. 740–741, por vezes nem será necessária ou possível a intervenção do tribunal, por se tratar de um espaço livre de direito não lacunoso, sendo uma falha quando muito imputável a um juízo jurídico-político.

³¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 11.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 237–238. Neste sentido, escrevia já LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 161: “a actividade intelectual desenvolvida pelo jurisconsulto para realizar este fim, é ainda uma forma de interpretação; porém, só em sentido lato. Aquilo que se trata agora de interpretar, não é já uma lei determinada, mas todo um sistema jurídico e legislativo ao qual se vai pedir um princípio aplicável ao caso omissio”.

³² KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 280, referiu a esse propósito: “Na medida em que a interpretação baste para responder às questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso. Pelo contrário, a «analogia» possui já uma função integradora. Ela não exclui as lacunas, mas fecha-as e colmata-as”. Todavia, defendendo, na linha de CASTANHEIRA NEVES (*Metodologia Jurídica: Problemas Fundamen-*

vezes, a um alargamento da letra da lei através do recurso à chamada “interpretação extensiva” (ou *praeter literam*)³³. Ainda que dificilmente se consiga distinguir, num plano lógico e num plano metodológico, as tarefas de interpretação e integração e também a interpretação extensiva e a analogia³⁴, a verdade é que

tais, cit., p. 272: “na interpretação, como no momento da concreta realização do direito e em todo o processo metodológico dessa realização, concorrem momentos analógicos e não se pode assim dispensar nunca a analogia”), que a analogia não releva apenas no âmbito da integração de lacunas, sendo “um vector nuclear da própria realização judicativo-decisória do direito por mediação de redensificantes apoios (critérios os fundamentos) ... pré-disponibilizados pelo sistema jurídico”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 951-952.

³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., p. 729. Não parece ser outro o sentido que MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 64-65, atribuem à diferença entre interpretação e integração, ao escreverem: “A interpretação supõe sempre a existência da lei. Busca-se o conteúdo ou o sentido real de algo que existe. Nem mesmo a interpretação extensiva, talvez a mais problemática das formas de interpretação, prescinde da lei porque nem mesmo ela se pode desenrolar à margem dos elementos da interpretação. Pretende-se ainda descobrir o sentido da norma que se sabe que aquela encerra. Não há, portanto, lacuna.”

³⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., pp. 191-193, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, cit., pp. 337-377 (a interpretação em sentido amplo ou global abrange a integração das lacunas, ao ponto de se poder dizer que não é possível separá-las formalmente e significando então que interpretação extensiva e analogia deixaram de ser rigorosamente delimitáveis; não há diferença de princípio entre interpretação extensiva e integração de lacunas através da analogia; os momentos da interpretação, integração e aplicação, embora sejam logicamente distintos em abstracto, encontram-se metodologicamente integrados em concreto, já que entre eles se verifica uma indivisível solidariedade), e *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 39-42 (a interpretação não é rigorosamente diferenciável da integração de lacunas), e *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 265-272, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 952 (“se o pensamento jurídico tradicional compartimentava estritamente a interpretação e a integração, hoje tende a sustentar-se um continuum entre ambas”). Essa era já também de alguma forma a posição de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., p. 29, ao referir que o problema das lacunas “se pode irmanar com o antecedente, num conceito amplo de interpretação”. Na mesma linha, criticando a distinção rigorosa entre interpretação extensiva e analogia, cfr. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 294: “Seguramente [...] que a linha limítrofe entre a interpretação (especialmente a interpretação extensiva), por um lado, e a analogia, pelo outro, é fluída”. A propósito da reforma do direito penal alemão, também o referiu MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, “A Reforma do Direito Penal Alemão”, in *Obra Dispersa*, vol. I, Lisboa: UCE, 1996, pp. 69-81 (76), sustentando que, além de ser difícil em teoria a separação entre a interpretação extensiva e a analogia, na prática é quase impossível demarcar rigidamente as respectivas fronteiras. Assim, ainda, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, cit., p. 166. A jurisprudência (Ac. RC de 18.05.2012, Proc. 885/09.5T2AVR.C1 (HENRIQUE ANTUNES), disponível em www.dgsi.pt), ainda que reconheça que se tratará do mesmo processo lógico, não deixa de referir: “decerto que integração e interpretação são momentos, ambos, do processo metodológico de aplicação fundamentalmente unitário. Todavia, nada disto deve fazer esquecer que existem processos hermenêuticos cuja conclusão se mantém no quadro dos significados comuns atribuídos às palavras utilizados pelo legislador e processos cuja conclusão

só será necessário colmatar uma falha de previsão ou regulamentação, nomeadamente por via da analogia (ou *praeter legem*), quando se possa afirmar a ocorrência de uma lacuna, entendida esta como a ausência de uma resposta a uma questão jurídica³⁵ ou a falta de uma regra jurídica aplicável ao caso em matéria submetida à tutela jurídica³⁶.

Através da analogia procede-se a um alargamento do espírito da lei³⁷ e não apenas a um alargamento da letra (ou do texto) da lei como na interpretação extensiva³⁸, que, tendo em conta a possibilidade de formular um juízo de similitude e a ocorrência de uma lacuna, se justifica, além do mais³⁹, por razões de coerência normativa ou justiça relativa e de certeza jurídica⁴⁰. Esse alargamento

o ultrapassa". Contudo, como bem acentuou ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 265-270, a referência aos significados comuns atribuídos às palavras utilizadas pelo legislador faz recordar uma proposta de distinção assente numa hermenêutica determinação do espírito correspondente ao âmbito da norma, que se procura alcançar por referência à vontade do legislador e à letra da lei, sendo certo que não é possível atribuir à letra da lei um sentido pré-determinado, nem um valor hermenêutico autónomo; aquela visão esquece que a interpretação é resultado e pressuposto da analogia e que, embora distinguíveis provisoriamente, a interpretação e a analogia formam entre si uma unidade na dinâmica e no resultado.

³⁵ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 194.

³⁶ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit., p. 163.

³⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, cit., p. 262.

³⁸ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 195: "a interpretação se deve manter sempre de qualquer modo nos limites do «sentido literal» e, portanto, que pode quando muito «forçar» estes limites, mas nunca ultrapassá-los. Para além de tais limites já não há interpretação extensiva mas, quando muito, «analogia»". Mais rigorosamente poderá dizer-se o seguinte sobre a diferença entre a analogia e a interpretação extensiva (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 406): "mesmo com a interpretação extensiva da fonte imposta pelos elementos não literais da interpretação, a fonte não abrange o caso omissivo; portanto, este caso só pode ser resolvido através da aplicação analógica da regra inferida da fonte. A interpretação extensiva da fonte possibilita a construção de uma regra para além do significado literal dessa fonte; esta regra tem, como todas as regras, um âmbito de aplicação; a aplicação analógica da regra que foi inferida da fonte reporta-se a um caso que está fora deste âmbito, ou seja, é utilizado para integrar uma lacuna. Portanto, a analogia que se utiliza para integrar a lacuna começa onde acaba a interpretação extensiva".

³⁹ Alguma jurisprudência (Ac. RL 18.04.2012, Proc. 4230/09.1TTLSB.L1-4 (LEOPOLDO SOARES) e Ac. RP de 27.04.2015, Proc. 339/14.8TTMAI-A.P1 (EDUARDO PETERSEN SILVA), ambos disponíveis em www.dgsi.pt) refere-se também, mas julga-se que sem pretensão de rigor e de limitar as justificações, à existência de razões de paz jurídica e à proibição do *non liquet* do artigo 8.º do Código Civil.

⁴⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 202, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pp. 758-759. Nesse sentido, já KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 293, referia que "o argumento jurídico da analogia não se nutre apenas da sua segurança lógica e da sua aplicabilidade jurídico-prática baseada na «semelhança jurídica», mas mergulha as suas raízes ainda mais profundamente no chão do Direito". Sobre as divergentes posições acerca do fundamento normativo da analogia, mas insistindo, de acordo com uma visão

constitui um processo geral do pensamento⁴¹ e também um modo natural de resolver, da mesma forma, situações que (ainda que diversas⁴²) podem ser consideradas idênticas do ponto de vista valorativo ou axiológico⁴³. Localizado um caso análogo e a solução que para ele foi adoptada, importa descortinar, na norma candidata à aplicação analógica, aquilo que se designa por “núcleo duro valorativo” e depois verificar “*se as similitudes entre o caso regulado e o caso eventualmente análogo se podem situar no núcleo duro em jogo*”⁴⁴.

Assim sendo, não parece que a proibição da analogia tenha de ter o alcance que lhe é assinalado⁴⁵.

de não identificação da juridicidade com a normatividade imanente ao sistema jurídico, que o fundamento verdadeiro e decisivo não pode deixar de ser o princípio da igualdade normativa ou da universalidade prática, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 255-256. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., pp. 30-32, falava de uma ideia de igualdade-proporcionalidade, como ingrediente essencial do conceito de justiça, considerando que também teria intervenção um princípio de coerência racional e um princípio de acatamento pela vontade do órgão legiferante.

⁴¹ Referindo também que a convocação da analogia integra uma característica de todos os tipos de pensamento, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., p. 238, e ainda FERNANDO JOSÉ BRONZE, “O Problema da Analogia *Iuris* (algumas notas)”, cit., p. 267, que sustenta que a analogia é um tipo de raciocínio recorrente no pensamento humano em geral e no pensamento jurídico em particular.

⁴² Essa diversidade entre o caso omissis e o caso previsto assenta em aspectos considerados irrelevantes para a regulamentação jurídica (cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 239). Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., p. 756, “*os casos não são análogos por qualidades inatas ou intrínsecas de que, porventura, disfrutem; são-no porque, axiologicamente, a similitude é fixada*”.

⁴³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 446-447. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 35, escreveu que a analogia “*traduz-se fundamentalmente na transposição, para as hipóteses omissas, das estatuições formuladas na lei a propósito de casos previstos, quando uma e outros razoavelmente – atenta a semelhança dos interesses em jogo – mereçam a mesma regulamentação*”. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 290, também escreveu: “*Para que exista uma conclusão de analogia juridicamente admissível, requer-se a prova de que o particular, em relação ao qual a regulamentação falha [...], tenha em comum com o particular para o qual existe regulamentação [...] aqueles elementos sobre os quais a regulamentação jurídica [...] se apoia*”. De igual modo, MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 70, acentua que a similitude material dos factos é irrelevante, mas já não a sua caracterização pelo direito. Não obstante, a analogia constitui uma operação simultaneamente lógico-formal e axiológica ou teleológica – ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 346.

⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pp. 757-758.

⁴⁵ Ainda que, como referiu MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, “A Reforma do Direito Penal Alemão”, cit., p. 76, se tenha tentado estender a proibição à interpretação extensiva, a fim de evitar uma interpretação tendenciosa de aplicação universal. Parecendo, contudo, manter essa extensão da proibição às hipóteses de interpretação extensiva *in malam partem*, invocando, não só dificul-

Desde logo, porque tal proibição faz sentido sobretudo no domínio dos chamados “sistemas ou subsistemas completos ou fechados”⁴⁶, em que, devido ao facto de todo o caso neles encontrar solução (serem completos) ou de os mesmos conterem uma regra que exclui a aplicação analógica a casos omissos (serem fechados), não se consegue afirmar a existência de uma identidade de razões jurídicas⁴⁷.

Ora, no domínio do direito penal, em que, ao contrário do que sucede no direito civil, não se verificará uma potenciação da interpretação (e muito menos da integração) analógica⁴⁸ dos tipos incriminadores atentos a natureza fragmentária, o princípio do mínimo de intervenção e a função de garantia do tipo legal de crime⁴⁹, nem toda a doutrina admite vigorar (mesmo como regra ou restrita a uma interpretação desfavorável ao agente, ou seja, *in malam partem*) qualquer proibição geral da analogia⁵⁰ e, de qualquer modo, ainda que vigore

dades (práticas e materiais) de distinção, como razões de garantia política (ou segurança jurídica) inerente ao princípio da legalidade, cfr. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, in *Textos de Direito Penal*, tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 5-63 (62) e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, cit., pp. 166-167.

⁴⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 392-393. Os sistemas fechados são considerados imunes a lacunas – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., p. 742.

⁴⁷ MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 70.

⁴⁸ Não obstante, reflectindo sobre a proibição de analogia e a possibilidade de recurso à interpretação extensiva em matéria penal, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, cit., pp. 58-63, escreveu o seguinte: a proibição de integração através da analogia seria uma consequência, “além do mesmo princípio democrático e representativo que fundamenta a reserva de lei, a consideração de política criminal de que o julgamento a partir e sob a impressão emocional do caso concreto não garante a distância – e racionalidade – que a apreciação abstracta pelo legislador facilita”, o que já não se verificaria em relação à possibilidade de utilização de raciocínios por analogia para a interpretação; em todo o caso, uma “interpretação que vá além do sentido possível das palavras” (a interpretação extensiva) deve considerar-se proibida, por ser “incompatível com o fundamento da segurança jurídica do princípio *nullum crimen nula poena sine lege*, embora não esteja, em rigor, abrangido por ele”.

⁴⁹ JOSÉ FÁRIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 132-133. Ou, noutra formulação (cfr. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, cit., p. 58), “as fontes permitidas de direito penal regulam exclusivamente a fundamentação positiva de penas e de medidas de segurança”, pelo que “se diz que o direito penal não tem lacunas, tem carácter fragmentário, é uma ordem jurídica completa ou fechada”.

⁵⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 448, nota 676. Aliás, como refere ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O Princípio da Legalidade Criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Digesta*, vol. 1.^o, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 348-473 (387-388), “[s]ão efectivamente muitas as dúvidas sobre a viabilidade do cumprimento do princípio”, as quais decorrem: a) das dificuldades “de definir quem ou sem interpretação os limites prescritivos da norma legal incriminadora”; b) das dificuldades “quanto ao critério hermenêutico-metodológico que para tanto se haveria de considerar decisivo” e “mesmo quanto à possibilidade de delimitar ou pré-determinar [...]”

essa proibição (dessa forma reforçando que as lacunas serão neste ramo do direito intencionais e representarão um espaço livre de interpretação que não carece de integração)⁵¹, poderá ser forçado estender o alcance dessa proibição ao domínio (estritamente) processual⁵². O que se costuma assinalar é sobretudo a existência de limites à analogia⁵³ nas chamadas normas penais positivas⁵⁴, identificadas com

a interpretação da analogia no continuum metodológico da concreta realização do direito"; c) das dificuldades relativas ao “*próprio sentido da distinção metodológica entre interpretação e analogia*”; d) das dificuldades inerentes à “*validade de identificar com a analogia ou a integração analógica toda a incriminadora integração constitutiva por que o juiz se decidiu, mesmo sem abandonar uma referência indirecta à norma*”. Dando também nota da rejeição de uma proibição estrita de analogia no direito penal por ARTHUR KAUFMANN, cfr. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 346, nota 8. Interpretando de forma menos ampla a crítica de CASTANHEIRA NEVES à proibição de analogia em direito penal, por considerar que o mesmo no rigor se limita, tal como BAPTISTA MACHADO, a recusar a existência de uma diferença substancial entre analogia e interpretação extensiva, cfr. JOSÉ FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, cit., p. 219 e nota 293. Criticando as posições de KAUFMANN e CASTANHEIRA NEVES no sentido de se relativizar a proibição de analogia em direito penal, por considerar que essa conclusão não é uma decorrência (antes pelo contrário) da dificuldade de distinguir entre interpretação e analogia e por entender que nas situações em que se verifica uma lacuna na incriminação ou na agravamento da punibilidade a mesma terá um significado intencional (será espaço livre de direito penal) e não fará por isso sentido proceder à sua integração, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 415-419.

⁵¹ AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, cit., p. 418.

⁵² ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O Princípio da Legalidade Criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, cit., p. 351, nota 7, que refere que o princípio da legalidade, “*ainda nas suas implicações mais rigorosas, como a proibição da analogia in malam partem continua a ser referido pelo pensamento dominante apenas ao direito criminal material e não já ao direito processual*” e que a questão deverá porventura antes “*resolver-se noutra sede, não por referência ao princípio nullum crimen, mas com fundamento no princípio da «reserva da lei» a impor a todo o direito público que envolva ataque ou diminuição de direitos ou interesses dos cidadãos*”. Noutro sentido, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, cit., p. 12, parece reconduzir os aspectos judiciais e processuais da garantia dos direitos individuais a uma explicitação do princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal.

⁵³ Justificados por aquilo que pode ser designado por tessitura geral do direito penal (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pp. 762-763).

⁵⁴ Aliás, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 192, e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, cit., p. 168, restringem a proibição da analogia à analogia *in malam partem*, que identificam com a analogia incriminatória e a agravante da responsabilidade penal, ou seja, com a analogia que sirva para fundamentar ou agravar a responsabilidade penal.

as normas incriminadoras (em sentido amplo - primárias e secundárias)⁵⁵ e que se encontram sujeitas à proibição decorrente do artigo 1.º, n.º 3 do Código Penal e do artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4 da Constituição da República Portuguesa⁵⁶. Tal não parece suceder no caso da alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, embora algumas normas relativas à constituição como assistente sejam por vezes entendidas pela doutrina, designadamente para efeitos da aplicação da lei processual no tempo e de determinação do regime aplicável, como exemplos de normas processuais materiais, o que permitiria nesse caso sujeitá-las ao princípio da legalidade criminal (e assim ao regime do artigo 2.º do Código Penal e do artigo 29.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa e não do artigo 5.º do Código de Processo Penal, que ficaria reservado apenas para as normas processuais em sentido estrito ou processuais formais⁵⁷), por se entender então que, tal como as demais normas processuais materiais, representam “*uma verdadeira pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito*”⁵⁸. Aliás, há mesmo quem assinala que fora das normas penais positivas é a própria legislação penal que se socorre da analogia⁵⁹ e que não será através de uma discriminação entre “analogia legítima” e “analogia ilegítima” que o princípio da legalidade criminal será garantidamente cumprido⁶⁰.

De igual modo, a proibição da analogia também não será decorrente de uma suposta excepcionalidade da norma que prevê a transmissão por morte do direito à constituição como assistente, tanto mais que, embora o artigo 11.º do Código Civil sugira literalmente o afastamento da aplicação da analogia em caso de normas excepcionais, a analogia pode ser exigida por princípios

⁵⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º vol., 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 1984, pp. 329, nota 421, e 405.

⁵⁶ ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 349. Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 241-242. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., p. 761, restringe a proibição no direito penal à qualificação de factos como crimes. No caso de ARTHUR KAUFMANN, a visão assumida sobre o pensamento analógico conduz a restringir o limite da analogia mesmo no direito penal ao que consta do tipo de ilícito que está na base da hipótese legal (cfr. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 346, nota 8).

⁵⁷ Apesar de o artigo 5.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal também incluir um critério aparentemente material, embora distinto da pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito: o do “*agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa*”.

⁵⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit., pp. 62-67, anotação ao artigo 68.º.

⁵⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 399.

⁶⁰ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O Princípio da Legalidade Criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, cit., pp. 348-473, e a conclusão em *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., p. 276.

fundamentais a que o legislador também deve obediência mesmo tratando-se de normas excepcionais⁶¹ e esse afastamento só terá de ocorrer nas situações de excepcionalidade substancial e não de excepcionalidade meramente formal (em que a regra geral é contrariada, mas não o são os valores fundamentais do sistema jurídico, ou a solução encontra apoio em outros valores fundamentais), ou seja, a analogia só não será admissível quando se esteja perante regras singulares que visam alcançar uma utilidade especial ou particular e que, por isso, contrariam um princípio fundamental do direito ou uma razão geral⁶².

Ora, no caso em apreço, não parece que exista qualquer princípio fundamental ou razão geral que justifique a adopção de uma orientação restritiva em relação à constituição como assistente⁶³, verificando-se, ao invés, não só a inclusão da intervenção do ofendido nas garantias constitucionais do processo criminal e um certo estímulo à constituição como assistente promovido pelo legislador⁶⁴ (sem que isso deva significar esquecer que a actuação do assistente acresce à do acusador público, o que não favorece propriamente o arguido, que fica com dois potenciais acusadores contra si) possivelmente por se ver nele “*um agente na realização do princípio da separação de poderes*”⁶⁵, como também um tendencial reconhecimento da vigência de um conceito amplo de ofendido, com “*consideráveis vantagens político-criminais*” e que contribui “*para a realização de um processo penal mais justo, coerente e pacificador*”⁶⁶.

II. No que tange à proposta de Célia Reis de correcção da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal (seja por via de uma interpretação

⁶¹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 274-276.

⁶² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 451-452, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 400-401.

⁶³ PAULO DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 184, reflectindo sobre se a possibilidade conferida pelo artigo 68.º, n.º 1, alínea *e*) do Código de Processo Penal constitui um imperativo constitucional, responde negativamente mas conclui também o seguinte: “*as restrições à constituição de assistente não se apresentam como a via mais adequada para prevenir legislativamente desvios e disfunções proporcionados pela figura do assistente, nomeadamente a sua instrumentalização para fins estranhos aos objectivos político-criminais que presidiram à consagração desse sujeito processual, em especial enquanto instrumento de controlo dos poderes públicos e de impulso da acção penal relativamente a tipos criminais que protegem interesses difusos ou valores fundamentais da ordem jurídica nacional*”.

⁶⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 48 e 50.

⁶⁵ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “*Algumas Reflexões sobre o Estatuto do Assistente e seu Representante no Direito Processual Penal*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 5, 1995, II, pp. 153-171 (157).

⁶⁶ AUGUSTO SILVA DIAS, “*A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente*”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 55-65.

correctiva ou através de uma abrogação lógica), vale a pena analisar com maior detalhe as possíveis razões para a sua recusa.

Várias são as modalidades ou espécies de interpretação quando esta é analisada do ponto de vista do seu resultado (que pode ser convergente ou discordante⁶⁷), importando aqui referir sumariamente apenas duas delas: a chamada “interpretação restritiva” (sobejamente conhecida e aplicada, sem rebelião contra o legislador e procurando reintegrar a sua vontade⁶⁸ através da coincidência da letra com o espírito, nos casos de falta de coincidência entre o resultado da interpretação literal, mais amplo, e o resultado da interpretação lógica, menos amplo), e as chamadas “interpretação correctiva” e “interpretação abrogante” (de princípio, ambas consideradas ilícitas por serem havidas pela generalidade da doutrina⁶⁹ como sinónimas, nomeadamente em termos de desconsideração da regra jurídica e da sua admissibilidade).

Só estas últimas interessam para a discussão visada, pois na interpretação restritiva mantém-se essencialmente íntegro o conteúdo normativo da lei⁷⁰ e o que se procura é, em obediência às valorações da lei⁷¹, restringir o significado da letra da lei para o harmonizar com o respectivo pensamento, sendo certo que a interpretação correctiva e a interpretação abrogante procurarão levar, embora com fundamentos diferentes, essa restrição às últimas consequências quando a mesma se justifique por uma contradição que não é possível remover de outra forma⁷².

⁶⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, cit., 2001, p. 250. Ou seja, a reconstituição do pensamento legislativo pode originar situações de coincidência ou falta de coincidência entre o significado literal da lei e o espírito da lei – MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 373.

⁶⁸ Daí a sua inserção nas hipóteses de interpretação reconstrutiva do significado da lei a partir do texto com apoio no espírito da lei – MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 377-380.

⁶⁹ Não no caso, por exemplo, de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 429-430, que só considera uma das modalidades de interpretação abrogante (a abrogação valorativa), mas já não a outra (a abrogação lógica), ilegítima.

⁷⁰ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., p. 33.

⁷¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 424.

⁷² Referindo-se à interpretação correctiva e diferenciando-a da interpretação restritiva, escreveu MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., pp. 33-34: “O remédio só pode ser este: consentir que o intérprete vá limitar essa norma, subtraindo-lhe os casos em vista, para depois serem regulados como couber – em geral, como casos omissos, e portanto segundo os critérios de integração já sabidos. Mas aqui não se trata de corrigir, restringindo-as, só as palavras da lei. Trata-se de lhe rectificar o próprio pensamento. O legislador quis na verdade a disposição em toda a largueza dos seus termos (assim, por ex., para os contratos em geral), mas ao pensá-la desse modo não se deu conta de que ia atingir certos casos (por

A interpretação correctiva e a interpretação abrogante, ainda que tenham justificações distintas⁷³ ou sejam hipóteses diferentes⁷⁴, traduzem ambas, segundo doutrina recente, formas de desconsideração de uma regra jurídica⁷⁵, pelo que, no que a elas respeita, se podem apontar os perigos inerentes à substituição da lei pelos juízes, com fundamento em alegados equívocos da lei e do legislador, arvorando-se, assim, aqueles em legisladores⁷⁶, o que justifica, segundo alguns autores, a sua utilização prudente apenas em casos de exigência da consciência jurídica⁷⁷ ou até a sua rejeição quando se apresente como uma alteração do sistema normativo ou uma valoração em substituição do legislador não admitida pelo ordenamento jurídico⁷⁸.

III. Em todo o caso, julga-se ser possível encontrar uma solução alternativa, a qual passa, desde logo, por dar um sentido útil às normas habitualmente convocadas (em especial, às alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal⁷⁹) e, ao mesmo tempo, por lhes atribuir um sentido que as torne compatíveis entre si.

Tal sentido deve ser construído tomando em consideração as chamadas de atenção feitas por Célia Reis em relação à posição tradicional⁸⁰ e as observa-

ex., alguns contratos) para os quais a reputaria totalmente indesejável. Com base nisso o intérprete vai tirá-los do âmbito da disposição, corrigindo-lhe a própria substância do preceito e não apenas o enunciado verbal”.

⁷³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, cit., pp. 367-368, e *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 107-108.

⁷⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pp. 730-731.

⁷⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 381-384.

⁷⁶ Daí que seja correcta a afirmação de KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 340, segundo a qual “*aqui, a «interpretação» transforma-se sem dúvida numa correcção disfarçada das tendências do próprio legislador*”.

⁷⁷ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit., pp. 160-161, nota 1. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., p. 34, falava mesmo em situações em que a inadequação do resultado a que sem a correcção se chegaria “*se mostra verdadeiramente intolerável, tudo fazendo crer que o mesmo legislador o arredaria escandalizado, sancionando pressuroso e agradecido aquele expediente*”.

⁷⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 425-427 e 428-431.

⁷⁹ “1 – Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: a) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos; b) As pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento; c) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime”.

⁸⁰ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 11 e segs..

ções críticas de Paulo de Sousa Mendes relativamente à tentativa de solução apresentada por Célia Reis e que aparentemente conduzem, na sua opinião, à conclusão segundo a qual não existirá uma base legal (segura) para sustentar a transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos, mesmo que esse não tenha sido, na verdade, o resultado pretendido pelo legislador⁸¹.

3.2. *A estratégia de compatibilização das posições em confronto*

Uma perspectiva alternativa, em relação ao problema da transmissão por morte do direito à constituição como assistente, poderá passar por tentar compatibilizar as diversas posições doutrinárias em confronto, tendo em consideração os respectivos aspectos essenciais.

No caso de Germano Marques da Silva, o essencial da sua posição traduz-se em ver na alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal a base legal para todas as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente, seja qual for a natureza do crime em causa⁸².

Por seu turno, Célia Reis procura atribuir um sentido útil à alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, a qual, na sua opinião, não pode deixar de conter a regulação das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares⁸³.

Por fim, Paulo de Sousa Mendes sustenta uma posição que, embora concluindo não existir base legal (segura) para as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos, na verdade apela à identificação de uma solução para este problema (cujo resultado o legislador, aliás, não terá querido, em sua opinião) que não imponha o recurso a uma *analogia legis* proibida pelo princípio da legalidade ou à correcção (mais ou menos extrema) da norma⁸⁴.

⁸¹ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., pp. 135-136.

⁸² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

⁸³ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 13-14.

⁸⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., pp. 135-136.

3.3. A alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal como base legal das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente

I. As posições de Germano Marques da Silva e de Célia Reis têm um mérito prático inegável quando confrontadas com a posição de Paulo de Sousa Mendes.

Para aqueles autores todas as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente encontram base legal, assentando ela exclusivamente na alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, como defende Germano Marques da Silva⁸⁵, ou assentando ela, como sugere Célia Reis⁸⁶, na alínea b) (para os crimes semi-públicos e particulares) ou na alínea c) (para os crimes públicos) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

Seguindo estes autores, parece que o ponto de partida para o problema não poderá deixar de ser o de tentar incluir numa das alíneas do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal (em especial, a alínea c)) as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos.

Porém, esse ponto de partida assume-se também de um outro prisma como necessário: é que, sem ele, chegar-se-ia a um resultado não pretendido e gerador de uma antinomia ou contradição valorativa ou normativa (o que justificaria então, no quadro de uma eventual interpretação abrogativa, o recurso à abrogação valorativa e já não à abrogação lógica) que importará superar, o que todos os autores parecem concordar.

II. Com efeito, e conforme Paulo de Sousa Mendes também reconhece, a solução de exclusão da intervenção do assistente no processo penal nos crimes públicos não traduzirá um resultado querido pelo legislador e esse problema, a existir, resultará de uma infelicidade legislativa.

Além disso, essa é também a solução admitida para os crimes semi-públicos e particulares e não parece ser justificável, em termos valorativos ou normativos, optar por uma solução de exclusão da intervenção do assistente no processo penal quando estejam em causa crimes habitualmente de maior gravidade (os crimes públicos) e de inclusão dessa intervenção quando se trate de crimes normalmente de menor gravidade (os crimes semi-públicos e particulares)⁸⁷.

⁸⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

⁸⁶ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 9-18.

⁸⁷ Costumam ser apontadas diversas razões (essencialmente de política criminal) para a circunstância de o legislador optar por qualificar alguns crimes como públicos, outros como semi-públicos e ainda outros como particulares, sendo a gravidade do crime uma, entre outras, dessas razões –

Caso contrário, teria de admitir-se a vigência no mesmo sistema jurídico de duas soluções que, apesar de idênticas materialmente, são incompatíveis entre si, o que, atenta a unidade normativa do sistema jurídico (que não será apenas lógica ou de sistêmica consistência)⁸⁸, o tradicional princípio da não contradição normativa⁸⁹ ou o chamado “princípio da consistência do sistema jurídico” e os seus corolários⁹⁰, não poderá ser aceite⁹¹.

Ora, a única alínea que se vislumbra como candidata a suportar a inclusão das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos não pode deixar de ser a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, como preconizam Germano Marques da Silva⁹² e Célia Reis⁹³.

3.4. O sentido normativo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal e a não adoção da solução de correção ou de abrogação da norma

I. Contudo, a inclusão das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos não deverá ser feita à custa de um esvaziamento do sentido normativo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal ou à consideração da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal como sendo especial em relação à alínea *b*), como conduz a posição de Germano Marques da Silva⁹⁴ e Célia Reis muito

MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 63-65 -, havendo inclusive quem sustente que o critério de distinção é essencialmente pragmático – GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 249.

⁸⁸ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in *Digesta*, vol. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 95-180 (em especial, 155-180).

⁸⁹ JOSÉ DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 1994, pp. 216-217.

⁹⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 260-261.

⁹¹ Sobre o sistema jurídico e a relevância que a unidade valorativa possui como característica do sistema e emanação e postulado da ideia de direito, cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, cit..

⁹² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

⁹³ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

⁹⁴ Mesmo não sendo totalmente claro, parece ser isso que resulta do pensamento de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282: embora afirmando a sua correspondência com o n.º 2 do artigo 113.º do Código Penal, sustenta a aplicação da alínea *b*) só aos crimes semi-públicos e particulares, mas criando uma contraposição com a alínea *c*), que considera aplicável a todos os crimes em situações de transmissão por morte.

justamente criticou, invocando que, se assim fosse, o legislador teria criado uma norma traduzida em pura letra morta e a relação de especialidade teria de se verificar também em relação às alíneas *a)* e *d)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal⁹⁵.

Além disso, essa inclusão também não deverá ser feita por recurso a uma (inadmissível) correcção ou abrogação lógica (ou outra) da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, como decorre da posição de Célia Reis⁹⁶ que Paulo de Sousa Mendes justamente criticou, ao referir que uma interpretação correctiva (e também uma interpretação abrogante) não poderá ser admitida⁹⁷.

II. Em relação a este segundo aspecto, vale a pena referir que, em rigor, só a interpretação correctiva, enquanto interpretação contra a lei interpretada e, por vezes, também contra os critérios de interpretação da lei (daí a designação de

⁹⁵ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 11-13.

⁹⁶ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18, que no essencial conclui: “*Da análise conjugada das várias alíneas em apreço do art. 68.º, n.º 1, do CPP, bem como da consideração das normas do CP relativas à natureza processual dos crimes, resulta, como demonstrámos, que o alcance literal da al. c) do n.º 1 do art. 68.º do Código de Processo Penal se sobrepõe, parcial e inutilmente, ao da alínea anterior. Por isso, a fim de se evitar a redundância legal, deve proceder-se à abrogação lógica da norma agora interpretada, no sentido de limitar o seu alcance apenas aos crimes públicos*”.

⁹⁷ Embora um dos argumentos utilizados por PAULO DE SOUSA MENDES (*Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 136) para afastar a solução (de abrogação lógica) aventada por CÉLIA REIS não pareça proceder em relação à posição assumida por esta autora: a de que “*isso impossibilitaria a transmissão, por morte do ofendido, do direito à constituição como assistente aos seus familiares nos crimes semi-públicos e particulares*”. Com efeito, recorde-se que, para CÉLIA REIS, a possibilidade de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares resulta desde logo da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal. Em qualquer dos casos, deve reconhecer-se que a própria autora indicou (idem, pp. 17-18 e nota 8) o ponto em que a sua construção fica exposta à crítica: citando OLIVEIRA ASCENSÃO (*O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 428-431), a autora refere que “*o problema não se coloca exactamente na existência de uma contradição lógica entre normas, mas antes na descoberta de uma redundância*”, isto é, o recurso à solução de abrogação lógica neste caso não coincide com a hipótese descrita por OLIVEIRA ASCENSÃO (*O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 431), pois as normas não são contraditórias, sendo aquela solução apenas exigida pela obrigação que impende sobre o intérprete de descobrir o sentido útil da norma jurídica. Tal sucede porque, como dá nota ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 337, nota 2, OLIVEIRA ASCENSÃO (*O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 429-430) afasta a possibilidade de existir uma contradição valorativa, limitando assim a interpretação abrogante à modalidade de abrogação lógica. Restringindo também a interpretação abrogante no direito actual às situações que se fundam em razões lógicas, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 60.

interpretação *contra legem*, de *corrighendi causa* ou ainda de *contra legem sed secundum ius*), se encontrará vedada pelo artigo 8.º, n.º 2 do Código Civil⁹⁸.

Tal sucede porque aquela forma de descon sideração da regra parece exigir um afastamento, uma modificação ou uma correcção pelo intérprete do sentido real da lei com fundamento numa qualquer injustiça, em inoportunidade ou em inconveniência⁹⁹. Por outras palavras, justifica-se, segundo alguns autores, a proibição de interpretação correctiva porque, através dela, dá-se uma inversão da “*estrutura geral da ordem jurídica, que assenta numa prioridade do dado normativo sobre apreciações de razoabilidade*”¹⁰⁰.

Já a interpretação abrogante, supondo e justificando-se a sua utilização pela ocorrência de um acto de comunicação falhado que torna o sentido da lei indecifrável e não tanto em virtude de uma contradição de regras¹⁰¹, suscita menos limitações, mas, ainda assim, exige que se considere a fonte como não estando dotada de sentido, ou seja, deve tratar-se de um caso em que não é possível apreender o respectivo conteúdo¹⁰².

A interpretação abrogante, como forma de descon sideração de uma regra e não como hipótese de interpretação reconstrutiva¹⁰³, verifica-se quando o intérprete recusa reconhecer uma determinada fonte como dotada de normatividade jurídica¹⁰⁴, sendo tal recusa consequência da detecção de uma contradição (lógica ou valorativa¹⁰⁵) entre aquele que é o significado literal da lei e o seu espírito e de se considerar insanável essa contradição. Ao invés de se proceder à revogação da lei¹⁰⁶, o intérprete considera então a lei aparente ou inexistente

⁹⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 382-384.

⁹⁹ Assim, por exemplo, MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 59.

¹⁰⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 426. Assim também, por exemplo, KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., pp. 340-341, referindo ainda a tendência de rejeição desta via interpretativa *contra legem* pela jurisprudência dos tribunais superiores.

¹⁰¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 381-382.

¹⁰² MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 60.

¹⁰³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 381.

¹⁰⁴ Noutra formulação, pode dizer-se que o intérprete se recusa a atribuir conteúdo válido ou sentido à norma (JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 233) ou nega valor a uma disposição legal (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, cit., p. 257).

¹⁰⁵ Sobre a distinção entre as duas modalidades de interpretação abrogante, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 429: a primeira modalidade ocorre existindo uma impossibilidade prática de solução, ao passo que a segunda modalidade verifica-se quando exista incompatibilidade entre as valorações subjacentes às disposições em causa.

¹⁰⁶ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit., pp. 158-159. Nesse sentido, escreveu também INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, cit., p. 258: “*Não é que o intérprete revogue a lei. Aqui, o intérprete não é como o carrasco que mata, mas como o médico que atesta*

devido ao facto de conter palavras que levariam a concluir que o legislador se quis contradizer e exigir o cumprimento de normas que são antagónicas. Em certos casos, a contradição é fruto do recurso por parte do legislador às chamadas “*fórmulas legislativas abortadas*” ou que contêm “*verdadeiros lapsos*”, que impedem que se alcance o fim visado pelo legislador, caso em que se admite o recurso à interpretação correctiva¹⁰⁷. A norma identificada como menos adequada é sacrificada em razão da impossibilidade de resolver a contradição, sendo tal solução imposta pelo elemento sistemático¹⁰⁸. Mas, para a generalidade da doutrina¹⁰⁹, tem de haver uma contradição forte (que seja tida por insanável¹¹⁰) entre duas normas, isto é, as normas têm de se mostrar inconciliáveis, quer do ponto de vista literal, quer do ponto de vista lógico¹¹¹. A contradição pode resultar da conclusão de que não é possível na prática chegar a uma solução (a contradição é então meramente lógica) ou que subjacentes às normas em questão encontram-se valorações que são incompatíveis entre si (a contradição será, então, valorativa)¹¹².

Em qualquer dos casos, admitindo que em ambas as situações se poderá vir a considerar como tendo ocorrido uma ultrapassagem clandestina da lei¹¹³, tem-se entendido que, por princípio, a interpretação correctiva na ordem jurídica portuguesa deve ser recusada, salvo na hipótese rara de o sentido da fonte se revelar contrário à ordem natural, e que as situações de interpretação abrogante

o nascimento sem vida. Certifica que o preceito nasceu morto, porque não pode viver dentro do sistema a que pertence. A “interpretatio abrogans” é como que uma interpretação restritiva levada às últimas consequências: tanto se restringe a letra que ela desaparece e o preceito fica sem conteúdo”. Embora, por exemplo, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 186, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, cit., p. 367, e *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., p. 107, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 916, designem também a interpretação abrogante, tal como CABRAL DE MONCADA, como interpretação revogatória.

¹⁰⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 186.

¹⁰⁸ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 234.

¹⁰⁹ Não assim MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 381-382, que considera que as contradições entre regras jurídicas não constituem hipóteses para fazer operar a interpretação abrogante, mas sim para resolver no âmbito de conflitos normativos, solucionados através de uma ponderação de interesses para invalidar uma das normas em conflito.

¹¹⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 186.

¹¹¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, cit., p. 257.

¹¹² ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 336-337. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 429.

¹¹³ Nesse sentido, por exemplo, KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., pp. 341-342, que acrescentou e questionou o seguinte: “*ao jogar a ideia de Direito contra a Lei, estamos sob a ameaça de ver desaparecer debaixo dos pés o frutuoso chão da experiência e nos aproximamos daquelas «altas torres da metafísica» (do Direito) em volta das quais, no dizer de KANT, «há muito vento». Poderemos usá-lo?*”.

devem também ser consideradas como raríssimas e de *ultima ratio*, exigindo-se, por isso, muita prudência na sua utilização, mesmo que tal exigência se reporte apenas a hipóteses de interpretação abrogante lógica¹¹⁴.

Por tudo quanto se referiu, não será também adoptada uma solução de correcção ou de abrogação (lógica ou outra) da norma.

3.5. O sentido da ressalva da renúncia ao direito de queixa

Uma via alternativa seria sustentar, acompanhando a posição de Germano Marques da Silva¹¹⁵, que a referência à renúncia ao direito de queixa, embora pareça apontar (pela referência ao direito de queixa) para uma aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal apenas aos crimes semi-públicos e particulares, não impede, afinal, a inclusão dos crimes públicos, desde que essa ressalva seja lida como relevando apenas quando estejam em causa crimes semi-públicos e particulares e não quando estejam em causa crimes públicos.

Para esse efeito, seria necessário chamar a atenção para o facto de a infelicidade legislativa se traduzir na circunstância de o legislador, por lapso, não ter incluído, entre vírgulas, na primeira parte da alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, logo a seguir a “No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa”, uma expressão do tipo: “nos casos em que esta seja legalmente exigível”.

A aceitação deste pressuposto permitiria então concluir que a aplicação da referida alínea só depende da não renúncia pelo ofendido ao direito de queixa quando estejam em causa crimes semi-públicos e particulares, mas já não quando estejam em causa crimes públicos, pois, para estes, a queixa nunca é legalmente exigível, ou seja, não constitui uma condição de procedibilidade (artigos 48.º, 49.º, 50.º e 262.º, n.º 2 do Código de Processo Penal).

Deste modo, seria possível, na esteira de Germano Marques da Silva¹¹⁶ e de Célia Reis¹¹⁷, ver na alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo

¹¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 425-427 e 428-431. Menos limitativo em relação à interpretação correctiva e afirmando que esta pode ser encontrada já em ARISTÓTELES como manifestação da equidade e se considera hoje geralmente aceite, cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 362-363.

¹¹⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

¹¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

¹¹⁷ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

Penal a base legal para a transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes públicos: essa base legal seria a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, devido ao facto de a ressalva ter um sentido de aplicação que se dirige apenas aos crimes semi-públicos e particulares.

3.6. *A existência de bases legais múltiplas para as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente*

Porém, a adopção daquela via alternativa também não pode significar, como pretendeu Germano Marques da Silva¹¹⁸, que a única base legal para as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente seja a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

Desde logo, porque, como referiu Célia Reis¹¹⁹, não é possível desconsiderar o alcance da remissão efectuada pelo artigo 68.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal para o artigo 113.º do Código Penal¹²⁰. E essa remissão não poderá também significar que se podem constituir como assistentes apenas aqueles que podem ser designados como “titulares primários” do direito de queixa ou de acusação particular: “*a opção do legislador garante sempre que o titular*

¹¹⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

¹¹⁹ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 13-14.

¹²⁰ O artigo 113.º do Código Penal, com a epígrafe “*Titulares do direito de queixa*”, estabelece:

“1 – Quando o procedimento criminal depender de queixa, tem legitimidade para apresentá-la, salvo disposição em contrário, o ofendido, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação. 2 – Se o ofendido morrer sem ter apresentado queixa nem ter renunciado a ela, o direito de queixa pertence às pessoas a seguir indicadas, salvo se alguma delas houver participado no crime: a) Ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou à pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, aos descendentes e aos adoptados e aos ascendentes e aos adoptantes; e, na sua falta b) Aos irmãos e seus descendentes. 3 – Qualquer das pessoas pertencentes a uma das classes referidas nas alíneas do número anterior pode apresentar queixa independentemente das restantes. 4 – Se o ofendido for menor de 16 anos ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa, este pertence ao representante legal e, na sua falta, às pessoas indicadas sucessivamente nas alíneas do n.º 2, aplicando-se o disposto no número anterior. 5 – Quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e: a) Este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa; ou b) O direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime. 6 – Se o direito de queixa não for exercido nos termos do n.º 4 nem for dado início ao procedimento criminal nos termos da alínea a) do número anterior, o ofendido pode exercer aquele direito a partir da data em que perfizer 16 anos.”

do direito de queixa ou acusação particular, seja ele quem for (o ofendido, nos termos do art. 113.º, n.º 1, do CP, ou uma das pessoas referidas no art. 113.º, n.º 2 ou 3, do CP, se for de aplicar uma destas normas), tenha também a titularidade do direito a constituir-se como assistente. Nem outra solução faria sentido. [...] Estabelecendo o direito à constituição como assistente, em crime semi-público ou particular, por mera remissão para a titularidade do direito de queixa ou acusação particular, garante o legislador que as qualidades de queixoso e assistente coincidem na mesma pessoa”¹²¹.

Com efeito, esses “titulares primários” já se poderão constituir como assistentes por força da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal: essa alínea admite que se constituam como assistentes os ofendidos titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação e o conceito de ofendido previsto na alínea em questão não parece divergir do conceito de ofendido relevante para efeitos da “titularidade primária” do direito de queixa ou de acusação particular.

Assim sendo, o sentido útil da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal não poderá, pois, ser o de permitir a constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares de quem já se pode constituir como assistente por ser considerado ofendido para efeitos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

A alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal terá que ter uma vocação normativa expansiva em relação ao que já resulta da alínea *a*), sendo certo que o único sentido configurável será, então, o de naquela alínea se prever a constituição como assistente daqueles que, embora sejam titulares do direito de queixa ou de acusação particular nos termos dos artigos 113.º e 117.º do Código Penal, não coincidem com aqueles que podem ser considerados ofendidos nos termos e para os efeitos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal. Os titulares do direito de queixa ou de acusação particular previstos na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal serão, então, aqueles que adquiriram esse direito em virtude da morte do “titular primário” do direito de queixa ou de acusação particular¹²².

¹²¹ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 13-14.

¹²² Ou seja, seguindo CÉLIA REIS (“Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., p. 10), são as pessoas que mantinham uma relação estreita com o ofendido e em relação às quais o legislador entendeu “que aquela proximidade justificava a atribuição do direito de impulsionar, em termos iniciais, a ação penal.”

3.7. A compatibilização das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal

I. Em face do exposto, parece que se retoma a posição defendida por Célia Reis¹²³, segundo a qual a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal só constituiria a base legal para as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente estando em causa crimes públicos, já que, tratando-se de crimes semi-públicos e particulares, a base legal residiria antes na alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

Essa conclusão não é, no entanto, correcta, pois, na perspectiva de solução alternativa aqui aventada, a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal é igualmente aplicável às situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente quando estejam em causa crimes semi-públicos e particulares.

II. Contudo, para evitar retirar o sentido útil à alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal (aliás, como se viu, parcialmente já consumido em relação aos “titulares primários” do direito de queixa e de acusação particular pela alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal), importará distinguir duas situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente quando estejam em causa crimes semi-públicos e particulares.

Em primeiro lugar, a situação em que o ofendido falece antes de exercer o seu direito de queixa, caso em que é aplicável a alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal. Se a morte do titular do direito de queixa ou de acusação particular ocorreu antes de o mesmo ter tido a oportunidade de se constituir como assistente e aquele também não exerceu o seu direito de queixa, a base legal para a transmissão por morte do direito à constituição como assistente já será a alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

Em segundo lugar, a situação em que o ofendido falece depois de exercer o seu direito de queixa mas antes de se ter constituído como assistente, caso em que é aplicável a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal. Se a morte do titular do direito de queixa ou de acusação particular ocorreu antes de aquele ter tido a oportunidade de se constituir como assistente, mas ainda assim exerceu o seu direito de queixa, a base legal para a transmissão por morte do direito à constituição como assistente é a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

¹²³ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

III. Ficariamos, portanto, com o seguinte cenário de compatibilização das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal.

Na primeira situação, a transmissão por morte do direito à constituição como assistente ocorre por força da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, uma vez que, sendo já titular do direito de queixa ou de acusação particular, por ter ocorrido a transmissão deste direito via artigos 113.º, n.º 2¹²⁴ e 117.º do Código Penal, adquire o direito à constituição como assistente já na qualidade de titular do direito de queixa ou de acusação particular.

Na segunda situação, a transmissão por morte do direito à constituição como assistente sustenta-se na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, tendo aliás arrimo na letra dessa alínea, que pressupõe que o ofendido não tenha renunciado à queixa, o que aponta para a hipótese de já ter exercido o seu direito de queixa.

4. Duas possíveis críticas e as perspectivas de superação

I. É possível antecipar, desde já, duas críticas à perspectiva alternativa de solução aventada.

Em primeiro lugar, que a proposta de solução em relação aos crimes públicos redunde na inclusão das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, o que sujeitará, naturalmente, essa proposta às críticas já apontadas por Paulo de Sousa Mendes¹²⁵ em relação às posições de Germano Marques da Silva¹²⁶ e Célia Reis¹²⁷.

Poderá concretamente dizer-se, então, que essa inclusão é feita à custa da desconsideração (de parte – o pressuposto da não renúncia ao direito de queixa) do sentido literal da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal (como preconizava Germano Marques da Silva¹²⁸) e é também realizá-

¹²⁴ “2 – Se o ofendido morrer sem ter apresentado queixa nem ter renunciado a ela, o direito de queixa pertence às pessoas a seguir indicadas, salvo se alguma delas houver participado no crime: a) Ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou à pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, aos descendentes e aos adoptados e aos ascendentes e aos adoptantes; e, na sua falta b) Aos irmãos e seus descendentes”.

¹²⁵ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., pp. 135-136.

¹²⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

¹²⁷ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

¹²⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 282.

vel através do recurso a uma provável inadmissível interpretação correctiva (ou abrogante) da norma (como propunha Célia Reis¹²⁹).

Em segundo lugar, que a proposta de distinção da base legal das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares, a qual ficaria então dependente da circunstância de o ofendido ter falecido antes ou depois (respectivamente, alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal) de ter exercido o seu direito de queixa, redunda numa proposta que não terá sido sequer equacionada pelo legislador processual penal, nem tão-pouco pelo legislador penal.

II. A essas duas críticas, julga-se poder responder da seguinte forma.

Por um lado, que é possível a inclusão das situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal por se considerar subentendida, na ressalva da renúncia à queixa, uma expressão do tipo “*nos casos em que esta seja legalmente exigível*”.

Essa formulação estará implícita na norma (integrando o seu sentido literal possível) e, mesmo que seja vista como mais ampla do que a que foi utilizada pelo legislador, pode também considerar-se como traduzindo com correcção a regra que se contém na lei, sendo assim uma exigência desta¹³⁰.

Com efeito, a mesma formulação contém-se no espírito do legislador e no escopo por ele visado com a previsão normativa, já que não terá certamente querido consagrar uma solução restritiva do direito à constituição como assistente, a saber: a exclusão da intervenção de particulares como assistentes no processo penal quando estejam em causa crimes públicos mas a inclusão da intervenção desses particulares quando estejam em causa crimes semi-públicos e particulares. Aliás, tal inclusão não deixa também de ter algum apoio na letra da lei.

Assim sendo, pode dizer-se, desde logo, que aquela inclusão não desconsidera o sentido literal da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal. No limite apontará para a ideia segundo a qual o legislador terá dito, afinal, menos do que aquilo que porventura quereria dizer (a letra é mais restrita do que o seu espírito¹³¹), justificando-se, se assim for, o recurso à interpretação extensiva (ou interpretação *praeter literam*), permitida nos termos do artigo 11.º do Código Civil e a que não parece também obstar a proibição vigente em

¹²⁹ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

¹³⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 423-424.

¹³¹ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 232.

matéria penal de analogia ou de interpretação (criativa do direito) para além do sentido possível das palavras, tanto mais que não ocorre uma modificação de sentido da norma e nunca se poderia considerar estar em causa uma exclusão de intervenção de particulares como assistentes no processo penal pretendida pelo legislador e, por isso, com um significado intencional.

Recorde-se que, pela interpretação extensiva, o intérprete pode alargar ou estender as palavras da lei (a letra da lei) mediante a ponderação dos elementos não literais até as fazer coincidir com o seu espírito¹³², desde que se conclua ser absurdo ou injusto não fazer aquele alargamento ou aquela extensão¹³³. Ao interpretar extensivamente uma norma, o intérprete, tendo em mente a necessidade de explicitar algo que o legislador não explicitou¹³⁴, limita-se a induzir “o campo de aplicação da lei para além da sua letra”¹³⁵. Sem prejuízo da cautela que se impõe no recurso à interpretação extensiva, para evitar proceder a verdadeira analogia ou interpretação criativa do direito designadamente quando as mesmas se encontrem vedadas (o que não ocorrerá forçosamente sempre que não exista uma rigorosa ou exacta coincidência entre a dimensão semântica e a dimensão pragmática da interpretação ou entre a letra e o espírito)¹³⁶, importa sublinhar que o alargamento ou a extensão que se opera não implica que se venha a trans-

¹³² Ac. RC de 18.05.2012, Proc. 885/09.5T2AVR.C1 (HENRIQUE ANTUNES), disponível em www.dgsi.pt: “Um dos resultados possíveis da interpretação é, assim, a interpretação extensiva: o intérprete chega à conclusão de que a letra do texto da lei fica aquém do espírito da lei, que a fórmula verbal utilizada pelo legislador peca por defeito, pois diz menos do que aquilo que se pretendia dizer. Em face disso, o intérprete estende então o texto, imprimindo-lhe um alcance conforme com o pensamento legislativo, fazendo coincidir a letra da lei com o seu espírito. Não se tratará de uma lacuna da lei, porque os casos não directamente abrangidos pelo texto são indubitavelmente abrangidos pelo seu espírito: da própria ratio legis decorre, v.g., que o legislador se quis referir a um género; mas, numa perspectiva casuística, apenas se referiu a uma espécie desse género. A interpretação extensiva verifica-se, pois, sempre que a letra da lei se refira à espécie e o seu significado deva abarcar, por imposição dos elementos não literais da interpretação, o género ou sempre que a letra de uma tipologia taxativa diga respeito a um ou a alguns subtipos e o seu significado deva abranger, pelo mesmo motivo, outros subtipos do mesmo tipo. A interpretação extensiva é, portanto, uma interpretação praeter litterum, dado que a dimensão pragmática da lei vai além da sua dimensão semântica e tem subjacente um juízo de agregação – o que vale para a parte deve valer para o todo. Como daqui decorre, a interpretação extensiva, assume, regra geral, a forma de extensão teleológica: a própria razão de ser da lei reclama a aplicação aos casos que não são directamente abrangidos pela letra da lei, mas que indubitavelmente se compreendem na sua finalidade”.

¹³³ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit., p. 153, e MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 59.

¹³⁴ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Direito*, vol. I, cit., pp. 252-253.

¹³⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 375.

¹³⁶ Registe-se, aliás, que alguns autores, como JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, cit., pp. 61-63, que defenderam (no caso à luz do Código Penal anterior e da Constituição da República Portuguesa actualmente vigente) a proibição de interpretação extensiva em matéria penal, não deixam de reconhecer que, em rigor, essa proibição não estará abrangida pelo

cender o âmbito de aplicação da norma¹³⁷, pelo que, mesmo quando se detecte na norma um significado que ultrapassa o chamado “âmbito nuclear” mas ainda se situa na chamada “franja marginal” do sentido literal possível¹³⁸, não se estará também a resolver nenhum problema de lacuna ou de falta de regra aplicável típico dos processos de integração¹³⁹. Como ensinava Cabral de Moncada, não existe coincidência entre aplicar uma norma a casos diferentes daqueles para os quais se legislou (ou seja, para aqueles em que não existe regra aplicável, o que pode estar abrangido pela limitação estabelecida no artigo 11.º do Código Civil) e aplicar essa mesma norma a casos que, não estando especificados na letra, se acham, ainda assim, compreendidos no seu espírito (ou seja, estão abrangidos pela regra que se extrai da lei)¹⁴⁰. Tão pouco terá a interpretação extensiva de representar um processo de integração de lacunas (ou de interpretação criativa do direito) que ultrapasse o sentido possível das palavras e que contrarie a intenção do legislador.

Uma outra possibilidade de solução, suportada por uma compreensão da interpretação jurídica diferente da sustentada pelo tradicional método jurídico e que também não conduz à necessidade de integração de uma lacuna, poderá consistir em recorrer às vias de adaptação extensiva ou de extensão teleológica da norma, as quais, estando focadas na intencionalidade problemático-normativa da norma e no mérito análogo do caso decidendo ou antes no específico fundamento teleológico da norma e no mérito análogo do caso decidendo, passam, respectivamente, ou pela realização de uma tarefa de “*comparação do mérito autonomamente reconhecido do caso decidendo e da ‘intencionalidade problemático-normativa da norma’*” (adaptação extensiva) ou pelo “*alargamento do ‘campo de aplicação de uma norma, definido pelo texto, com fundamento [...] na sua imanente teleologia, a casos que por aquele texto não estariam formalmente abrangidos’*” (extensão teleológica)¹⁴¹.

princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, embora seja aquela interpretação incompatível com o fundamento de segurança jurídica desse princípio.

¹³⁷ Por esse motivo, sublinhava já KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 298: “*Como critério decisivo para a determinação dos limites entre uma interpretação extensiva, ainda permitida, e uma aplicação analógica, que já não o é [...], temos de novo o sentido literal possível*”.

¹³⁸ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 500-501.

¹³⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 438.

¹⁴⁰ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit., p. 154, nota 1.

¹⁴¹ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., pp. 919-924, e ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 363. Distinguindo a adaptação extensiva (que presuppõe uma assimilação material indirecta da relevância do caso pela da norma, em virtude de o sentido intencional ser análogo apesar da relevância material do caso ser mais ampla que a da norma) da interpretação extensiva (que se situa exclusivamente no plano da norma entre a letra

Em qualquer dos casos (tenha-se em consideração o espírito da norma, a sua intencionalidade problemático-normativa ou o seu fundamento teleológico), ninguém sustentará que o legislador terá pretendido recusar a transmissibilidade por morte do direito à constituição como assistente quando estejam em causa crimes públicos. Ou seja, a opção legal não terá sido, certamente, a de consagrar uma solução restrita¹⁴² em matéria de constituição como assistente, muito menos quando estão em causa crimes públicos em que habitualmente se tratará de crimes mais graves¹⁴³.

E, se assim é, então (até por identidade ou maioria de razão¹⁴⁴ ou, numa visão da interpretação jurídica menos tradicional, considerando a intencionalidade problemático-normativa da norma, o específico fundamento teleológico da norma e o mérito análogo do caso decidendo) nada impede que se faça aquela inclusão por se entender que ela estará implícita na formulação adoptada pelo legislador ou por via de uma interpretação extensiva, de uma adaptação extensiva ou de uma extensão teleológica da alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, tanto mais que tais operações metodológicas não

e o pensamento legislativo), cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 177-179, que esclarece: “o que nós, no momento da «experimentação» da norma-hipótese que estamos a considerar, queremos referir não é qualquer relação lógico-hermenêutica, e situada exclusivamente no plano da norma (no plano do seu texto significante) entre a letra e o pensamento legislativo; o que temos por decisivo é o juízo juridicamente analógico entre a relevância material hipotética e a relevância material do caso jurídico concreto. Situamo-nos, assim, desde logo no plano da realização concreta do direito e o que perguntamos é em que medida e como a norma, compreendida no seu sentido problemático-normativo, poderá ser critério juridicamente adequado à normativa problematicidade jurídica do caso decidendo”. Sobre a diferença entre a extensão teleológica e a interpretação extensiva, cfr. também ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, cit., p. 368, e *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., p. 108, referindo que na extensão teleológica já não se estará (apenas) perante uma procura de adequação ou de uma correspondência entre letra e espírito (num sentido puramente hermenêutico), mas sim perante uma correcção do texto que tem um fundamento teleológico (num sentido verdadeiramente normativo).

¹⁴² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 424.

¹⁴³ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 63-65, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, cit., p. 249.

¹⁴⁴ São estes os dois fundamentos que surgem convocados na jurisprudência para fundamentar a interpretação extensiva (Ac. RC de 18.05.2012, Proc. 885/09.5T2AVR.C1 (HENRIQUE ANTUNES), disponível em www.dgsi.pt): “De harmonia com o primeiro, onde a razão de decidir seja a mesma, mesma há-de ser a decisão; de acordo com o segundo, se a lei contempla, explicitamente, certas situações para que estabelece um dado regime, há-de forçosamente pretender abranger também outra ou outras que, com mais fortes motivos, exigem ou justifiquem aquele regime”. Não assim na doutrina, em que são qualificados como argumentos lógico-jurídicos que permitem inferir de um preceito “conclusões normativo-jurídicas que ele virtualmente admita” – ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, cit., p. 367, e *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., p. 107.

são proibidas pelo artigo 11.º do Código Civil que tem aliás um alcance bem mais reduzido do que aquele que dele parece resultar e se costuma assinalar em matéria de exclusão e proibição da analogia mesmo em matéria penal¹⁴⁵.

Por outro lado, é possível dizer que a consideração como subentendida na ressalva da renúncia à queixa de uma expressão do tipo “*nos casos em que esta seja legalmente exigível*” não representa verdadeiramente uma interpretação correctiva ou uma interpretação abrogante (lógica ou outra), tal como propôs Célia Reis¹⁴⁶.

Com efeito, não se está a proceder por esta via ao afastamento de uma norma tida como inadequada por referência àquilo que o legislador teria querido se tivesse previsto o resultado (como sucede tipicamente nas situações de interpretação correctiva), nem tão pouco ao desaproveitamento da fonte por se considerar que dela nada útil resultou (como habitualmente se verifica nas situações de interpretação abrogante). Pela consideração daquela ressalva não se está a viabilizar uma alteração do sistema normativo por via interpretativa, à qual seriam certamente opostas razões de segurança e defesa contra o arbítrio que assim se alcançasse, sendo certo que a mesma também não representa um afastamento da regra contida na norma, mas sim verdadeiramente a captação do seu sentido útil¹⁴⁷.

Por outro lado ainda, é possível acrescentar que a distinção proposta em matéria de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares tem algum apoio na letra da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal¹⁴⁸ e do n.º 2 do artigo 113.º do Código Penal¹⁴⁹ e, pressupondo que a lei é acertada, visa preservar o sentido

¹⁴⁵ Sublinhando e explicando os motivos pelos quais considera a exclusão da analogia prevista no artigo 11.º do Código Civil e a proibição da analogia no domínio das normas penais como dotadas de uma duvidosa eficácia, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, cit., pp. 272-276.

¹⁴⁶ CÉLIA REIS, “Dúvidas acerca da transmissão por morte do direito à constituição como assistente”, cit., pp. 17-18.

¹⁴⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 425-427 e 428-431.

¹⁴⁸ “1 – Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: [...] *c*) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime”.

¹⁴⁹ “2 – Se o ofendido morrer sem ter apresentado queixa nem ter renunciado a ela, o direito de queixa pertence às pessoas a seguir indicadas, salvo se alguma delas houver participado no crime: *a*) Ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou à pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, aos descendentes e aos adoptados e aos ascendentes e aos adoptantes; *e*, na sua falta *b*) Aos irmãos e seus descendentes”.

útil de cada uma das três primeiras alíneas do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal e compatibilizá-las.

III. Não obstante, reconhece-se que uma alternativa eventualmente mais consentânea, no sentido de evitar dificuldades interpretativas e discussões sobre a legitimidade do recurso à interpretação extensiva, à adaptação extensiva ou à extensão teleológica da norma em causa, passaria por melhorar a redacção do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, o que poderá vir a ser feito (incidentalmente) numa futura alteração promovida ao Código de Processo Penal.

Desde logo, vale a pena clarificar se a redacção da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal se aplica só aos crimes públicos ou também abrange os crimes semi-públicos e particulares, desde que não esteja em causa, seja qual for a natureza do crime, uma situação de transmissão por morte do direito à constituição como assistente.

Caso se entenda que deve ser escolhida a primeira solução (a aplicação da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal só aos crimes públicos), interessa esclarecer se a alínea *b)* se aplica também às situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares, devendo, neste caso, ser eliminado o inciso “*sem ter renunciado à queixa*” da alínea *c)*, ou não se aplica.

Admitindo como preferível a solução de aplicação da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal também aos crimes semi-públicos e particulares, poderá optar-se por restringir o âmbito de aplicação da alínea *b)* aos crimes semi-públicos e particulares apenas quando esteja em causa uma situação de transmissão por morte do direito à constituição como assistente, eliminando-se conseqüentemente o inciso “*sem ter renunciado à queixa*” da alínea *c)*, ou, em alternativa, por revogar a alínea *b)*.

Optando-se por revogar a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal ou por excluir da sua aplicação as situações de transmissão por morte do direito à constituição como assistente nos crimes semi-públicos e particulares, valerá a pena aditar na alínea *c)*, entre vírgulas e logo a seguir à ressalva da renúncia à queixa, uma expressão do tipo “*nos casos em que esta seja legalmente exigível*”, para que se torne inequívoco o entendimento segundo o qual a alínea *c)* constitui a base legal para todas as hipóteses de transmissão por morte do direito à constituição como assistente, seja qual for a natureza do crime em questão.

Lisboa, 10 de Agosto de 2016