

**A JUSTIÇA PROCESSUAL PENAL  
LUSÓFONA EM TRANSIÇÃO NO  
ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE DO  
RISCO E DA PÓS-MODERNIDADE  
INDUSTRIAL: entre a law and  
economics, a behavioral law and  
economics e a maximização da  
justiça consensual**

---

THE LUSOPHONE CRIMINAL PROCEDURAL JUSTICE IN TRANSITION  
WITHIN A RISK AND INDUSTRIAL POST-MODERNITY SOCIETY:  
between law and economics, a behavioral law and economics  
and the maximization of consensual justice

# A JUSTIÇA PROCESSUAL PENAL LUSÓFONA EM TRANSIÇÃO NO ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE DO RISCO É DA PÓS-MODERNIDADE INDUSTRIAL: entre a law and economics, a behavioral law and economics e a maximização da justiça consensual

THE LUSOPHONE CRIMINAL PROCEDURAL JUSTICE IN TRANSITION WITHIN A RISK AND INDUSTRIAL POST-MODERNITY SOCIETY: between law and economics, a behavioral law and economics and the maximization of consensual justice

---

**Hugo Luz dos Santos**

Magistrado do Ministério Público/Teaching Assistant da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China  
hugo.miguel.luz@gmail.com

---

**Resumo:** O presente artigo científico pretende lançar luz sobre as candentes temáticas da economia do direito e da economia comportamental do direito no âmbito do direito processual penal. O direito processual lusófono atravessa momentos de profunda transição, que o presente artigo pretende conferir o devido relevo. Principalmente sobre o ponto de vista da maximização da justiça consensual: um imperativo categórico para a viabilidade e sustentabilidade do direito processual do futuro.

**Palavras-Chave:** Maximização da justiça consensual; Law and economics; Behavioral law and economics, sociedade do risco.

**Abstract:** This very scientific article intends to drill into, and shed light on, the candent topics of law and economics behavioral law and economics on the breadth and scope of criminal procedural law. Portuguese's speaking countries criminal procedure law is currently undergoing moments of profound transition and overhauling, to which this very scientific article aims to highlight its momentous importance. Chiefly from the consensual justice maximization standpoint: a categorical imperative as for the feasibility and sustainability of the criminal procedural law of the forthcoming future.

**Keywords:** Consensual justice maximization; Law and economics; Behavioral law and economics; society of risk.

## 1. Introdução: a justiça penal em transição no âmbito de uma sociedade do risco e da pós-modernidade

a) A imperiosidade de um sistema de justiça materialmente justo, célere e eficaz, no concerne ao combate da criminalidade complexa, e, principalmente, no respeito ao tratamento da pequena e média criminalidade, é uma reivindicação ancestral da sociedade tomada no seu todo<sup>1</sup>. É mesmo uma imperatividade que emerge da profunda transformação (e transição) operada pelos «ventos» da sociedade do risco e da pós-modernidade industrial. Esta é uma realidade lusófona<sup>2</sup> que se estende das margens do Tejo (Portugal) até às franjas do Delta do Rio das Pérolas (Região Administrativa Especial de Macau, China)<sup>3</sup>.

Essa reivindicação radica na convicção, comunitariamente suportada<sup>4</sup>, de que o tratamento da criminalidade complexa e altamente organizada<sup>5</sup>, não raro com ramificações plurilocalizadas, dentro e fora do espaço comunitário, peticiona o chamamento à colação de ferramentas de investigação criminal que possam (desejavelmente) garantir a perseguição criminal dessa mesma criminalidade. Consubstanciado na efetivação da pretensão punitiva do Estado encabeçada pelo titular da ação penal (o Ministério Público)<sup>6</sup>, nos quadros de uma estrutura

1 HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Reforma do Código do Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo : entre a *Law and Economics Posneriana (MDR)* e a Maximização da Justiça Consensual (*MJC*): duas faces da mesma moeda?”, in: *O Direito*, Ano 147, I (2015), Coimbra, Almedina, pp. 159-186, que, com assinaláveis atualizações temáticas, dogmáticas, bibliográficas e jurisprudenciais, seguiremos de perto.

2 HUGO LUZ DOS SANTOS, “Multilevel justice or multilayered justice: court management and cultural roots: to what extent does that linkage fosters alternative dispute resolution?”, *Framing the Civil Court Structure from a Case Management Perspective – A comparative Study of Mainland China, Taiwan, Hong Kong and Macau*, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2019, *passim*.

3 HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? Adequação social e exclusão da tipicidade?”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 143, Julho-Setembro 2015, *passim*.

3 Para fazer face à criminalidade complexa, altamente organizada, e propulsora de elevados réditos patrimoniais, de que o crime de branqueamento de capitais é o espelho idóneo, “foi eliminada a referência aos arts.º 226.º e 227.º do Código Penal que constava do proémio de 1997, por desnecessária; pela mesma razão, foram suprimidas as referências a “no todo ou em parte” e a “direta e indiretamente”; a referência a “pessoa implicada” foi substituída por uma outra, mais precisa, o “autor ou participante”; onde a lei se referia ao propósito de se “eximir às consequências”, o texto agora alude ao propósito de evitar que uma pessoa seja penalmente perseguida ou submetida a uma reação penal; a lei de 1997 referia-se ao facto principal como sendo um «crime» ao passo que a lei atual fala de «ilícito – típico»; a referência “a propriedade ou outros direitos” passou a ser referida “titularidade”; seguimos textualmente, JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, 2009, p. 14, disponível em *ssrn.com*. (acesso: 15/05/2018).

4 Em língua chinesa, LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮, 雨果: 第七章 葡萄牙衛生基本法, 《部分國家衛生基本法研究》, 法律出版社, Pequim, Law Press China, 2017年版, 第115頁至第127頁。

5 A Região Administrativa Especial de Macau investiu em mecanismos jurídicos de “reação rápida”, no que respeita ao combate à criminalidade complexa, altamente organizada. Mecanismos que foram criados na sequência de uma onda de criminalidade que, ao tempo (1996-1997), assolou a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), emergente da digladição de clãs criminosos pelo controlo de rendimentos resultantes da exploração de “salas VIP” de jogos de fortuna e azar nos casinos locais; ANGELA VENG MEI LEONG, “Macau casinos and organised crime”, in: *Journal of Money Laundering Control*, 2004, pp. 298 e ss; MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA RODRIGUES e MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 85 e ss.

6 Sempre sob os auspícios do princípio-garantia do princípio da legalidade penal (art.º 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; art.º 1.º, n.º 1 e 3, do Código Penal de Portugal; equivalente ao art.º 29.º, da Lei Básica de Macau; art.º 1.º, n.º 1 e 3, do Código Penal de Macau); Na doutrina alemã, THOMAS ROTH, *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, § 76 e ss; neste sentido, do ponto de vista da defesa da legalidade, JOÃO CONDE CORREIA, “Concordância Judicial à Suspensão Provisória do Processo: equívocos que persistem”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, Ano 30, n.º 117, Janeiro-Março de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 53, nota 22; no mesmo sentido, referindo-se “à obediência à lei”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A Autonomia do Ministério Público e o seu Dever de Prestar Contas à Comunidade: Um Equilíbrio Difícil”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 205-208; também na doutrina austríaca, ANDREAS VENIER, *Einstellung und Anklage im neuen Strafprozessrecht*, Wien, ÖJZ, 2007, p. 911.

acusatória<sup>7</sup>(art.º 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa) e do respeito escrupuloso pelo (polémico) princípio da ofensividade<sup>8</sup>.

É consabido que a curial e proficiente perseguição criminal da denominada criminalidade complexa exige, a dois tempos, mas a velocidades simétricas, por um lado, uma maior alocação de meios logísticos e humanos para a perfectibilização desse escopo de perseguição criminal. Por outro lado, sem prescindir, a uma maior alocação de meios logísticos e humanos corresponderá, natural e necessariamente, a uma maior eficácia no tratamento da criminalidade da pequena e média criminalidade. Essa eficácia consubstancia-se, a montante, na escolha de mecanismos de consenso e diversão que visem, por um lado, promover a pacificação social abalada com a prática do crime, e, por outro lado, promover a racionalização, maximização e otimização dos meios

7 No que se refere à estrutura acusatória do processo penal, na doutrina italiana, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta Editorial, 1999, pp. 23-34; SELMA PEREIRA DE SANTANA, “Garantismo Penal à Brasileira”, in: *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Organizadores: Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Helena Moniz / Sónia Fidalgo; Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 663; na doutrina italiana, MICHELE SAPIGNOLI, “Giusto processo e cultura giuridica interna: i risultati di alcuni studi empirici”, in *AAVV, Giusto Processo*, Padova, Cedam, 2006, pp. 185-190; MARIO CHIAVARIO *et alii*, *Commentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, 4.ª edizione, Padova, Cedam, 2003, pp. 260 e ss.; na doutrina alemã, KÜHNE HANS-HEINER, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, pp. 310-320.

8 O princípio da ofensividade pode ser (e bastas vezes tem-no sido) reconduzido ao *harm principle* inicialmente formulado pela doutrina inglesa (John Stuart Mill) como o único princípio juridicamente válido e vinculativo para a limitação da liberdade dos cidadãos. O *harm principle* foi, mais tarde, laboriosamente trabalhado por reputada doutrina norte-americana, JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1988, p. XIX, do seguinte modo: “é sempre uma boa razão para fundar uma legislação penal que esta seja eficaz na prevenção (eliminação, redução) do dano para outras pessoas que não o agente (aquele proibido de agir) e não haja outros meios igualmente eficazes a custos não mais elevados para outros valores”; por essa razão, é comum o entendimento (quase se diria esmagadoramente maioritário) de que estando em causa “a conservação e a salvaguarda dos bens colectivos necessários para a existência e capacidade de funcionamento da sociedade, existe um dever de cooperação”; NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 12 e ss, que seguimos de muito perto; na doutrina do direito comparado da Alemanha, VON HIRSCH/WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, *cit.*, p. 208; na doutrina do direito comparado de RAFAEL ALCÁCER GUIRAO “La protección del futuro y los daños cumulativos”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54, I, 2001, pp. 168 e ss; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 55 e s. A defesa dos bens jurídicos colectivos e supra-individuais, realizada no perímetro dogmático do princípio da ofensividade, nem sempre mereceu a concordância da doutrina portuguesa, brasileira e alemã. Doutrina que, ancorada da ideia da suficiência das estruturas dogmáticas tradicionais do direito penal para fazer face aos desafios (cada vez mais prementes e inegáveis) da sociedade do risco e da sociedade da pós-modernidade, argumenta que não há necessidade nenhuma da figura da acumulação, “porque afinal qualquer conduta que caiba na previsão típica de um crime contra bens jurídicos coletivos, mesmo que praticamente insignificante, pode qualificar-se como lesão do bem jurídico e permite que a incriminação seja classificada como crime de dano assim ficando resolvidos todos os problemas de legitimidade, dado que é uma lesão que está em causa! Isto quando salta à vista que não é em função de uma lesão, de um perigo concreto ou de uma imediata perigosidade concreta para o bem jurídico coletivo que o legislador criminaliza condutas que a eles se oponham. Na realidade, perante um conjunto amplo de tipos incriminadores afetos à sua tutela baldadamente se procurará estabelecer um relacionamento entre a conduta típica e o bem jurídico com base numa conexão de lesão ou de perigo, mesmo de perigo abstrato, pois a conduta descrita no tipo e que o legislador teve em mente prevenir sob ameaça de pena não é, as mais das vezes, por si só adequada para determinar uma lesão ou um perigo para o bem jurídico. E todavia, o certo é que a conduta em questão tem relevo penal; urgindo por isso encontrar um enquadramento dogmático congruente com essa espécie de previsão normativa” (sic); textualmente, NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, *cit.*, pp. 9-94, que seguimos de muito perto; contra a autonomia dogmática dos bens jurídicos coletivos e supra-individuais e da figura da acumulação; ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, “A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar”. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1054 e ss., lança mão do “conceito de bem-meio ou bem-instrumental”; KLAUS TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht in Europa”, in: Hellmann / Schröder (orgs.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, p. 573 e s., que alterou, entretanto, a sua primeira posição doutrinária sobre o tema (1969) para, confessadamente, ultrapassar a fragilidade da sua primeira concepção dogmática, que parecia negar relevo autónomo aos bens jurídicos supra-individuais, nomeadamente, a recondução dos respetivos tipos-de-ílicito a estruturas típicas de perigo; ver, ainda, em sentido crítico em relação à autonomia dogmática dos bens jurídicos coletivos, AUGUSTO SILVA DIAS “Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1/1999, p. 68 e ss; na doutrina do direito comparado do Brasil, LUÍS GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 88-94.

logísticos e humanos necessariamente escassos e contingentes. Meios logísticos e humanos que, pela sua escassez e contingência, deverão ser canalizados para a perseguição criminal da grande criminalidade, complexa e altamente organizada. É uma questão de sobrevivência estrutural e de sustentabilidade futura do sistema de administração de justiça processual lusófono<sup>9</sup>.

É possível, pois, descortinar uma *lei tendencial* que, no que respeita à utilização (maximizada e otimizada) dos mecanismos de consenso e diversão no processo penal, perpassa e ilumina todo o edifício jurídico –penal: quanto maior a utilização, casuística e dogmaticamente fundamentada, dos mecanismos de consenso e diversão, maior será a libertação dos meios logísticos e humanos para o tratamento da criminalidade complexa. *Et pour cause*, maiores, porque<sup>10</sup> teleológico - funcionalmente fundadas, serão as possibilidades de êxito na prossecução das finalidades de perseguição penal dos crimes cujos bens jurídicos de natureza supra-individual<sup>11</sup>, como os bens

9 Bem como da Região Administrativa Especial de Macau.

10 “O lugar e a função a desempenhar pela figura do bem jurídico coletivo no seio da teoria do bem jurídico como paradigma de legitimação material negativa do direito penal são questões que atualmente assumem uma importância substancialmente distinta da de outrora. O critério tradicional de contraposição entre bens jurídicos individuais e supra-individuais ligava-se sobretudo a problemáticas de índole interna do próprio sistema jurídico-penal e não tanto ao seu eventual relevo para o cumprimento da função crítica da criminalização, que, por definição, deve ser transistemática. Sob aquele prisma, a distinção importava sobretudo no âmbito do consentimento para verificação da possibilidade de um concreto indivíduo dispor sobre a ofensa de um específico bem jurídico. O bem jurídico difundiu-se como critério distintivo: *individuais* seriam os bens jurídicos para os quais pudesse visar-se um portador concreto; e *coletivos* aqueles em que tal não fosse possível, caso em que o respetivo portador seria a comunidade como um todo ou o próprio Estado. Não há motivo para prescindir desta ideia a um nível inicial de diferenciação. Mas a adução de critérios diferenciadores adicionais parece estar dependente da própria conceção adotada em relação aos bens jurídicos coletivos, isto é, da possibilidade de os mesmos se assumirem como materialmente autónomos perante os bens jurídicos individuais. Na realidade, ali onde se aceite que os primeiros são um mero derivado dos segundos ou têm um puro carácter instrumental em relação a eles, não se vê por que se deva levar mais longe aquele esforço de contraposição”; (itálicos nossos); NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Coletivos e Intervenção Penal Cumulativa”, *cit.*, pp. 10-94, na doutrina alemã, WOLFGANG WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000, p. 221; HERBERT JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957, p. 15 e s; e em data mais recente, HASSEMER/NEUMANN, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, antes do § 1, n.º m. 126.

11 Não desconhecemos que o recorte doutrinário e jurisprudencial do bem jurídico tem sido vivamente discutido, inclusive, pela doutrina alemã; ver, v.g., ROLAND HEFENDEHL/ANDREW VON HIRSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden. Nomos, 2008, pp. 197 e ss; ANDREW VON HIRSCH, “Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle”, *Die Rechtsgutstheorie*, *cit.*, p. 23; ROLAND HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, in: *GA*, 154, 2007, pp. 7 e ss; SABINE SWOBODA, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, in: *ZStW*, 122, 2010, pp. 28 e ss. As recensões críticas, encabeçadas por GÜNTHER JAKOBS, HEIKO LESCH E POLAINO NAVARRETE ao posicionamento teórico do bem jurídico enquanto entreposto exclusivo de proteção subsidiária de bens jurídicos, fundam-se, no essencial, nos seguintes argumentos: **i**) na vaguidade do conceito e da fundamentação do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; **ii**) no traço impreciso do objeto de ação tutelado nos bens jurídicos de natureza coletiva; **iii**) na emersão do funcionalismo sistémico enquanto expressão de uma ideia de danosidade social, vista como desestabilização de um conjunto de estruturas sociais suportadas pelo axioma da harmonia social; **iv**) o direito penal não deve tutelar os interesses da pessoa - logo a dignidade da pessoa humana surge, a esta luz, pulverizada pelas estruturas sistémicas que fagocitam o “eu-pessoa” e acarinham o “nós-estrutura normativo-social”; **v**) a esta luz, o direito deve ser materialmente visto como umnexo funcional de tutela da estabilidade do sistema social; **vi**) como tal, o cometimento do crime abala os alicerces em que repousa a estabilidade do sistema social e a harmonia social que, a montante, o escora; **vii**) por conseguinte, as condutas que põem em causa a estabilidade do sistema social devem ser severamente punidas, porque o arguido não é visto como uma pessoa, mas como um elemento que faz perigar a estrutura normativo-social suportada pela norma jurídico-penal, e, como tal, deve ser inocuizado – a esta luz, surge o desolador direito penal do inimigo; **viii**) porque assim é, a vigência da norma jurídico-penal aparece como um específico “bem jurídico-penal”; **ix**) a esta luz, o direito penal é configurado com base numa ideia de preservação da estrutura social contra um dano à vigência da norma que conduz, inerentemente, à garantia contra-fáctica de certos feixes de expectativas comunitárias; **x**) numa palavra, o foco passa a estar no delito enquanto infração de um dever, e não numa inimidade para com o dever-ser jurídico-penal; neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004, pp. 28-42; HEIKO LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Köln: Carl Heymanns, 2007, pp. 221-229; POLAINO NAVARRETE, “Scientia Universalis”, in: *Festschrift für Roxin*, 2011, pp. 174-177. Este posicionamento teórico tem sido, de todos os lados, asperamente criticado. Desde logo, porque assenta, ele próprio, num recorte impreciso e vago. Com efeito, **i**) só partindo de uma noção kelseniana de *Grundnorm* (norma imperativa fundamental) é que se pode, com alguma propriedade, definir os exatos contornos da díade estrutura sistémica-harmonia social, e não se vislumbra esse esforço de concretização por parte da teoria do dano de vigência da norma; **ii**) por outro lado, não se percebe qual é o barómetro da danosidade social (a normativamente esperada pelo cidadão-pessoa, que esse funcionalismo sistémico posterga, ou a juridicamente tutelada por um conjunto informe de cidadãos-sistema que acalentam a expectativa de cumprimento por outrem de normas jurídico-penais que, eles próprios, pela sua fluidez e imprecisão, desconhecem?);

jurídicos coletivos<sup>12</sup>, que concitam em si, por um lado, os clamores da comunidade sócio - jurídica, e, por outro lado, uma maior necessidade da atenção funcional dos operadores judiciários que integram o sistema de administração de justiça penal.

iii) a noção teórica de estrutura social, de sabor totalizante, assenta numa desconformidade entre a conduta do arguido e a normativamente esperada, não pelo dever-ser jurídico-penal, mas por um dever de não fazer perigar a vigência da norma jurídico-penal (cujo conteúdo teleológico, pela sua opacidade, ninguém consegue captar); iv) logo, quem atentar contra os alicerces da estrutura normativo-social deve sofrer uma *capitis diminutio maxima* e passar de indivíduo-pessoa a inimigo, o que cauciona, desde logo, a seguinte perplexidade: só deve ser considerado como inimigo um arguido que pratique um crime de injúria ou só aquele que pratique um crime de homicídio ou um crime de terrorismo? Não se afigura límpida a resposta porque, em ambos os casos, e de forma intercambial, o arguido põe em causa a vigência da norma! v) Por conseguinte, esta teoria enfrenta, desde logo, invencíveis problemas de proporcionalidade em sentido estrito, do ponto de vista, não só da reação penal, como da proporcionalidade da reação penal, que deixa de ser consentânea com o bem jurídico violado (que feneceu, por força da emergência da feição totalizante da estrutura normativo-social, cujo conteúdo funcional é imperscrutável) e passa a ser medida (sempre e só) em função de qualquer norma penal violada, porque todas as condutas com relevo jurídico-penal atentam, em igual medida, contra o dever jurídico-penal normativamente pressuposto pela norma jurídico-penal, parificando um empedernido criminoso a um criminoso de ocasião. A estas críticas, da nossa lavra, somam-se outras críticas que se polarizam, no essencial, no seguinte: “no que se refere ao conteúdo das normas penais como um problema não-científico, a ser tematizado unicamente pelo sistema político, o modelo recorre a uma máxima vulgar e absolutamente incorreta, baseada em um conceito demasiado curto, restrito ou incompleto de ciência. Como consequência, a *teoria do dano de vigência da norma* não oferece qualquer tipo de limitação. Ela nada pode dizer – e também não o quer – acerca da legitimidade do conteúdo das normas penais concretas. Mas com isso, o direito penal transforma-se em mero instrumento de tecnologia social orientado à optimização do funcionamento da sociedade e qualquer forma de institucionalização pode ser objecto de protecção”; (itálicos nossos); JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 158-173, que seguimos de muito perto. Em sentido aproximado, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, “Rechthsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, Carl Heymanns, 2005, pp. 148-150; com outro enquadramento, no quadro dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal económico, THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, München, C.H. Beck, 2009, pp. 5-15. Por conseguinte, em face do (justificado) entono crítico desferido na direcção da *teoria do dano de vigência da norma*, aderimos, sem reбуço, à teoria constitucional do bem jurídico defendida por CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 8-42; Assim também, JOANA AMARAL RODRIGUES, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 176 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações», in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 36-37; MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e Legitimação do Direito Penal”, in: António Avelãs Nunes/Jacinto Nélson de Miranda Coutinho (org.), *Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 53; na doutrina alemã, FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2011, 3.º Capítulo, Número de margem 32; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio jurídico – constitucional implícito”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3998, Maio-Junho 2016, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, pp. 252 e ss; NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 12 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 387 e ss.

12 Bens jurídicos coletivos cunhados dogmaticamente como protecção das condições económico-sociais-quadro de uma dada comunidade sócio-cultural. Essa discussão científica tem sido realizada no âmbito da trilogia sociedade do risco, bens jurídicos coletivos e delitos de acumulação, cujos desenvolvimentos dogmáticos escapam ao objeto principal da presente monografia. Seguimos de muito perto, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos — Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, pp. 124 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ NUNO BRANDÃO, “O crime de burla tributária”, in: Paulo Otero *et alii* (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 406 e ss; JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 55 e ss; NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 717 e ss; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 220 e ss., 299 e 315, SUSANA AIRES DE SOUSA “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC)*, n.º 86, 2010, p. 244 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois”, in: Figueiredo Dias *et alii*. (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 382 e ss. Em sentido crítico em relação aos bens jurídicos colectivos e aos delitos de acumulação, AUGUSTO SILVA DIAS, ““What if everybody did it?”: Sobre a “(in) capacidade de ressonância” do direito penal à figura da acumulação”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 3/2003, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 332 e s; AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 70 e ss; AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstituição de uma Distinção Clássica, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 216 e ss, 656 e ss; JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 142.º ano, n.º 3978, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 160 e ss. Entendendo que os *bens jurídicos supra-individuais* “nada mais são do que projecções ou afloramentos do

b) Compreende-se a razão de ser desta (só aparente) mudança de paradigma processual penal (outrora de base eminentemente conflitual, hoje, desejavelmente, de base eminentemente consensual): a justiça estadual e o modo de combater a pequena, média e grande criminalidade atravessam tempos de profunda transformação<sup>13</sup>.

Isso é particularmente visível, de forma bifronte, por um lado, no polimorfismo e na volubilidade do princípio da necessidade da pena e, por outro lado, na forma como a justiça estadual respondeu aos desafios emergentes da sociedade do risco e da pós-modernidade industrial. Por outro lado, ainda, na forma como o direito penal se adequou à criminalidade emergente da crise económico-financeira de 2008. Subtrai-se ao escopo primacial do presente artigo a escalpelização da gênese da crise financeira e do seu impacto nas estruturas dogmáticas tradicionais do Direito Penal hodierno<sup>14/15</sup>.

individual”; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Bens jurídicos colectivos e bens jurídicos políticos”, in: Costa Andrade et al. (orgs.), in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 306 e ss; na doutrina brasileira, LUÍS GRECO, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, in: *Revista da Concorrência e da Regulação (C&R)*, Números 7/8, 2012, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 354 e s; na doutrina do direito comparado da Alemanha, que também seguimos de muito perto, ROLAND HEFFENDL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 59 e ss, pp. 119 e ss; ROLAND HEFFENDL, “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, in: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2002, p. 25; ROLAND HEFFENDL, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 121; WINFRIED HASSEMER, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 300; ROLAND HEFFENDL, “Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?”, in: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1997, p. 122; BERND SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 137 e ss; CLAUS ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: Hefendehl (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 138 e s; BERND SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, in: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1995, p. 205 e ss.

13 O bordão axiológico de uma *justiça em transição* congloba referentes de sentido que sobrepõem a mera *estrutura estática* do sistema judiciário (tribunais e respetiva aparelhagem orgânico-material) e se estendem à *estrutura dinâmica* do sistema judiciário (legislação e cultura judiciária dos magistrados que compõem aquela), sem olvidar a tonalidade político-mundivencial do caldo cultural que subjaz a um determinado ordenamento jurídico: “os sistemas judiciários estão particularmente expostos a fatores de transição política. A substituição de regimes totalitários por regimes democráticos a regimes totalitários tem impacto na organização da justiça e no estatuto dos magistrados. O impacto pode ser um barómetro da natureza e do significado das mudanças. A rutura ou a continuidade dependem dos sistemas jurídicos e do grau de efetividade da *rule of law*. Uma justiça inspirada num modelo positivista e burocrático terá maior capacidade de absorção das transformações. A recodificação pode ser suficiente. Já uma justiça aberta à jurisprudência de interesses, à atitude prudencial e a critérios de oportunidade exigirá uma atenção maior à reorganização das jurisdições e ao perfil dos magistrados. Os riscos de confronto com o novo regime serão mais elevados”; J. N. CUNHA RODRIGUES, “A justiça em tempos de transição”, in: *Julgar*, N.º 29, Maio-Agosto 2016, Coimbra, Almedina, 2016, p. 21. Cada comunidade sócio-cultural é o produto do seu tempo: “trata-se de reconhecer que só a *natureza histórico-cultural do Direito* confere *identidade* aos institutos jurídicos e, deste modo, permite um suficiente grau de objectividade no conhecimento para que este possa ser ainda dogmático; não há ensaio jurídico que, para ser dogmático, possa ser absolutamente alheio ou contrário à dimensão histórico-cultural do instituto jurídico que estuda. Por isso, a dogmática deve ser entendida como objeto da História do Direito, tendo em conta a natureza histórica da positividade vigente; devendo ser ponderada a par de outras ciências auxiliares da dogmática, como a sociologia do Direito, a filosofia do Direito”; (itálicos nossos); DIOGO COSTA GONÇALVES, “Dogmáticas de transição na evolução dos sistemas”, in: *Revista de Direito Civil* N.º 1 (2016), *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 157-158.

14 O que não nos inibe de delimitar, a traço grosso, as causas próximas e longínquas da crise financeira do *subprime* e dos relevantes contributos jurídico-penais (portugueses, espanhóis e alemães) para fazer face àquela. Basta convocar a crise imobiliária norte-americana para esse efeito. “Em 1946, cerca de 40 % da população norte-americana era proprietária da sua própria casa. Em 1970, tal cifra era de 60 %, o que representa uma pujante classe média. Com Georges W. Bush, cujo programa visava uma *ownership society*, procurou facultar-se a propriedade a camadas crescentes de população. Teoricamente isso era possível, embora com um problema: a distribuição desigual da riqueza, que levava a que 1% da população detivesse quase um terço do património dos Estados Unidos. Os esquemas postos ao serviço da popularização da propriedade passavam por deduções fiscais e por subvenções da *Federal Housing Administration (FHA)*, através de *Government Sponsored Entities (GSE)*: a *Fannie Mae (Federal National Mortgage Association)* e a *Freddie Mac (Federal Home Mortgage Corporation)*. A gestão privada das subvenções levou a que elas fossem dirigidas, num primeiro tempo, para as famílias médias: não para as de poucos recursos. Os juros eram muito baixos, tanto mais que havia ligação aos juros das obrigações do tesouro, facilmente colocadas na China, no Japão, na Coreia e em Taiwan, com juros mínimos. A liquidez daí

derivada alimentava o “tapete virtuoso”. A procura de casa subiu, sendo seguida pelo incremento da construção, mas com uma dilação. Temos uma bolha imobiliária: o preço da casa sobe para além dos custos do terreno e da construção e para além do que o arrendamento “normal” poderia gerar. Não havendo “bolha”, as boas práticas só permitiriam emprestar fundos aos agregados “fechados”, isto é: que dessem garantias de, pelos seus rendimentos, poder pagar o capital e os juros. Tais garantias eram asseguradas pela *Fannie Mae* e pela *Freddie Mac*: exigia-se um empréstimo máximo de US \$ 417.000; uma entrada com capital próprio de 20 %, no mínimo; um rendimento bastante devidamente documentado. O empréstimo em jogo era seguro, estando garantido, ainda, por hipoteca. Era a “categoria A” ou situação *prime*. O modelo estava em equilíbrio. Com as facilidades e a liquidez disponíveis, o número de famílias cobertas alargou-se, os *primes* aumentaram e o preço da habitação subiu, alimentando a bolha. A partir de um certo momento, a manutenção da prosperidade elevou as tensões sobre o equilíbrio. Primeiro, verificou-se que os *primes*, na tipificação das agências federais, eram demasiado uniformes. Uma casa média na Califórnia exigia um financiamento de US \$ 729.000 (*jumbo*), a dispensar a famílias que ofereciam garantias. Temos a categoria “Alt A” (*Alternative A*), ainda comportável. O efeito de bolha amplia-se. A subida contínua do imobiliário leva à concessão de empréstimos a pessoas que, de todo, já não reuniam condições requeridas pelas *Fannie Mae* e *Freddie Mac* para os *primes*: temos as “categorias AB”, “B”, “BB” e assim por diante, globalmente ditas *subprimes*. Os financiamentos *subprimes*. Os financiamentos *subprimes* podem ser explicados com recurso à hipótese Minsk. Temos, em primeiro lugar, o financiamento especulador. Trata-se de empréstimos *interest only*. Ao interessado não se exige que possa reembolsar o capital: apenas que pague os juros. Caber-lhe-á o *roll over* do empréstimo ou a venda da casa. Num ambiente de bolha, não há problema: como a casa vale sempre mais, não só a renegociação do empréstimo é fácil como a garantia funciona e com mais lucros. Mas se é assim, porque não ir mais longe e financiar mesmo quem não possa pagar juros? Chega a cavalaria, com financiamentos Ponzi. A criatividade financeira norte-americana funcionou. Um modelo habitual era o dos empréstimos 2/28: durante dois anos, o beneficiário do empréstimo pagava parte dos juros, acrescendo, o resto, ao capital; passado esse período, a mensalidade ajusta-se, duplicando ou triplicando, a menos que haja renegociação. As cláusulas penais ou de cautela multiplicam-se: quando o capital em dívida atinja os 115 % ou os 120 % do capital mutuado, o financiamento passa a normal, com capital e juros. A bolha está no zénite. Como foi possível tal situação, cujos efeitos se advinham? Evidentemente: na origem temos o défice norte-americano, a sobreliquidez, o financiamento do consumo pelo saldo das exportações chinesas, reintroduzindo no continente americano através da aquisição maciça de obrigações do tesouro e assim por diante. Mas no concreto cenário dos *subprimes* avultam a desregulação e a titulação. Os candidatos *subprimes* são aliciados por corretores interessados, que se movimentam nas áreas suburbanas onde nem é seguro abrir agências bancárias. Tais corretores não são regulados. Adquirido um “cliente”, recebem a sua comissão e passam ao seguinte. O banqueiro concede o empréstimo e fica titular de um crédito hipotecário. Este é titulado e colocado em *Wall Street* e, a partir daí, em todo o Mundo. A titulação abrangia, na origem, os *primes*: créditos sem risco, duplamente garantidos pela vigorosa classe média americana e por hipoteca sobre casas em alta. Os produtos financeiros daí derivados tinham uma procura avassaladora: eram seguros, davam rendimento e permitiam absorver a volumosa liquidez disponível. Os banqueiros limpavam o seu balanço, acolhiam a comissão, eliminavam o risco e recebiam meios que permitiam conceder novos empréstimos. Mas a quem? Satisfeita a “área fechada”, havia que passar aos especuladores e, por fim, à cavalaria. Os *subprimes* tinham procura: afinal, estavam garantidos por casas em alta. A titulação funcionava. Mas aí, tornou-se complexa e opaca: de novo por falhas regulativas, os créditos titulados eram ordenados em produtos complexos (ABS, de *asset-backed securities*, CDU, de *collateralized debt obligations*, como exemplos), com “fatias” de créditos A, Alt-A, AB, B, BB, e assim por diante. A imensa procura de derivados do crédito levou a que fossem aditadas “fatias” representativas de créditos bancários, de créditos ao consumo e de créditos de toda a ordem. As agências de notação de riscos bloquearam. Num ambiente de procura intensa, as prevenções eram desmentidas pelos factos. A complexidade dos produtos vendidos no Globo era tal que a UBS estimou ser necessário, para o exacto cumprimento de um deles, examinar a génese de mais de 7.000 títulos, incluindo *sub primes*. Chegamos à bolha global: o valor já não tem a ver com o bem em jogo, mas com o preço que se espera no futuro. Os banqueiros financiam-se no mercado, refinanciam-se entre si e asseguram empréstimos que fazem crescer a bolha, num ciclo de triliões de dólares. No pico da bolha, tudo dispara: matérias-primas (com o petróleo em inimagináveis 150 dólares), alimentos, acções e clubes. Ainda nesse ambiente, multiplicam-se as fraudes, os desvios e os descuidos. A liquidez fácil permite cobrir falhas, enquanto a titulação de créditos dissemina-os, com facilidade, num mercado cuja opacidade aumenta com a escala planetária que tudo absorve (...). No plano financeiro, os reflexos foram devastadores. Na linha da frente estavam as instituições especializadas em *subprimes* e, desde logo, a *Countrywide Financial*, de Ângelo Mozilo, *leader* no sector. Confrontado com as primeiras quebras, Mozilo tenta a fuga em frente, intensificando os empréstimos. A falta de liquidez veda veleidades; a empresa passa de 15 a 5 biliões de dólares. O *Bank of America* comprou a *Countrywide* no princípio de 2008, a 18 dólares a acção; cotada então a 5, quando valera, seis meses antes, 50. Em Junho de 2007, a *Bear Stearns* anunciou que dois dos seus *Hedge Funds*, recheados de *sub primes*, perderam todo o valor. É fácil: basta que não tenham procura. A *Bear Stearns* acabaria adquirida, por preço vil, pelo *JP Morgan Chase*: e com garantia da Reserva Federal (16-Mar.-2008). Em Julho cai o banco *Indy Mac*, tomado pelo Estado. Após nova agonia pela falta de procura de todos os títulos – mesmo os notados AAA – e goradas as hipóteses de recuperação, o *Lehmann Brothers* (o 4.º banco de investimento) entrou em falência. Em 30-Jul.-2008, o poderoso *Meril Lynch* põe em venda a sua carteira de CDO que abrangia *subprimes* então já considerados “tóxicos”. No valor nominal de 30, 5 biliões de dólares, foi vendido por 6,7 biliões (um mês antes, valeria 11, 1 biliões). *Meril Lynch* (3.º banco) é adquirido, *in extremis*, pelo *Bank of America*. A sucessão de desaires intensifica-se. Instituições saudáveis como a *Goldman Sachs* e *Morgan Stanley* chegam a perder mais de 20 % em cada sessão de bolsa e passam (com o apoio federal) a bancos comerciais: o fim da banca de negócios. Em Julho de 2008, os já semi-públicos *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, que num efeito de retorno haviam adquirido títulos que envolviam *subprimes*, foram interencionados pelo Congresso. Mesmo assim: em Agosto de 2008, já haviam perdido, respectivamente, 85 % e 87 % do seu valor”; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, 1 (2009), 2, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 268-271; ver ainda, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Organização e supervisão dos mercados financeiros”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 581 e ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Fair value ou valor de mercado: multiplicador da primeira crise financeira global”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, ano 141.º, n.º 3974, Maio-Junho 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 280 e ss; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: *Revista de Direito das Sociedades em Revista (RDS)*, Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 59-61; CHARLES MURDOCK, “The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: What Caused The Financial Crisis and Will Dodd – Frank Prevent Future Crisis?”, in: *S.M.U. Law Review*, 1243, 2011, pp. 138 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de

aliança luso-americana?”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Número 2, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 411-433; MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número III, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 537-604; TIAGO BESSA, “Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano II (2010) – Número 3-4, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 853-869; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Regulação e Supervisão de Hedge Funds: Percurso, Oportunidade e Tendências”, in: AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Volume VIII, 2008, em especial, pp. 65-81; IAIN CULLEN, “Hedge Funds: Structure and Documentation”, in: AAVV, *Hedge Funds: Law and Regulation*, coord., Iain Cullen e Helen Parry, 2001, pp. 141-157; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os ‘Hedge Funds’ e o Governo das Sociedades”, in: AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Volume IX, 2010, pp. 9-70; ver, na doutrina norte-americana, DILI GHOSCH/EPHRAIM CLARCK, *Arbitrage, Hedging, and Speculation: The Foreign Exchange Market*, Praeger, New York, 2004, pp. 8 e ss; INÊS SERRANO DE MATOS, “Hedge Fund: o Accionista que nunca dorme?”, in: *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas*, Volume II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014, pp. 2233 e ss; num âmbito mais geral (*delisting* de participações sociais e crise económico-financeira de 2008); na doutrina alemã, OLIVER ROTHLEY, “Aufgabe der Macroton-Grundsätze”, in: *GWR*, 2013, pp. 489 e ss; MICHAEL ARNOLD/VERA ROTHENBERG, “BGH-Entscheidung zum Delisting: Alle Fragen geklärt?”, in: *DStR*, 2014, pp. 144-161; LARS KLHÖN, “Delisting- Zehn Jahre später/Die Auswirkungen von BVerfGE”, in: *NZG*, 2012, pp. 821 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A perda da qualidade de sociedade aberta (*delisting* de participações sociais): a tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Coimbra, Almedina, Ano 8 (2016), N.º 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 893-929.

15 Podemos, no entanto, respigar, de forma necessariamente tópica e sincrética, alguns contributos doutrinários (portugueses, espanhóis, e, principalmente, alemães) recentemente emergentes na arena jurídica. Dando a palavra à doutrina nacional que se tem debruçado – com lustro – sobre o assunto: “As práticas e os efeitos da crise, sobretudo atingiram o nível de casos judiciais nos EUA e na Europa, suscitaram acesso debate na doutrina penal. No centro da discussão está a capacidade de rendimento do Direito Penal para lidar com práticas e efeitos desta dimensão e para prevenir a sua ocorrência no futuro. Esse debate, que está documentado em vários livros e artigos de revistas científicas, sobretudo publicados em língua alemã e castelhana, gira em torno de dois temas principais: a adequação das incriminações vigentes, sobretudo os crimes patrimoniais, e, em especial, a infidelidade patrimonial, para reagir aos ilícitos da crise; a necessidade de novas soluções que melhor se ajustem e afinem a eficácia do Direito Penal no combate a tais ilícitos. Quanto à questão de saber se o Direito Penal pode funcionar como instrumento de superação de crises financeiras desta envergadura, o debate atual como instrumento de superação de crises financeiras desta envergadura, o debate atual revela o confronto entre uma *orientação cética* e uma *orientação otimista*. A questão desdobra-se numa outra de saber se pode haver lugar à responsabilidade individual, inclusivamente à responsabilidade baseada num demérito pessoal, pela prática de comportamentos que foram conduzidos e estimulados pela lógica dos mercados ou, se se preferir, por deficiências internas ao sistema financeiro global. Se uma resposta afirmativa parece esbarrar nas estruturas da imputação e da censura individual, por falta de domínio individual do acontecimento – o critério básico de imputação, desde logo da imputação objetiva – uma resposta negativa parece evidenciar, por outro lado, a injustiça da impunidade de quem age dentro e a coberto de uma lógica sistémica. Segundo os defensores da orientação cética, os acontecimentos da crise financeira atual devem-se a um “fracasso do sistema” (*Systemversagen*). As “ovelhas negras” do sistema financeiro não foram seres maquiavélicos que comandaram os episódios que marcaram a crise, mas antes, de certo modo, pedões manietados pela mão invisível dos mercados (.....)”; cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, *Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 45-73.

Em face da pujança plenipotenciária (altamente deletéria para o tecido económico-financeiro global) da crise financeira de 2008 não tardaram a emergir na cena internacional propostas que, no essencial, se polarizaram na defesa empedernida de um novo paradigma (um novo Direito Penal) de repressão e prevenção das crises financeiras globais e que passaram, não raro, pelo aluimento das estruturas dogmáticas tradicionais do Direito Penal Clássico e pela emersão de uma parafernália de institutos jurídico-penais que visam afeiçoar-se às exigências da sociedade económico-financeira de raiz global. Tal mudança de paradigma assentou primacialmente em quatro supedâneos essenciais: **i)** o cariz sistémico e globalizado da crise económico-financeira de 2008 (precedentemente explanada nos seus traços prototípicos); **ii)** a inexistente ou limitada capacidade de rendimento das estruturas dogmáticas tradicionais do Direito Penal Clássico para fazer face à natureza sistémica e global da crise financeira que eclodiu no final da década passada, tanto do ponto de vista da repressão, como do ponto de vista da prevenção dos mesmos; **iii)** a constatação de que existe uma franja não despidianda de crimes económicos que se escapa à “ditadura” das regras nucleares vigentes em tema de economia financeira; e, **iv)** a necessidade de criação de um *Direito Penal da crise financeira*, que passaria pela edificação de novas estruturas dogmáticas, criadas por acinte, para fazer face à natureza transnacional, globalizada e sistémica da referida crise financeira e aos denominados ilícitos da crise económico-financeira. Dentre a panóplia de contributos doutrinários emergentes na arena científica internacional destaca-se a apologia da “grande solução”, no que tange aos crimes económico-políticos desenhada por Naucke, que vinca a inadequação do Direito Penal tradicional para, no imediato e sem mais, responder aos desafios emergentes dos ilícitos económico-políticos. Vale a pena respigar os traços essenciais da referida proposta (recentemente extratada pela doutrina nacional, que vimos acompanhando): “uma outra dimensão do Direito Penal da crise económico-financeira, tributária de uma “grande solução” e de uma “dogmática especial”, é aberta pela proposta de Naucke do conceito de crime económico-político. Esta proposta, apresentada no seminário de Direito Penal de Frankfurt, suscitou forte impressão e intensa discussão. Não é surpresa nenhuma se pensarmos que nesse seminário participam alguns dos partidários da conceção cética acerca da capacidade de rendimento do Direito Penal para lidar com ilícitos financeiros. Crimes económico-políticos são aqueles que provocam a destruição das condições de vida de muitos cidadãos em consequência de decisões económicas de dirigentes de topo como aquelas que desencadearam a crise financeira contemporânea; são crimes de natureza económica que atuam destrutivamente sobre a liberdade pessoal e sobre as instituições jurídicas de proteção da liberdade. Este conceito exprime uma ideia fundamental do Direito Penal secular: a defesa da liberdade da pessoa contra o poder avassalador de outros (.....). Por isso, propõe que se avance para a criação de novos tipos incriminadores menos equívocos e mais adequados à repressão dos factos económico-políticos de grande expressão. (.....). A tipificação dos comportamentos lesivos dessa dimensão da liberdade cidadã não deve ser incorporada nos crimes patrimoniais, nem nos crimes contra a liberdade pessoal, nem em qualquer âmbito do Direito Penal que seja politicamente neutro, mas num capítulo dedicado aos crimes contra os direitos de liberdade económicos. Este Direito Penal é um Direito Penal Internacional e na sua substância ao Direito Penal Económico de uma economia planificada, como foram as economias de países do leste europeu sob o

Contudo, faz-se mister enfatizar o seguinte: o *direito da crise financeira* desnudou uma realidade jurídico-económica importante: hoje (mais do que nunca) se deve olhar para a *juridicidade da economia do direito* (e para as franjas de economicidade que daí emergem) com crescente atenção e foco analítico. Aceita-se que assim seja: não existe um sistema jurídico-penal eficaz despojado de uma lógica de maximização da justiça consensual, e sem uma correspondente lógica de otimização dos escassos recursos judiciários. Divisa-se, assim, uma ligação umbilical entre ambas. Este é um dos pontos cardeais do presente artigo doutrinal.

c) A esta luz se compreende que, sendo consabida a escassez dos meios logísticos e humanos, se possa, de modo que se julga dogmaticamente fundado, mobilizar e adaptar alguns ensinamentos da doutrina norte – americana, concretamente da corrente de pensamento da *Law and Economics Scholarship* e da *Behavioral Law and Economics Scholarship*. Tal mobilização colima-se à ênfase da necessidade de racionalização e otimização, não do uso do sistema de justiça, enquanto baluarte de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas da necessidade de *maximização funcionalmente orientada* desse uso por parte dos operadores judiciários. Uma tal maximização funcionalmente orientada tem como escopo primacial a defesa intransigente dos direitos fundamentais dos arguidos, e corporiza-se através da utilização exaustiva e intensiva de mecanismos processuais que concorram para a realização efetiva, leal<sup>16/17</sup>,

---

domínio soviético”; AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, *cit.*, pp. 45-73; na doutrina alemã, KUBICIEL, *Die Finanzmarktkrise Zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht*, in: *ZIS*, 2, 2013, pp. 18 e ss; NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, 2012, LIT, pp. 8-72; na doutrina espanhola, GARCIA RIVAS, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera”, in: DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, 2014, pp. 19 e ss; CARLOS GÓMEZ JARA-DÍEZ, “Crisis financiera y retribucion de directivos: terreno abonado para su cuestionamiento penal por via de la administración desleal”, in: *Indret*, n.º 2, 2009, pp. 2-19 (acesso: 8 de Maio de 2018).

16 Sobre o princípio da lealdade processual no cruzamento reflexivo com o princípio seminal do *nemo tenetur se ipsum accusare*; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *J.B. v. Suíça*, de 03 de Maio de 2001, disponível em <http://echr.coe.int/echr>; JOANA COSTA, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público (RMP)* n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, 2011, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 151 e ss; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Martinen c. Finlândia*, de 21 de Julho de 2009, disponível em <http://echr.coe.int/echr>; HELENA GASPAS MARTINHO, “O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1073 e ss; CATARINA ANASTÁCIO, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, 2010, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 228 e ss; VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 184-185. Apelando ao princípio da lealdade processual, PAULO DE SOUSA MENDES “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 139 e ss; na doutrina de inspiração germânica, ELISABETH KÖCK, “*Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände*”, in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2004, pp. 267-279; na doutrina inglesa, ANGUS MACCLOCH, “The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Practical Implications”, in: *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, 2006, pp. 211-237; Em sentido divergente, DIANA ALFAFAR, “O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito sancionatório da concorrência”, in: *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 336 e ss.

17 O princípio da lealdade processual aqui entendido não só como um princípio norteador da atuação do titular da ação penal (o Ministério Público), mas, e sobretudo, como uma incontornável baliza valorativo-comportamental de todos os sujeitos processuais, que se interliga, genética e funcionalmente, com o quintessencial princípio da boa-fé processual. É um princípio geral de Direito. Isso mesmo resulta de investigações científicas havidas noutras latitudes dogmáticas: “A regra da conduta da boa-fé responde a

eficaz<sup>18/19</sup>, célere de uma justiça material de base eminentemente consensual. Denominamos a isto uma *maximização da justiça consensual* (MJC).

Tal asserção significa que, ao contrário do que afirma Posner, não se preconizará a *Wealth Maximization* que, segundo o mesmo, deverá presidir a toda e qualquer decisão judicial. Ao invés, preconizar-se-á a racionalização do sistema de administração da justiça, tendo como pano de fundo a otimização dos mecanismos processuais inscritos na lei processual penal portuguesa e de Macau, que promovam, pela base consensual a que lhes subjaz, a *maximização da justiça consensual* (MJC).

## **2. Economia do Direito (*Law and Economics*), economia comportamental do Direito (*Behavioral Law and Economics*), e o Direito Processual Penal: a administração da justiça penal como um xadrez polícromo sujeita a meros referentes economicistas? Apologia de uma política criminal (que propugne a maximização da justiça consensual) comprometida com a poupança de recursos judiciários**

a) A administração da justiça penal lusófona atravessa, como vimos, momentos de profunda transformação. De todos os quadrantes (mesmo aos mais inóspitos) emergem clamores (mais ou menos esclarecidos) por uma administração da justiça penal materialmente justa, célere, eficaz. Nada de novo, pois. A verdadeira novidade reside na adoção de um discurso jurídico progressivamente comprometido com referentes economicistas<sup>20</sup>. Essa é uma tendência que tem sido transversal ao Direito (multidisciplinarmente cunhado) e tem permeado cada vez mais e mais diversos ramos do Direito<sup>21/22</sup>. Tal tendência tem tido, igualmente, respaldo dogmático ao nível

---

esta realidade, apertando a malha daqueles deveres que disciplinam a relação, tal como ela deve desenvolver-se entre *sujeitos leais, razoáveis e honestos*. Eles conduzirão com frequência à necessidade de prevenir atempadamente o outro sujeito da relação com respeito a alguma alteração futura da conduta, sob pena de responsabilidade. Tais deveres, inspirados na regra da boa-fé, não provêm de nenhum compromisso negocial e não podem ser entendidos como obrigações em sentido técnico.”; (itálicos nossos) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2004, p. 578.

18 “A eficácia da justiça penal é, certamente, um valor importante à sobrevivência do próprio Estado de direito”; JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a Manutenção do Paradigma ou uma Reforma Encoberta?”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 18, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 205.

19 A jurisprudência do Tribunal Constitucional vem sistematicamente afirmando a imperiosidade de um sistema de justiça penal eficaz, quer do ponto de vista da prossecução do *ius puniendi* da máquina punitiva estadual, quer do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos dos abusos (e excessos) punitivos da referida máquina punitiva estadual; seguimos de muito perto, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Paulo Mota Pinto, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

20 Tal conexão economicista foi feita muito recentemente pela doutrina portuguesa “a circunstância de o recurso ao “dispute boards” constituir uma solução provisória de litígios surgidos durante a execução das obras, a requerer uma *composição rápida, ainda que efêmera, a fim de que o desentendimento entre as partes não comprometa gravemente a viabilidade económica do projeto*”; (itálicos nossos); ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Litígios em contratos de construção de grandes infraestruturas – Especificidades e meios de resolução”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número 2, Coimbra, Almedina, 2017, p. 312.

21 É muito comum falar-se, a este respeito, em tema de Processo civil e Direito da Arbitragem, numa difusa crise da justiça. Na medida em que o (supostamente holístico) sistema de justiça não protende a uma visão estratégica de longo prazo e se encontra (momentaneamente) agrilhado em míopes visões político-partidárias que maximizam o *imediate* e postergam o *futuro*. Por essa razão, têm sido alinhavados relevantes contributos doutrinários que se colimam à criação de meios alternativos de resolução de litígios e à “desalavancagem” do sistema de justiça estadual, que se pretende materialmente justo, célere e, essencialmente, eficaz; PAULA COSTA E SILVA, “De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias”, in: *O Direito*, Ano 140, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 735-736; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Direito da Arbitragem na Região

do processo civil, mormente no que respeita ao direito comparado<sup>23</sup>. Tal deriva doutrinária não faz -e bem – qualquer alusão à administração da justiça penal com recurso a critérios economicistas, como veremos. Esse discurso de jaez economicista, ainda cingido ao Direito Processual Civil e ao Direito da Arbitragem, polariza-se, essencialmente, do ponto de vista estrutural, numa perspectiva estática, na ligação umbilical entre o Economia e Direito<sup>24</sup> e na *poupança de recursos judiciários*<sup>25</sup>.

b) Não nos parece que seja de condenar esta deriva que propugna a poupança de recursos judiciários<sup>26</sup>. Pelo contrário. E por várias ordens de razões: em primeiro lugar, nenhum sistema de administração da justiça penal pode funcionar em pleno (de um ponto vista estrutural

---

Administrativa Especial de Macau: o acesso ao direito e aos tribunais (art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) e os meios alternativos de resolução de litígios”, in: *Revista de Administração Pública de Macau (RAP)*, n.º 113, vol. XXIX, 2016-3.º, Macau, 2016, 179-189; na doutrina italiana, MICHELLE TARUFFO, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”, in: *Revista de Processo*, Ano 32, numero 152, (Outubro de 2007), 2007, pp. 319-331; na doutrina alemã, PETER GOTTWALD, “Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten”, in: *Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag*, org. Gerhard Luke/ Takehiko Mikami/Hans Prutting, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 137-155.

22 No âmbito do direito administrativo, o bordão axiológico da poupança de recursos judiciários tem sido associado à ideia da racionalização do processo ou, mais prosaicamente, à ideia motriz da racionalização dos meios na jurisdição administrativa estadual. São indistigáveis as semelhanças com os referentes economicistas de um ponto de vista estrutural, numa perspectiva estática, que vimos aqui afirmando. Isso mesmo resulta do seguinte passo: “Numa perspectiva de conjunto, as várias medidas adotadas na presente reforma parecem obedecer a uma ideia central de racionalização processual. Procura o legislador tornar mais eficiente o processo tirando o máximo partido dos meios de que dispõe, assim eliminando, sob um propósito de economia processual, os atos que se afiguram inúteis ou dispensáveis à consecução dos fins visados. Pela simplificação, visa-se atingir uma gestão maximizada dos meios processuais”; (itálicos nossos); FERNANDA MAÇÃS, “A Racionalização do Processo: considerações breves sobre uma ideia central que preside à Revisão do CPTA”, in: *Julgar*, Maio-Agosto 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 153.

23 As preocupações com a poupança de recursos judiciários parecem ter impressionado o legislador suíço, que empreendeu um esforço de unificação do processo civil suíço e acentuou a intensidade do princípio da celeridade processual, o princípio da imediação e ao princípio da publicidade; na doutrina suíça, JACQUES HALDY, “Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse”, in: *Révue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008, pp. 238 e ss; WEY RAINER, “Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, in: *Hafpflichtprozess*, Zurique, 2010, pp. 48 e ss. Tais preocupações pela eficácia e eficiências processuais, sob o ponto de vista da celeridade processual, da tensão para o fundamental e da resolução materialmente efectiva do litígio, estiveram, igualmente, no núcleo das preocupações do legislador processual civil italiano de 2009 (no dia 19 de Junho de 2009, entrou em vigor a Lei n.º 69/09, que alterou várias disposições legais do Código de Processo Civil Italiano); na doutrina italiana, ALBERTO BUCCI/ ANNA MARIA SOLDI, *Le Nuove Riforme del Processo Civile*, Cedam, Padova, 2010, pp. 78 e ss; DINO BOUNCRISTIANI, “Il Nuovo art.º 101, comma 2.º CPC sul Contraddittorio e sui Rapporti tra Parti e Giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2, 2010, pp. 398 e ss.

24 Essa aproximação entre o Direito e a Economia é, hoje, particularmente visível na ligação umbilical entre o Direito da Arbitragem e os litígios de grande valor económico e que se traduzem “no interesse geral de se favorecer o recurso a arbitragem enquanto meio de resolução de litígios que melhor serve o eficiente exercício das actividades económicas”; na doutrina inglesa, ALAN REDFERN/ MARTIN HUNTER/NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 95-99; na doutrina francesa, BERNARD HANOTIOU, *L’arbitrabilité- Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, The Hague, 2003, pp. 43-61; na doutrina portuguesa, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 29-31; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, in: *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Comércio e Indústria*, republicado na *Revista de Arbitragem e Mediação 27 (RARB)*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 13-43, que seguimos de muito perto.

25 Um afloramento desta procura incessante pela racionalização de meios processuais e de custos económicos na administração da justiça processual civil surgiu retratada recentemente na doutrina portuguesa: “Ora é a carga fáctica que determina a carga específica – temporal e de meios – de cada processo, mais do que o valor da causa. Se queremos continuar a ter juízes nos processos, temos de aligeirar a carga fáctica que lhe é presente: não podem estar prisioneiros de um processo de partes”; (itálicos nossos); RUI PINTO, “O Processo Civil Português: diagnóstico e cura”, in: *Julgar*, N.º 17, Maio-Agosto 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 138.

26 Compreende-se porquê: a Justiça tem um cariz de serviço público e, nessa medida, tem de ser, ao menos em parte, e sem que se ceda a tentações de um economicismo tutelar de (estranho) sabor *posneriano*, guiada por considerações de eficácia, eficiência e contenção de custos; neste sentido, na doutrina francesa, E. SEVERIN, “Comment l’esprit du management est venu à l’administration de la justice”, in: *La Nouveau Management de la Justice et l’indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011, p. 54. De certa forma, esta tendência foi seguida muito recentemente no novo do Código de Processo Civil de Brasil de 2015, onde autorizada doutrina destaca que os desígnios da reforma foram: “a garantia de acesso à justiça; a duração razoável do processo; a razoabilidade; a paridade entre os litigantes e o contraditório efectivo; o compromisso com a celeridade e a economia processuais”; na doutrina brasileira, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “O Compromisso do Projeto do Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo”, in: *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n.º 190, 2011, pp. 238-256. Outro sector da doutrina brasileira acentua o reforço do “princípio do

e funcional) se não estiver estrategicamente alinhado com a racionalização e otimização dos seus meios judiciários, necessariamente contingentes e escassos. Compreende-se porquê: desalinhamentos estratégicos atinentes à racionalização e otimização do sistema de justiça penal, ou seletivas miopias político-partidárias, cujo fluxo e refluxo assentam tão-só no lábil fragor do tempo, resultam, invariavelmente, em desperdício judiciário. Basta fazer as contas: se onde se deve *pôr mais* (meios judiciários para o combate processual à grande criminalidade, verdadeiro sorvedouro de dinheiros públicos) se *põe menos* ou, pior, se se nivela tudo pelo mesmo estalão, o resultado judiciário só pode ser uma desoladora e generalizada ineficácia e ineficiência do sistema de administração da justiça penal: não se combate verdadeiramente nem a pequena e média criminalidade, nem, muito menos, a grande criminalidade.

Em segundo lugar, a deficiente distribuição dos recursos judiciários, ocasionada pela falta de racionalização e otimização dos meios judiciários, desnuda o manto diáfano da ineficácia global do sistema de administração da justiça penal e tem o condão de provocar uma imediata (mesmo irreversível) crise de confiança<sup>27</sup> junto dos destinatários últimos do mesmo:

---

contraditório e da simétrica paridade de armas”; FLÁVIO QUINAUD PEDRON, “A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos”, in: *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXVI, 2017, n.º 343, Janeiro-Abril de 2017, Braga-Rio de Janeiro, Universidade do Minho, 2017, pp. 82 e ss; em sentido aproximado, LUIZ FUX, “O Novo Processo Civil”, in: *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, pp. 8 e ss. Tais preocupações parecem ter impressionado o legislador suíço, que empreendeu um esforço de unificação do processo civil suíço e acentuou a intensidade do princípio da mediação e da publicidade; na doutrina suíça, JACQUES HALDY, “Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse”, in: *Révue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008, pp. 238 e ss; WEY RAINER, “Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, in: *Haftpflichtprozess*, Zúrique, 2010, pp. 48 e ss. Tais preocupações pela eficácia e eficiências processuais, sob o ponto de vista da celeridade processual e da tensão para o fundamental, do ponto de vista da resolução materialmente efetiva do litígio, estiveram, igualmente, no núcleo das preocupações do legislador processual civil italiano de 2009 (no dia 19 de Junho de 2009, entrou em vigor a Lei n.º 69/09, que alterou várias disposições legais do Código de Processo Civil Italiano); na doutrina italiana, ALBERTO BUCCI/ANNA MARIA SOLDI, *Le Nuove Riforme del Processo Civile*, Cedam, Padova, pp. 78 e ss; DINO BOUNCRISTIANI, “Il Nuovo art.º 101, comma 2.º CPC sul Contraddittorio e sui Rapporti tra Parti e Giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2, 2010, pp. 398 e ss.

27 A ideia (teoria) de confiança (*Vertrauenstheorie*) é tão cara ao direito ao ordenamento jurídico tomado na sua globalidade que estende a sua aplicabilidade a todos os ramos do direito. Tal ideia de confiança deve nortear o comportamento de todos os operadores judiciários. Mas não só. O Estado-Legislador, que não é estruturalmente um operador judiciário, mas uma espécie de *estratega judiciário*, deve dar o exemplo, que se corporiza no poder-dever de infundir confiança no espírito daqueles que operam no terreno judiciário: os operadores judiciários. Sem confiança na adequada distribuição de recursos judiciários, a aspiração a uma justiça penal materialmente justa, célere e, essencialmente, eficaz, não ascende ao patamar da realidade e soçobra nas penumbrosas águas da ficção. A doutrina alemã e brasileira têm, no âmbito do direito civil, dado a devida nota da necessidade (instante) da criação de laços de confiança entre as partes contraentes na órbita de um ordenamento jurídico comprometido com referentes de *justiça comutativa* e, principalmente, de *justiça distributiva*. Não é, pois, uma realidade judiciária (já de si insuscetível de desmembramento axiológico-funcional) estanque, mas um vaso comunicante com o Direito Penal, mais do que não seja por força do princípio da unidade da ordem jurídica (art.º 30.º, n.º 1, do Código Penal): a desconfiança na administração da justiça não “faz turnos” e não escolhe ramos do Direito; Sobre a confiança no ordenamento jurídico e, em especial, na responsabilidade civil pré-contratual; RUDOLF VON JHERING, “Culpa in contrahendo” oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen, in: *Gesammelte Aussätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 1, 1981 (reimpressão da edição de Jena, 1981), 1881, pp. 327-425; na doutrina italiana, GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell’equilibrio negoziale*, 2006, pp. 18 e ss; na doutrina brasileira, THIAGO RODOVALHO, “Obrigações e riscos”, in: *O Direito*, ano 146.º (2014), IV, Coimbra, Almedina, 2014, p. 879. A documentar o que vimos de afirmar, emergiu muito recentemente um estudo que confirma tais asserções, partindo da distinção entre *Trust* e *Trustworthiness*, e que se polariza no seguinte: a Justiça só pode infundir confiança nos seus destinatários últimos (os cidadãos) quando age com integridade e, essencialmente, com razoabilidade, em termos perspetivos e, principalmente, prospetivos: “our study utilized Mayer, Davis, and Schoorman’s (1995) distinction between *trustworthiness* (the ability, benevolence, and integrity of a trustee) and *trust* (a willingness to be vulnerable to the trustee) to clarify that connection. More specifically, we drew on a theoretical integration of social exchange theory, the *relational model*, and fairness heuristic theory to derive predictions about the relationships among *justice*, *trustworthiness*, and *trust*, with supervisors as the referent. A longitudinal field study stretching over two periods showed that informational justice was a significant predictor of subsequent *trust perceptions*, even when analyses controlled for prior levels of trust and trustworthiness. However, the relationship between justice and trustworthiness was shown to be reciprocal. *Procedural* and *interpersonal justice* were significant predictors of subsequent levels of benevolence and integrity, with integrity predicting subsequent levels of all four justice dimensions. We describe the theoretical

os cidadãos. Em terceiro lugar, mas não menos importante, tal crise de confiança na justiça penal pode materializar-se naquilo que autorizada doutrina penalista denomina, noutra âmbito temático, de *evento sumativo futuro*<sup>28</sup>: quanto menor for o esforço de racionalização e de otimização dos recursos judiciais no presente, maior será a erosão no capital de confiança no Estado-Legislador<sup>29</sup> (verdadeiro estratega judiciário) no futuro.

Não é por acaso que a doutrina penal começa, lenta mas inexoravelmente, a apelar decisivamente à densificação do bordão axiológico-funcional da *poupança de recursos judiciais*<sup>30</sup>. Tudo isto em estreita interligação genética e funcional com a proteção dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos (segurança coletiva, direitos de defesa do arguido em processo penal, dignidade da pessoa humana, paz jurídica, e o direito a um processo célere com uma duração razoável)<sup>31/32/33/34</sup>, e com o feroz combate à grande criminalidade que campeia

---

implications of these results for future research in the justice and trust literatures”; (itálicos nossos); JASON A. COLQUITT/JESSICA B. RODELL, “Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives”, in: *Academy of Management Journal*, 54, 2011, p. 1183.

28 AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”, Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Penais, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 801.

29 Estado-Legislador aqui entendido como a entidade (Assembleia da República ou, mais restritivamente, o Executivo) que se dedica à produção legislativa.

30 A dita doutrina penalista traça um laço de pertinência entre o tempo judiciário, a duração razoável do processo e a obrigação do Estado-Legislador de criar um sistema de administração da justiça penal comprometido com prolegómenos de eficácia processual; de eficiência processual e, sobretudo, de *poupança de recursos judiciais*: “em virtude da possibilidade de ação individual e das suas características ressarcitórias, o princípio da duração razoável do processo, no ordenamento convencional, é uma garantia subjetiva que tem por objeto a concreta situação subjetiva, ou seja, a sua violação é apreciada pelo Tribunal caso a caso, em relação quer à duração total de cada processo, quer ao comportamento eventualmente dilatatório dos intervenientes, qualquer que ele seja. O *postulado de eficiência penal* empurra em diversas direções a *exigência de celeridade na afirmação do poder punitivo*. Isso, em síntese, traduz-se na *obrigação de o legislador estruturar as normas processuais e o procedimento de modo a assegurar a poupança de recursos*, mas ao mesmo tempo assegurar um julgamento tanto mais próximo dos factos a julgar quanto seja razoável, também com o fito de garantir tempestivamente os efeitos de estabilização normativa de prevenção geral e especial das sanções. Comporta também a obrigação de diligência por parte das autoridades judiciais para que não seja a sua falta a causa da *demora excessiva do processo*” (itálicos nossos); GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípio da Celeridade e Prazos de Inquérito”, in: *Julgar*, N.º 34, Janeiro-Abril 2018, Coimbra, Almedina, 2018, p. 143.

31 Tal esforço já havia sido encetado, em bom rigor, pelo Tribunal Constitucional em 2014 que, a propósito da redação conferida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, ao art.º 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, emitiu um importante Acórdão que decretou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da aludida disposição legal. O referido aresto sublinhou, no essencial, que as exigências de celeridade processual não se podem sobrepor às exigências (igualmente ingentes) garantias de defesa do arguido em processo penal (art.º 32.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal). É aqui, pensamos, que reside o meritório esforço hermenêutico do Tribunal Constitucional em assegurar o núcleo essencial do direito fundamental social do arguido (as inalienáveis garantias de defesa em processo penal, de inspiração laica, humanista e antropocêntrica), que não pode (não deve) soçobrar perante exigências de *pura celeridade processual “à flor da pele”*; Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 174/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

32 A inexistente concordância prática entre o universo de inalienáveis garantias de defesa e as exigências de celeridade processual *a outrance*, ao (pior) estilo legislativo da redação conferida ao art.º 381.º, n.º 1 pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, tem merecido ásperas críticas por parte da doutrina recente, como resulta claramente do seguinte passo: “a insustentável leveza da configuração do regime legal do processo sumário na Reforma de 2013 afrontou a sua *vocação tendencialmente exclusiva para o julgamento de pequena e média criminalidade, deslocando o ponto de concordância prática entre o garantismo processual, a celeridade processual e a gravidade das consequências penais da conduta*. Tivesse o legislador temperado a urgência legiferante com alguma reflexão sedimentada sobre o problema e facilmente detetaria que a extensão do âmbito material de aplicação do processo sumário à criminalidade grave seria censurada pelo Tribunal Constitucional. (...) O desequilíbrio axiológico da solução desenhada era pouco menos que evidente, sobretudo tendo como referente anteriores decisões do TC, no sentido em que os crimes de maior gravidade implicam o reforço das garantias de defesa do arguido; as garantias de defesa do arguido são fragilizadas através do julgamento em tribunal singular; e o processo sumário oferece menos garantias de defesa ao arguido”; (itálicos nossos e da autora); BEATRIZ SEABRA DE BRITO, “Um processo sumário desassossegado: da Reforma de 2013 à reconfiguração do regime legal em face do Acórdão n.º 174/2014 do Tribunal Constitucional”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 24, N.º 2, Abril-Junho 2014, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 304-305.

33 Como bem afirma um outro sector da doutrina, a propósito da intersecção jurídica entre a celeridade processual e o garantismo

desenfreadamente na arena jurídica lusófona. Sem esquecer, natural e necessariamente, com o postulado de eficiência processual que deve perpassar todo o sistema de administração da justiça penal.

Essa exortação dirige-se, essencialmente, ao Estado-Legislador<sup>35</sup>. De novo se compreende porquê: «o processo penal é um dos meios ou instrumentos de combate à atividade criminosa, mas se o problema a resolver fosse simplesmente reprimir a atividade ilícita, criminosa, bastaria um estado de polícia ou até um sistema processual de modelo inquisitório privada de garantias. Os legisladores do nosso mundo cultural, genericamente os sistemas de Estado de direito democrático, escolheram outra via, seguramente mais difícil, subordinando à lei a repressão da criminalidade. É que, em democracia, a função essencial do Estado, que se baseia na dignidade da pessoa humana e empenhado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art.º 1.º da CRP-, garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático – art.º 9.º da Constituição da República Portuguesa»<sup>36</sup>.

c) Assim o projete o Estado-Legislador. Assim o execute o Estado-Juiz<sup>37</sup>. Assim o acolham

---

processual inerente às garantias de defesa do arguido num processo penal moderno comprometido com exigências de respeito pelo humanismo (material e processual): “num tempo em que *time is money*, a celeridade processual é uma *conditio sine qua non* para a bondade da própria decisão final. (...) A comunidade, a vítima e, por vezes, até, o próprio arguido (quando não procura afastar, a todo o custo, uma condenação inevitável) esperam um rápido esclarecimento do facto e o consequente restabelecimento a paz jurídica violada com o crime (...) *Acelerar o processo penal deverá ser, mesmo, um inquestionável imperativo jurídico e político*. O protelar interminável da decisão final é inadmissível num Estado de direito (art.º 20.º, n.º 4 e art.º 32.º, n.º 2, da CRP). De todo o modo, mesmo assim, não se compreenderá, *nem se aceitará, que a celeridade processual seja conseguida a todo o custo, desprezando os mais elementares direitos e garantias processuais*”; (itálicos nossos); JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, in: ANDRÉ LAMAS LEITE (Organização), *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 217-218; em sentido aproximado, JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: uma oportunidade perdida”, in: AA.VV., *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 155 e ss.

34 Os apelos à economia de custos e de racionalização de meios escassos têm sido paulatinamente lançados pela doutrina, que aqui se respiga nos seus traços essenciais: “O certo e inegociável é a necessidade de controle judicial do mecanismo de diversão proposto, na perspectiva do carácter público do processo, a fim de que sejam evitados desvios que reduzam o *problema da sua vertente de economia de custos* ou que possam permitir acordos fundados sob coação, por medo de imposição de penas graves”; (itálicos nossos); KARLA PADILHA REBELO, “Ensaio sobre a possibilidade de métodos de otimização do resultado do processo penal, no âmbito da criminalidade económico-financeira: testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017, pp. 502-503. Referindo, concretamente em relação ao processo sumaríssimo, a uma necessidade de “conferir a máxima eficiência ao instituto, *com poupança de tempo e meios*”; (itálicos nossos); PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Os Processos Especiais na Revisão de 2007 do Código Processo Penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 18, n.º 4, Outubro/Dezembro de 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 499. Mais recentemente este autor refere, a este propósito, o seguinte: “a linguagem da eficácia e eficiência tem também tradução normativizada em concretos preceitos constitucionais, como sejam o direito a decisão “em prazo razoável” (art.º 20.º/4 da CR) e, em matéria penal, no “mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (art.º 32.º/2 da CR), o direito a procedimentos de “celeridade” e à obtenção de “tutela efectiva em tempo útil” para defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais (art.º 20.º/5); e até mesmo (não vejo porque não) *na consideração de que a administração da justiça não há-de estar subtraída às exigências de “eficácia” e de “racionalização de meios” que valem para a administração em geral* (art.º 267.º/2/5 da CR)”; (itálicos nossos); PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “O útil e o justo na gestão dos tribunais, em especial o juiz natural e a inamovibilidade”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 27, N.º 3, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE), 2017, p. 547.

35 “*O poder legislativo deverá, por isso, fazer tudo o que esteja ao seu alcance para propiciar as condições processuais indispensáveis à celeridade processual*: todas as medidas, constitucionalmente admissíveis, que promovam a razoabilidade do prazo necessário para um veredito final justo, são muito bem vindas”; (itálicos nossos); JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, *cit.*, pp. 217-218.

36 GERMANO MARQUES DA SILVA, “A Tutela Jurisdicional no Processo-Crime: Realidade ou Utopia”, in: *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 92-93.

37 Aqui entendido como o aparelho de administração da justiça penal, em sentido lato (tribunais e o juizes, como titulares de um órgão de soberania), e, em certas e muito contadas situações, em sentido estrito (o Ministério Público, como órgão autónomo de administração da justiça (Jorge Miranda/Rui Medeiros) e como titular da acção penal.

(mais ou menos beneplacitamente) os destinatários últimos do sistema de administração da justiça penal: os cidadãos. Seria muito bom augúrio: eles configuram uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)<sup>38</sup>, espelho idóneo de uma tão esperada quanto necessária *cooperação dialética alargada* entre o Estado-Legislador, o Estado-Juiz<sup>39</sup> e os cidadãos que diariamente interpelam o sistema de administração da justiça penal. Uma tal cooperação dialética alargada é especialmente importante neste momento em que os mecanismos de consenso e diversão em processo penal (numa perspectiva mais restrita, o processo sumaríssimo; numa perspectiva mais ampla, ainda de uma perspectiva *de iure condendo*, os acordos sobre a sentença em processo penal) caminham decisivamente rumo à sua crescente contratualização sob a veste axiológico-normativa do processo como uma «comunidade comunicativa ideal». A contratualização dos mecanismos de consenso e diversão ocasionará (mais tarde ou mais cedo) a realização de verdadeiros negócios jurídicos processuais no âmbito do processo penal, com base na seminal ética do discurso e do consenso. Escapa ao escopo deste artigo o desenvolvimento desta temática<sup>40</sup>.

38 Designação funcional colhida no solo fértil do processo civil; MATHIAS WALLIMAN, *Der unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 28 e ss. Entendendo que “o processo deve ser entendido como uma comunidade de comunicação”, PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 578 e ss. Essa comunidade de comunicação visa prosseguir um interesse público relevante: a economia processual e uma justiça materialmente justa baseada na colaboração processual entre os sujeitos processuais; em sentido aproximado, VERENA VENTSCHE, *Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung*, Hamburg, Verlag Kovac, 2005, pp. 130 e ss. Não é por acaso que a ciência processual civil começa a descolar-se dos formalismos bacocos e estereis e a aproximar-se decisivamente de uma *gestão material (materielle Verfahrensleitung)* polarizada no mérito da causa e na emissão de decisões materialmente justas que se foquem primacialmente nos aspectos substantivos da causa. Isso requer um juiz e partes processuais funcionalmente mais ativos, membros de uma comunidade de comunicação e de uma comunidade de trabalho que se colima à realização de uma justiça materialmente mais justa e célere. Sobre isto, no âmbito do processo civil, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2010, pp. 408 e ss; JAUERNING, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, München, C.H. Beck, 2007, pp. 75 e ss. Enfatizando que o “princípio de gestão material do processo encontra-se intimamente ligado ao princípio geral da cooperação, no sentido, precisamente, de que o juiz deve cooperar com as partes com vista a obter a justa composição do litígio”, MIGUEL MESQUITA, “Princípio de Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3995, Novembro-Dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 89. Na verdade, a justa composição do litígio avoca duas vertentes primaciais: **i)** a prossecução da verdade judiciária e **ii)** a credibilidade do sistema de justiça. Em sentido muito próximo, LUÍS LAMEIRAS, “O princípio do inquisitório: um poder-dever ou um poder discricionário do juiz?”, in: *II Colóquio de Processo Civil de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 23. Seria muito bom sinal se os operadores judiciários do processo penal seguissem o exemplo do processo civil. Para já, fica só o empréstimo da designação doutrinal da comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*). Esperemos que hajam atos materiais consubstanciadores dessa (almejada) cooperação dialética alargada entre os sujeitos processuais no âmbito dos mecanismos de consenso e diversão em processo penal. Entende-se porque: “o processo tem, definitivamente, de deixar de ser confundível com uma luta ou duelo, por muito que isso custa à velha corrente ortodoxa e liberal avessa, no fundo, ao *interesse público da justa composição dos litígios e ao princípio da economia processual*”; (itálicos nossos); MIGUEL MESQUITA, “A «morte» do princípio do dispositivo?”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, N.º 4007, Novembro-Dezembro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 119; em sentido aproximado, CARNELUTTI, “Contro il processo fraudolento”, in: *Studi di diritto processuale*, Volume II, Padova Cedam, 1928, pp. 33 e ss.

39 Não se desconhece que a doutrina tem manifestado uma visão doutrinal radicalmente oposta a esta. Refere essa doutrina que “não entendo que o nosso papel, enquanto juristas, deve ser o de uma colaboração ativa com o legislador, em ordem à realização do direito, nobre tarefa, em que todos devemos estar ativamente empenhados”; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A cláusula penal perante as alterações de 1980 e de 1983 ao Código Civil”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, N.º 4006, Setembro-Outubro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 10. Trata-se, somente, da defesa empedernida de um sistema de administração da justiça penal fortemente comprometido com referentes de eficácia e de racionalização de meios (necessariamente contingentes e escassos). Repisamos a lei tendencial que deve perpassar e iluminar toda a ossatura processual penal: quanto *maior* for a utilização de mecanismos de consenso e diversão, *maior* será a eficácia da justiça penal. No fundo, trata-se, fundamentalmente, de defender a própria ideia de Direito como um bem jurídico-penal, “como tal percecionado pelo homem de carne-e-osso”; FRANCISCO AGUILAR, “Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como Legítima Defesa da Ideia de Direito”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 27 (2017), N.º 2, Maio-Agosto 2017, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017, p. 238; FRANCISCO AGUILAR, “A ideia de Direito como bem jurídico-penal”, in: *O Direito*, Ano 149 (2017), II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 343 e ss; FRANCISCO AGUILAR, “A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano 1 (2016), n.º 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 853 e ss.

40 Para mais desenvolvimentos, HUGO LUZ DOS SANTOS, Os mecanismos de consenso e de diversão no processo penal: por um novo paradigma de maximização da justiça consensual, Coimbra, GestLegal, 2019, pp. 238-543, em curso de publicação.

d) Em razão do antedito, uma pergunta emerge: significará essa racionalização funcionalmente orientada para a maximização da poupança de recursos judiciários e para a maximização e otimização do sistema de administração de justiça penal, o perfilhamento de uma irrestrita Economia do Direito (*Law and Economics*)? Ou, pior, a consagração de uma administração da justiça penal sujeita a critérios eminentemente economicistas?

Creemos que não. A haver economicismo tutelar, ele radica a montante (numa perspectiva estática) do sistema de administração da justiça penal. Ele consubstancia-se no desenho, pelo Estado-Legislator, da estrutura sistémico-funcional da justiça penal e na adoção de uma concreta política criminal que vise combater, de forma racional e funcionalmente orientada, a pequena, média e a grande criminalidade. E não a jusante (numa perspectiva dinâmica) do sistema de administração da justiça penal. E não, igualmente, na administração da justiça penal pelos operadores judiciários que operam no terreno judiciário, os juízes e os magistrados do Ministério Público, que emitiriam as suas decisões jurisdicionais com base numa lógica eminentemente economicista de custo-benefício, à qual presidiria, por seu turno, uma análise económica das consequências judiciárias das mesmas.

e) Vejamos porquê. A constelação temática que nos interpela<sup>41</sup> – a *law and economics scholarship* – tem como base essencial a ideia reitora que os problemas da organização e da administração da justiça – «consubstanciados numa institucionalização pragmática contingente da decisão – julgamento<sup>42</sup> sejam reconstituídos e tratados (mas também solucionados) na perspectiva das suas consequências<sup>43</sup>. «Ou mais rigorosamente, na perspectiva («sob o desafio») de um certo equilíbrio – *balancing* dessas consequências. Que é aquele que objetiva (e delimita) como custos e benefícios»<sup>44</sup>.

Tendo esta ideia motriz como pano de fundo, e fixado o território semântico em que se move a *Law and Economics Scholarship*, é possível surpreender nesta escola de pensamento uma ambição (desmedida?) de fusão hermenêutico-epistemológica das duas componentes que a integram (a *jurisdictio* enquanto organização sistémica ou estrutura e a análise custo/benefício)<sup>45</sup>.

41 HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Reforma do Código do Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo : entre a *Law and Economics Posneriana (MDR)* e a Maximização da Justiça Consensual (*MJC*): duas faces da mesma moeda?”, in: *O Direito*, Ano 147, I (2015), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 159-186, que, com assinaláveis atualizações temáticas, dogmáticas e bibliográficas, seguiremos de muito perto.

42 LEWIS KORNHAUSER, “Judicial Organization & Administration” e “Appeal & Supreme Courts”, in BOUCKAERT/BOUDEWIJN/DE GEEST/GERRIT (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 27 e ss e 45 e ss.

43 AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 66-178, que seguiremos de muito perto.

44 AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178.

45 AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178.

Pugnando pela interdisciplinaridade entre os dois campos do saber (Direito e Economia), Richard Posner advoga que, mais do que perfeitamente estanques, ambas as disciplinas do saber devem ser verdadeiros vasos comunicantes. A esta luz, é possível a mobilização de premissas de cariz eminentemente economicista para garantir a resolução de problemas intrinsecamente jurídicos<sup>46</sup>.

Como protagonista desta fusão de horizontes epistemológicos surge o homem (no nosso caso, os operadores judiciários, juízes e magistrados do Ministério Público) como maximizador racional das suas satisfações<sup>47</sup>, tendo como base fundamental a racionalidade económica assente no custo – benefício e no princípio da utilidade – eficiência<sup>48</sup>.

Numa das suas obras marcantes, Posner preconiza a maximização da riqueza (MDR) – *wealth maximization*<sup>49</sup> – como critério orientador, a montante e a jusante, da decisão judicial<sup>50</sup>. Posner avança a maximização da riqueza (MDR) – *wealth maximization* - como proposta ético – fundacional, rejeitando, de permeio, o fantasma utilitarista de pendor Benthamiano.

Por conseguinte, a melhor forma de o fazer seria cunhar a MDR como critério alternativo, resgatando-o do solo economicista em que a mesma foi colhida, enquanto ciência da escolha racional num mundo caracterizado pela escassez dos seus recursos em face das necessidades humanas<sup>51</sup>, em que o homem (*reasonable man*)<sup>52</sup> é entendido como maximizador

46 RICHARD POSNER, *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p. 11.

47 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, in: *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano X, N.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 196-201, que seguimos de muito perto.

48 RICHARD POSNER, “Values and Consequences: as an introduction to economic analysis of Law”, in: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, 53, 1998, pp. 2 e ss; mais recuadamente, RONALD COASE, “The Problem of Social Cost”, in: *Journal of Law and Economics* 3, 1961, pp. 1-8; GUIDO CALABRESI, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,” in: *Yale Law Journal* 70, 1961, pp. 498-499; GARY BECKER, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” in: *Journal of Political Economy* 76, 1968, pp. 168-169.

49 “Wealth maximization provides an ethically attractive norm for social and political choices, such as those made by courts asked to determine whether negligence or strict liability should be the rule for deciding whether an injurer must compensate his victim. Wealth, in a broad sense, is not confined to money. Rather, wealth is fundamentally linked to a utility that enshrines people’s preference aversion to risk, being that utility the access to justice system. As Posner explains: “Wealth is not limited to market commodities such as houses and cars. As a matter of fact, the value of houses and cars is not always reducible to market values. The house I value at \$100,000 might not be valued at more than \$90,000 by anyone else because it has sentimental associations for me, and likewise with the car. In this case, the real value would exceed market value. Or, I might work for a lower salary than I could make, simply because I liked the work I did for that lower salary so much; that would mean that I derived part of my wealth from working and part from the pecuniary income that I earned by working. These examples help to show that money, to an economist, is not wealth, but just a measure of one’s entitlement to houses, cars, rewarding work, leisure, privacy, and countless other “things” that constitute a person’s wealth; everyone’s wealth added together constitutes the nation’s wealth. The wealth of a nation is the present value of the flow of benefits, measured as suggested above, from the consumption of goods and services, tangible and intangible, by its people. Monetary measures of social income or wealth such as Gross National Product or National Income are inadequate and inaccurate measures of a nation’s wealth. When I used money as a component of wealth earlier, it was just a shorthand term for the things that money can buy. The economist uses the concept of income or wealth in this broad sense all the time, but calls it “utility,” meaning, however, something quite different from what utilitarian philosophers mean. To compound the confusion, the economist uses the word “wealth” to mean something different from the economic concept of “utility.” To the economist, “utility” differs from “wealth” because utility is adjusted for people’s preference for risk or (more commonly) aversion to risk, in the sense of the variance of possible outcomes of an uncertain event”; seguimos textualmente, RICHARD POSNER, “Wealth Maximization Revisited”, in: *Notre Dame Journal of Law Ethics & Public Policy*, 2 1987, pp. 85-89; RICHARD POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, pp. 18-98.

50 RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1973, pp. 18 e ss.

51 RICHARD POSNER, *El Análisis Económico del Derecho*, cit., p. 11.

52 RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1988, p. 280.

racional dos seus próprios interesses<sup>53</sup>. A MDR, «quanto eficiência económica, surge como critério fundacional do direito e da escolha judicial, devendo o legislador e o julgador agir, nas suas diferentes tarefas – opções, como *rational maximizers*<sup>54</sup>, realizando as suas escolhas de modo a obter os maiores benefícios possíveis aos menores custos. Esta eficiência é apresentada como fundamento normativo do direito a constituir, ao mesmo tempo que fornece a explicação – descrição do conjunto de decisões judiciais e das opções subjacentes às normas jurídicas. O direito oferece-se como meio – instrumento para um ideal de justiça distributiva que almeja uma alocação eficiente de bens naturalmente escassos»<sup>55</sup>.

f) Richard Posner entende que a analogia custo – sacrifício/preço e benefício/<sup>56</sup>vantagem económica perpassa qualquer fenómeno social, que se torna assim apto a constituir objeto da análise económica<sup>57</sup>.

Deste modo, «a tese posneriana radica na asserção de que na eficiência (enquanto MDR) reside o critério adequado para a jurisprudência de *common law*<sup>58</sup>, invocando, por um lado, a existência de um consentimento ou contrato social tácito, e, por outro lado, o papel privilegiado dos tribunais para a assunção de tarefas distributivas»<sup>59</sup>.

53 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201, que seguimos de muito perto; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospetivas”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 387 e ss.

54 Acentuando a aproximação ao pragmatismo, encetada no início dos anos 90, que preconiza uma atenuação da *wealth maximization* como alternativa à filosofia utilitarista, assumindo-se tal critério já não com base num fundamento ético mas pragmático; RICHARD POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd edition, 2003, p. 391, RICHARD POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, pp. 8 ss.

55 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201; RICHARD POSNER, “The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, in: *Hofstra Law Review* 8, Spring 1980, 1980, pp. 487-507.

56 O *cost – benefits analysis* que constitui a base da célebre *pragmatic turn* de RICHARD POSNER, que serviria de base à frase irónica de RONALD DWORKIN que, quando confrontado com o referido “pragmatic turn”, ironizou referindo que ao “Posner imperialista” sucedeu o “Posner pragmático”. O *cost – benefits analysis* encontra-se explicitamente associado à trilogia científica denominada: 1) *The Problems of Jurisprudence* (1990); 2) *Overcoming Law* (1995); 3) *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999). A obra *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999) constitui uma das mais empenhadas tentativas de resgate da solidez científico-estrutural (para muitos irremediavelmente perdida...) da denominada *Chicago Trend*. Compreende-se porquê: empreende-se a uma revisão profunda (mesmo uma reponderação global) das pretensões de cientificidade e de objectividade que perpassaram a primeira fase do movimento doutrinal. Uma reavaliação que renuncia decisivamente à possibilidade de uma estrutura sistemática pré-concebida (corporizada em conceitos e princípios económicos básicos algo fluidos e imprecisos) – e com ela à exigência “de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma desimplicação lograda dessa estrutura sistemática” (“*as the possibility of deducing the basic formal characteristics of law itself from economy theory*”) – na mesma medida em que se desvincula da *law as social science claim* – que a primeira geração dos *Chicago Scholars* tinha herdado tanto da *Sociological Jurisprudence* quanto dos *Progressive Realists*; Para maiores desenvolvimentos, na doutrina alemã, ERICH SCHANZE, “Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition”, in: ASSMAN/KIRCHNER/SCHANZE (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Regensburg, 1978, pp. 7-10; na doutrina norte – americana, GARY MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York, 1995, pp. 29-33, 101 e ss; AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178, que seguimos de muito perto.

57 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201, que vimos seguindo de muito perto; AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178, que seguimos de muito perto.

58 RICHARD POSNER, *How Judges Think*, 2008, pp. 18 e ss.

59 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201; RICHARD POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, capítulos 3 e 4, 1983, pp. 12-29; AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178, que seguimos de muito perto.

g) A recensão crítica não tardaria a chegar através da pena certa de Ronald Dworkin. Com efeito, Dworkin começa por advogar a falta de consistência dogmática da MDR «como teoria normativa e descritiva do direito»<sup>60</sup>. Até porque, na sua ótica, existem premissas dogmáticas que carecem de explicação cabal e de correta arrumação científica<sup>61</sup>. «No que concerne ao consentimento ou contrato social tácito, Dworkin acusa Posner de confundir consentimento com equidade, defendendo a inadequação de contratos hipotéticos para a demonstração de equidade (*fairness*)»<sup>62</sup> que os mesmos teriam a virtualidade de cumprir<sup>63</sup>.

Mas a inconsistência dogmática das premissas em que assentam a tese propugnada por Richard Posner não se esgota aqui.

Desde logo, a somar ao fantasma utilitarista<sup>64</sup>, que Posner quis afastar do seu circuito reflexivo, resulta, de forma mais ou menos clara, a seguinte questão: a riqueza? De quem? «Dworkin aponta também a desconsideração da volatilidade do elemento psicológico presente em qualquer lógica de racionalidade maximizadora – «the grass is greener on the other side»<sup>65</sup>.

h) E esta crítica, em si e por si, mesmo à luz da mais moderna doutrina norte - americana que advoga a *Behavioral Law and Economics*<sup>66/67</sup>, é procedente<sup>68</sup>.

Desde logo, conforme afirma Anuj C. Desai, referindo-se à corrente de pensamento do *Libertarian Paternalism*, «a arquitetura da escolha é um meio (mas também) um fim em si mesmo»<sup>69</sup>. «O que significa que os agentes económicos/sujeitos jurídicos reagem a sistemas de incentivos porquanto estes alteram objetiva e subjetivamente (perceção) a relação custo – benefício entre as diversas escolhas possíveis»<sup>70</sup>, e não propriamente a que maximize a riqueza, ao contrário do que afirma Posner<sup>71</sup>.

60 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201.

61 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201.

62 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201.

63 RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 2005, pp. 150 e ss.

64 O “utilitarian duty” de que nos fala RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, Hart Publishing, 1996, p. 288.

65 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201; RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 238.

66 TODD HENDERSON, “Project Behavior: What the Battle is really about”, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010, pp. 2 e ss (Acesso: 17/5/2018).

67 DOUGLAS GINSBURG/JOSHUA WRIGHT, “A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism”, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010 (Acesso: 17/5/2018).

68 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Tabor da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 1100-1105, que vamos acompanhar de muito perto.

69 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; ANUJ C. DESAI, “Libertarian Paternalism, Externalities, and the “Spirit of Liberty”: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an “Overlapping Consensus”, in: *University of Winsconsin Legal Studies Research Paper* N.º 1121, 2010, pp. 14 e ss.

70 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

71 HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas”, *cit.*, pp. 390 e ss.

Indo para lá das explicações mais ou menos racionais e maximizadoras dos interesses próprios expostos pela teoria da Escolha Pública em relação às más decisões político – legislativas tomadas pelo Estado-Legislador, «acrescenta-se uma dimensão cognitiva e psicológica em que as opções tomadas revelam mais do que culpabilidade, falibilidade»<sup>72</sup>.

i) Destarte, o caminho a seguir pelo Estado-Legislador é o seguinte: atendendo à interação genética e funcional entre a dimensão comportamental e a dimensão normativa<sup>73</sup>, o funcionalismo do direito penal<sup>74/75</sup> deverá ser mobilizado como instrumento de retificação (*debiassing through law*), «designadamente através da expressão de valores que alterem de modo positivo as preferências<sup>76</sup> com reflexos nas normas sociais»<sup>77</sup>.

j) Por outras palavras: o Direito Processual Penal apresenta potencialidades significativas na arquitetura da escolha<sup>78/79</sup>, em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*)<sup>80</sup>. O Estado-Legislador deverá fomentá-la quando se ocupar do desenho do sistema de administração de justiça penal. Aqui se incluem, desde logo, importantes referentes económicos de racionalização e maximização da poupança de recursos judiciais. Já sabemos porquê: os escassos recursos judiciais deverão ser canalizados para o combate estrénuo e plurissignificativo à grande criminalidade. Sem descurar, claro está, a alocação diferenciada de recursos judiciais ao combate à pequena e média criminalidade. Neste conspecto, mais é mesmo mais: mais recursos judiciais economicamente racionalizados e otimizados significa, decididamente, mais eficiência e eficácia no combate à criminalidade, seja ela pequena, média ou grande.

72 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; em sentido aproximado, JEFFREY J. RACHLINSKI/CYNTHIA R. FARINA, “Cognitive Psychology and Optimal Government Design”, in: *Cornell Law Review*, n.º 87, 554, 2002, p. 554.

73 Em sentido aproximado, RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

74 Sobre o funcionalismo jurídico - penal, na doutrina alemã, HANS ACHENBACH, “Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”. In: *Gründfragen*, 2007, 135-152; HEIKO HARMUT LESCH, “Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision”. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, pp. 8 e ss; GÜNTHER JAKOBS/MICHAEL PAWLIK, “Strafrechtswissenschaftstheorie”. In: IDEM; RAINER ZACZYK (Hrsg). In: *Festschrift für*. Carl Heymanns, 2007, pp. 480-494; GÜNTHER JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien – denken”. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? in: *ZStW* 107, 1995, p. 845.

75 MANUEL CANCIO MELIÁ/ BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”. In: Günther Jakobs, *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson – Civitas, 2006, pp. 27 e ss.

76 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

77 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; em sentido aproximado, ROBERT COOTER, “Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization”, in: *Oregon Law Review*, Vol. 79, n.º 1, 2000, pp. 8 ss.

78 GREGORY N. MANDEL/JAMES THUO GATHLI, “Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein’s Laws of Fear”, in: *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 1054-1055.

79 CASS R. SUNSTEIN, “Irreversible or Catastrophic”, in: *The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper* n.º 88, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.

80 Em sentido aproximado, RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; convergente, R. H. THALER/CHRISTINE JOLLS/CASS SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Volume 26, 2009, 121 e ss.

k) Essa arquitetura da escolha deverá, pois, ser fomentada, num primeiro momento, pelo Estado-Legislator, através da definição de uma *política criminal diferenciada* no que respeita à pequena e média criminalidade e, essencialmente, à grande criminalidade. Num segundo momento, pela «execução» dessa política criminal por parte do Estado-Juiz: uma verdadeira cooperação dialética estrategicamente comprometida com a criação de um sistema de administração da justiça penal materialmente justo, diferenciado, célere, e, sobretudo, eficaz. Não é descabido aludir-se, neste âmbito, a uma correção de ineficiências sistêmicas através do Direito<sup>81</sup>, com largo espectro dogmático nas correntes norte-americanas da *Behavioral Law and Economics*.

l) A correção através do Direito (*debiasing through law*) visa reduzir a distorção comportamental dos sujeitos jurídicos. Sobretudo, no que respeita a erros de juízo do Estado-Legislator e do próprio Estado-Juiz. «A sua elaboração pode tanto ser feita por uma via adjetiva, através de regras procedimentais e processuais, como por via substantiva<sup>82</sup>, procurando, mais do que a definição de restrições paternalistas<sup>83</sup>, estimular escolhas no sentido correto<sup>84</sup>, numa lógica de paternalismo libertário<sup>85</sup> (*libertarian paternalism*)»<sup>86</sup>.

81 Não é segredo que, não raro, o próprio Estado-Legislator age, pelo menos, com a sua racionalidade limitada (*bounded rationality*). As más opções legislativas estão aí para documentá-lo prolixamente. É esse perigo judiciário que a *Behavioral Law and Economics* visa, entre outros objetivos, coartar. “Economic analysis of law usually proceeds under the assumptions of neoclassical economics. But empirical evidence gives much reason to doubt these assumptions; people exhibit *bounded rationality*, *bounded self-interest*, and *bounded willpower*”. *Behavioral law and economics* “offers a broad vision of how law and economics analysis may be improved by increased attention to insights about actual human behavior. It considers specific topics in the economic analysis of law and proposes new models and approaches for addressing these topics. The analysis of the article is organized into three categories: positive, prescriptive, and normative. *Positive analysis of law concerns how agents behave in response to legal rules and how legal rules are shaped*. Prescriptive analysis concerns what rules should be adopted to advance specified ends. Normative analysis attempts to assess more broadly the ends of the legal system: *Should the system always respect people’s choices?* By drawing attention to cognitive and motivational problems of both citizens and government, behavioral law and economics offers answers distinct from those offered by the standard analysis”; (ítálicos nossos); CHRISTIAN JOLLS/CASS R. SUSTEIN/RICHARD THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, in: *Stanford Law Review*, 50, 1998, p. 1471.

82 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; convergente, JAMES BOYLE, “The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought”, in Boyle (ed.) *Critical Legal Studies*, Aldershot, 1992, pp. 517-518.

83 HERBERT A. SIMON, “A Behavioral Model of Rational Choice”, in: *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, pp. 98-99.

84 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105, que vimos acompanhando de muito perto.

85 Numa das suas monografias mais emblemáticas, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Feinberg opõe-se vivamente ao *Legal Paternalism*, “the doctrine that asserts that it is always a good reason in support of a (*criminal law*) prohibition that is necessary to prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself. Furthermore, Feinberg identifies liberalism with the position that wrongful harm to others and wrongful offense to others, mediated by the maxim *volenti non fit injuria*, together are the only good reasons for criminal law prohibitions. Moreover, he adds that the prevention of harm to the self can be a good reason for criminal law prohibition when the harm to self, as occur with the under aged people, would arise in a substantially nonvoluntary way. As a consequence, is not that the welfarist consequentialist should find legal paternalism a generally desirable policy, but that it can be morally acceptable and, sometimes, even required. The conclusion we ought to reach is that Feinberg’s opposition to *Legal Paternalism* is *soft*, not *hard*, because his position allows that the prevention of harm to the agent, that would arise from self-harming conduct, *is always a good reason in support of law prohibition*”; (ítálicos nossos); textualmente, RICHARD ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, 2016, pp. 1 ss.; JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 1, 1985: 8 ss.; JOEL FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, 4, 1988, pp. 18 ss. JOEL FEINBERG, *Harm to Others*, 2, 1984, pp. 43-78; JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, 3, 1986, pp. 24-59. Tais considerações foram vincadas igualmente pela doutrina, partindo da interligação (para alguns, genética e funcional) entre o Direito e a Moral. Na ótica de Neil McCormick, “*Some legal systems incorporate some moral criteria*. Others may incorporate other moral criteria, yet others no moral criteria at all. Hence there is not a necessary element in whatever constitutes a legal system – the presence or absence of such criteria is a contingent one and depends on issues of constitutional design and constitutional politics”; NEIL McCORMICK, in: H.L.HART, *Stanford University Press*, 2008, p. 207.

86 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

m) De tal facto se infere que é através da (racional) arquitetura da escolha que se racionaliza e otimiza os escassos e contingentes recursos judiciários (consubstanciada na criação de um sistema que *convide* à utilização intensiva e exaustiva de mecanismos de consenso e diversão no processo penal). Arquitetura da escolha que deverá ser estimulada, a montante, pelo Estado-Legislator<sup>87</sup>. Por outro lado, e atenta a cooperação dialética com o Estado-Legislator, o Estado-Juiz sentir-se-á *convidado* (convite que pode ou não aceitar) a utilizar exaustiva e intensivamente os mecanismos de consenso e diversão em processo penal. Vislumbra-se aqui um corolário do nosso critério doutrinal de *maximização da justiça consensual*, sob a forma de racionalização e otimização dos escassos recursos judiciários.

n) De outra banda, é dessa forma (pela racionalização e otimização dos escassos recursos judiciários) que se maximiza, igualmente, o naípe de direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Nesse lote de direitos fundamentais sociais se inclui o acesso ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP)<sup>88</sup>; o princípio da legalidade processual penal<sup>89</sup> (art.º 2.º, do Código de

87 Foi evidente no Código de Processo Penal de 1987 o propósito de conjugar a eficiência e as escolhas com os meios adequados para as efetivar. Com efeito, logo no preâmbulo pode ler-se, no n.º 8: “Mesmo no contexto de uma apresentação sumária, não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos de reforma: *a procura de uma maior celeridade e eficiência na administração da Justiça penal*. Importa, contudo, *prevenir que a procura da celeridade e da eficiência não obedeceu a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade*. *A rentabilização da realização da Justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos*. A eficiência é, por um lado, o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, que, sabe-se bem, tem muito mais a ver com a prontidão e a segurança das reações criminais do que com o seu caráter mais ou menos drástico. A imagem de eficiência constitui, por outro lado, o antídoto mais eficaz contra o recurso a modos espontâneos e informais de autotutela ou ressarcimento, catalisadores de conflitos e violências dificilmente controláveis. Mas a eficiência – no sentido de redução das cifras negras e das desigualdades a que elas obedecem – pode também valer como a garantia da igualdade da lei em ação, critério fundamental da sua legitimação material e, por isso, da sua aceitação e interiorização coletiva.”; (itálicos nossos), Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1987, disponível em [www.pgdl.pt](http://www.pgdl.pt). (acesso: 04 de Junho de 2018).

88 Como afirmou recentemente o Supremo Tribunal de Justiça: “o princípio do Estado de direito democrático proclamado no artigo 2.º da Constituição da República postula como norma-princípio estruturante, além do mais, o direito de acesso aos tribunais para a tutela efetiva dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos mediante processo equitativo, nos termos consagrados no artigo 20.º, n.º 1, 4 e 5, da mesma Lei Fundamental. Assim, o princípio do processo equitativo exige a conformação legal de um meio processual materialmente adequado à tutela jurisdicional efetiva, implicando, no que aqui releva, que os prazos para o exercício dos direitos, por via judicial, sejam razoáveis em função da natureza desses direitos e dos interesses envolvidos, tendo em conta as normais condições dos litigantes para colher e preparar os elementos necessários à configuração do objeto da causa”; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08 de Fevereiro de 2018, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Tomé Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

89 O princípio da legalidade processual penal, enquanto “irmão gêmeo” do princípio da legalidade penal, tem sido associado às exigências de um processo equitativo “amigo” dos direitos do arguido, no direito comparado espanhol, JUAN MONTERO AROCA, *Proceso y Garantía – El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valência, 2006, p. 613 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, *Principios del Proceso Penal*, 1997, p. 166; JUAN MONTERO AROCA, *Proceso Penal y Libertad*, 2008, p. 471; CÁRMEN RÓDRIGUEZ RUBIO, p. 69; TERESA ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Penal*, 2007, pp. 280 e 281; FAUSTINO CORDON MORENO, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, 1999, pp. 183 e 184; CARLOS MARTIN BRÑANAS, “El Derecho al recurso en España tras su reconocimiento en el artículo II-107 del Tratado por el que se constituy una Constitución para Europa”, in: *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*, 2013, pp. 177 e 178. Por essa razão, a doutrina vem afirmando que a amplitude do processo hermenêutico e argumentativo de aplicação da lei penal encontra aqui, na moldura semântica do texto, uma barreira intransponível – “uma barreira que apenas se explica pela preferência civilizacional que o Direito Penal concede à liberdade pessoal (art.º 28.º, n.º 1, da CRP) sobre a necessária realização das finalidades político-criminais que justificam a instituição do sistema penal e que está na base da especial força normativa que a Constituição Processual Penal concede à garantia pessoal de não-punição fora do domínio da legalidade”, porque “quanto mais interpretação mais legalidade”; JOSÉ DE FARIA FARIA COSTA, “Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à luz do princípio da Legalidade: duas questões ou um só problema?”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 134, Março – Abril 2002, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 366; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, *passim*; na doutrina de Macau, HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Regime de Jogo Ilícito (Anotado e Comentado)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2019, que seguimos de perto.

Processo Penal; art.º 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa)<sup>90</sup>; e a dignidade da pessoa humana (art.º 1.º, da CRP)<sup>91</sup>. Principalmente, o direito a uma decisão em prazo razoável (art.º 20.º, n.º 4, da CRP)<sup>92</sup>, que é a expressão prática do desígnio de celeridade processual inscrito no etograma da Constituição Processual Penal (art.º 32.º, n.º 1, da CRP). A MDR, como regra de conduta individual, como propugna Posner, não tem, pois, qualquer relevo dogmático neste quadrante temático.

o) É compreensível que assim seja: a MDR de Posner encobre sob o manto (a)diáfano da neutralidade uma desoladora engenharia social<sup>93/94</sup>, que importa rejeitar liminarmente.

O caminho é outro: ele polariza-se no sentido de que existe em cada ordenamento jurídico um axioma que parifica e unifica todos os cidadãos: o ideal de justiça célere e eficaz. Tal asserção deixa sem resto qualquer veleidade de se pensar que o cidadão quando recorre à justiça fá-lo com a convicção mais ou menos fundada de que quem a administra mobiliza premissas de natureza economicista, e, muito menos, que o faz com o escopo específico da *wealth maximization* (MDR), como advoga Posner.

p) Uma conclusão emerge deste arrazoado: a juridicidade da economia do direito e a maximização da justiça consensual são corolários de uma justiça pronta e justa, e não o afloramento de uma justiça afoita a uma (certamente) imprópria engenharia social através do direito processual penal.

### 3. Conclusões

§ Nos quadros de uma sociedade do risco e da modernidade pós-industrial, a proficiente perseguição criminal da denominada criminalidade complexa exige, a dois tempos, mas a velocidades simétricas, por um lado, uma maior alocação de meios logísticos e humanos para a perfectibilização desse escopo de perseguição criminal. Por outro lado, sem prescindir, a uma maior alocação de meios logísticos e humanos corresponderá, natural e necessariamente, a uma maior eficácia no tratamento da criminalidade da pequena e média criminalidade.

§ Essa eficácia consubstancia-se, a montante, na escolha de mecanismos de consenso e diversão que visem, por um lado, promover a pacificação social abalada com a prática do crime, e, por outro lado, promover a racionalização, maximização e otimização dos meios logísticos e humanos necessariamente escassos e contingentes. Meios logísticos e humanos que, pela

90 Equivalente ao art.º 2.º, do Código de Processo Penal de Macau; art.º 29.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau.

91 Equivalente ao art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau.

92 Equivalente ao art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau.

93 AROSO LINHARES, *cit.*, p. 131.

94 TERESA VIOLANTE, *cit.*, p. 228.

sua escassez e contingência, deverão ser canalizados para a perseguição criminal da grande criminalidade, complexa e altamente organizada. É uma questão de sobrevivência estrutural e de sustentabilidade futura do sistema de administração de justiça processual penal lusófono. Denominamo-la de *maximização da justiça consensual*.

§ É possível, pois, descortinar uma *lei tendencial* que, no que respeita à utilização (maximizada e otimizada) dos mecanismos de consenso e diversão no processo penal, perpassa e ilumina todo o edifício jurídico –penal lusófono: quanto maior a utilização, casuística e dogmaticamente fundamentada, dos mecanismos de consenso e diversão, maior será a libertação dos meios logísticos e humanos para o tratamento da criminalidade complexa. Esta díade entre a maximização da justiça consensual no âmbito da pequena e média criminalidade e a poupança de recursos judiciais é fundamental à luz do conceito de justiça penal em transformação (e em transição) após a grande crise financeira de 2008-2014. Denominamo-la de *juridicidade da economia do direito*.

§ Por essa razão, advogamos a interligação genética e funcional entre a *Law and economics*, a *Behavioral law and economics* e o Direito Processual Penal.

§ Porquanto, o Direito Processual Penal apresenta potencialidades significativas na arquitetura da escolha, em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*). O Estado-Legislador deverá fomentá-la quando se ocupar do desenho do sistema de administração de justiça penal. Aqui se incluem, desde logo, importantes referentes económicos de racionalização e maximização da poupança de recursos judiciais.

§ Já sabemos porquê: os escassos recursos judiciais deverão ser canalizados para o combate estrénuo e plurissignificativo à grande criminalidade. Sem descurar, claro está, a alocação diferenciada de recursos judiciais ao combate à pequena e média criminalidade. Neste conspecto, mais é mesmo mais: mais recursos judiciais economicamente racionalizados e otimizados significa, decididamente, mais eficiência e eficácia no combate à criminalidade, seja ela pequena, média ou grande.

Região Administrativa Especial de Macau, 07 de maio de 19.

## Referências

- ACHENBACH, Hans. *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*. In: Gründfragen, 2007.
- AGUILAR, Francisco. *A ideia de Direito como bem jurídico-penal*, in: O Direito, Ano 149 (2017), II, Coimbra, Almedina, 2017.
- \_\_\_\_\_. *A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?* in: Revista de Direito Civil (RDC), Ano 1 (2016), n.º 4, Coimbra, Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como Legítima Defesa da Ideia de Direito*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 27 (2017), N.º 2, Maio-Agosto 2017, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Os Processos Especiais na Revisão de 2007 do Código Processo Penal*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 18, n.º 4, Outubro/Dezembro de 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *O útil e o justo na gestão dos tribunais, em especial o juiz natural e a inamovibilidade*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 27, N.º 3, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE), 2017.

ALFAFAR, Diana. *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*, in: Revista da Concorrência e Regulação, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2013.

ANASTÁCIO, Catarina. *O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, 2010, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Constituição e Legitimação do Direito Penal*, in: António Avelãs Nunes/Jacinto Néilson de Miranda Coutinho (org.), Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

ANTUNES, José Engrácia. *Os “Hedge Funds” e o Governo das Sociedades*, in: AAVV, Direitos dos Valores Mobiliários, Volume IX, 2010.

ARNESON, Richard. *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, 2016.

ARNOLD, Michael; ROTHENBERG, Vera. *BGH-Entscheidung zum Delisting: Alle Fragen geklärt?*, in: DSrR, 2014.

AROCA, Juan Montero. *Principios del Proceso Penal*, 1997.

\_\_\_\_\_. *Proceso y Garantía – El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valência, 2006.

AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*, 2008.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela; ANTUNES, Maria João. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: Journal of Political Economy 76, 1968.

BESSA, Tiago. *Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano II (2010) – Número 3-4, Coimbra, Almedina, 2011.

BOUNCRISTIANI, Dino. *Il Nuovo art.º 101, comma 2.º CPC sul Contraddittorio e sui Rapporti tra Parti e Giudice*, in: Rivista di Diritto Processuale, n.º 2, 2010.

BOYLE, James. *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, in Boyle (ed.) *Critical Legal Studies*, Aldershot, 1992.

BRĀNAS, Carlos Martin. *El Derecho al recurso en España tras su reconocimiento en el artículo II-107 del Tratado por el que se constituy una Constitución para Europa*, in: *Garantias Fundamentales del Processo Penal en el Espacio Judicial Europeo*, 2013.

BRANDÃO, Nuno. *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. *Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017.

BRITO, Beatriz Seabra de. *Um processo sumário desassossegado: da Reforma de 2013 à reconfiguração do regime legal em face do Acórdão n.º 174/2014 do Tribunal Constitucional*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 24, N.º 2, Abril-Junho 2014, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BUCCI, Alberto; SOLDI, Anna Maria. *Le Nuove Riforme del Processo Civile*, Cedam, Padova, 2010.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in: *Yale Law Journal* 70, 1961.

CARAMELO, António Sampaio. *Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema*, in: IV Congresso do Centro de Arbitragem da Comércio e Indústria, republicado na *Revista de Arbitragem e Mediação 27 (RARB)*, Coimbra, Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Litígios em contratos de construção de grandes infraestruturas – Especificidades e meios de resolução*, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número 2, Coimbra, Almedina, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Contro il processo fraudolento*, in: *Studi di diritto processuale*, Volume II, Padova Cedam, 1928.

CHIAVARIO, Mario. et alii, *Commentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, 4.ª edizione, Padova, Cedam, 2003.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*, in: *Journal of Law and Economics* 3, 1961.

COLQUITT, Jason A.; RODELL, Jessica B. *Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives*, in: *Academy of Management Journal*, 54, 2011.

COOTER, Robert. *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization*, in: *Oregon Law Review*, Vol. 79, n.º 1, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades*, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, I (2009), 2, Coimbra, Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. António Barreto Menezes. *Organização e supervisão dos mercados financeiros*, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2015.

CORREIA, João Conde. *Inquérito: a Manutenção do Paradigma ou uma Reforma Encoberta?*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 18, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Concordância Judicial à Suspensão Provisória do Processo: equívocos que persistem*, in: Revista do Ministério Público (RMP), Ano 30, n.º 117, Janeiro-Março de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: uma oportunidade perdida*, in: AA.VV., *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata*, in: ANDRÉ LAMAS LEITE (Organização), *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma “Cirúrgica”?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

COSTA, António Almeida. *A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar”. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

COSTA, Joana. *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Revista do Ministério Público (RMP) n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

COSTA, José de Faria Faria. *Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à luz do princípio da Legalidade: duas questões ou um só problema?*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 134, Março – Abril 2002, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

CULLEN, Iain. *Hedge Funds: Structure and Documentation*, in: AAVV, *Hedge Funds: Law and Regulation*, coord., Iain Cullen e Helen Parry, 2001.

DESAI, Anuj C. *Libertarian Paternalism, Externalities, and the “Spirit of Liberty”: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an “Overlapping Consensus”*, in: University of Winsconsin Legal Studies Research Paper N.º 1121, 2010.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho Penal*, 2007.

DIAS, Augusto Silva. *Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Coimbra, Coimbra Editora, 1/1999.

\_\_\_\_\_. *What if everybody did it?: Sobre a “(in) capacidade de ressonância” do direito penal à figura da acumulação*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), 3/2003, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, *Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas*, in: Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, N.º 0, Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, Coimbra, Almedina, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois*, in: Figueiredo Dias et alii. (orgs.), Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Jorge de Figueiredo/BRANDÃO, Nuno. *O crime de burla tributária*, in: Paulo Otero et alii (org.), Estudos em Homenagem a Rui Machete, Coimbra, Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Autonomia do Ministério Público e o seu Dever de Prestar Contas à Comunidade: Um Equilíbrio Difícil*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regulação e Supervisão de Hedge Funds: Percurso, Oportunidade e Tendências*, in: AAVV, Direitos dos Valores Mobiliários, Volume VIII, 2008.

\_\_\_\_\_. *O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações*, in: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio jurídico – constitucional implícito*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 145.º, N.º 3998, Maio-Junho 2016, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

DOS SANTOS, Hugo Luz. *O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de aliança luso-americana?*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano VI (2014), Número 2, Coimbra, Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Reforma do Código do Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo: entre a Law and Economics Posneriana (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?*, in: O Direito, Ano 147, I (2015), Coimbra, Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? Adequação social e exclusão da tipicidade?*, in: Revista do Ministério Público, n.º 143, Julho-Setembro 2015.

\_\_\_\_\_. *A perda da qualidade de sociedade aberta (delisting de participações sociais): a tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Coimbra, Almedina, Ano 8 (2016), N.º 4, Coimbra, Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Arbitragem na Região Administrativa Especial de Macau: o acesso ao direito e aos tribunais (art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) e os meios alternativos de resolução de litígios*, in: Revista de Administração Pública de Macau (RAP), n.º 113, vol. XXIX, 2016-3.º, Macau, 2016.

\_\_\_\_\_. *A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017.

\_\_\_\_\_. *Multilevel justice or multilayered justice: court management and cultural roots: to what extent does that linkage fosters alternative dispute resolution?*, Framing the Civil Court Structure from a Case Management Perspective – A comparative Study of Mainland China, Taiwan, Hong Kong and Macau, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2019.

\_\_\_\_\_. *Os mecanismos de consenso e de diversão no processo penal: por um novo paradigma de maximização da justiça consensual*, Coimbra, Gestlegal, 2020.

\_\_\_\_\_. FIGUEIREDO, José Miguel. *Regime de Jogo Ilícito (Anotado e Comentado)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2019.

DWORKIN, RONALD. *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 2005.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, 2, 1984.

\_\_\_\_\_. *The Moral Limits of the Criminal Law*, 1, 1985.

\_\_\_\_\_. *Harm to Self*, 3, 1986.

\_\_\_\_\_. *Harmless Wrongdoing*, 4, 1988.

\_\_\_\_\_. *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta Editorial, 1999.

FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2004.

FRISTER, Strafrecht. *Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2011.

FUX, Luiz. *O Novo Processo Civil*, in: O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

GHOSCH, Dili; CLARCK, Ephraim. *Arbitrage, Hedging, and Speculation: The Foreign Exchange Market*, Praeger, New York, 2004.

GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism*, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010 (Acesso: 17/5/2018).

GODINHO, Jorge. *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, 2009, p. 14, disponível em [ssrn.com](http://ssrn.com). (acesso: 15/05/2018).

GONÇALVES, Diogo Costa. *Dogmáticas de transição na evolução dos sistemas*, in: Revista de Direito Civil N.º 1 (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Coimbra, Almedina, 2016.

GOTTWALD, Peter. *Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten*, in: Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag, org. Gerhard Luke/ Takehiko Mikami/Hans Prutting, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?*, in: Revista da Concorrência e da Regulação (C&R), Números 7/8, 2012, Coimbra, Almedina, 2012.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *La protección del futuro y los daños cumulativos*, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 54, I, 2001.

HALDY, Jacques. *Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse*, in: *Révue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008.

\_\_\_\_\_. *Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse*, in: *Révue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008, pp. 238 e ss; WEY RAINER, “Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, in: *Haftpflchtprozess*, Zúrique, 2010.

HANOTIOU, Bernard. *L'arbitrabilité- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, The Hague, 2003.

HANS-HEINER, Kühne. *Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

HEFENDEHL, Roland. *Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1997.

\_\_\_\_\_. *Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2002.

\_\_\_\_\_. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

\_\_\_\_\_. *Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

\_\_\_\_\_. *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts*, in: *GA*, 154, 2007.

\_\_\_\_\_. VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden. Nomos, 2008.

HENDERSON, Todd. *Project Behavior: What the Battle is really about*”, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957.

JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen Prinzipien – denken”*. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? in: *ZStW* 107, 1995.

JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004.

\_\_\_\_\_. PAWLIK, Michael. *Strafrechtswissenschaftstheorie*. In: IDEM; RAINER ZACZYK (Hrsg). In: *Festschrift für Carl Heymanns*, 2007.

JARA-DÍEZ, Carlos Gómez. *Crisis financiera y retribucion de directivos: terreno abonado para su cuestionamento penal por via de la administración desleal*”, in: *Indret*, n.º 2, 2009.

JAUERNING. *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, München, C.H. Beck, 2007.

JHERING, Rudolf Von. “*Culpa in contrahendo*” oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen, in: *Gesammelte Ausfsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 1, 1981 (reimpressão da edição de Jena, 1981), 1881.

KLHÖN, Lars. *Delisting- Zehn Jahre später/Die Auswirkungen von BVerfGE* in: *NZG*, 2012.

KÖCK, Elisabeth. *Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände*, in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2004.

KORNHAUSER, Lewis. “*Judicial Organization & Administration*” e “*Appeal & Supreme Courts*”, in BOUCKAERT; BOUDEWIJN; DE GEEST; GERRIT (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

KUBICIEL, *Die Finanzmarktkrise Zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht*, in: *ZIS*, 2, 2013, pp. 18 e ss; NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, 2012.

LAMEIRAS, Luís. *O princípio do inquisitório: um poder-dever ou um poder discricionário do juiz?*, in: *II Colóquio de Processo Civil de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2016.

LEONG, Angela Veng Mei. *Macau casinos and organised crime*, in: *Journal of Money Laundering Control*, 2004.

LESCH, Heiko Harmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktinalen Revision*. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999.

\_\_\_\_\_. *Der Verbrechensbegriff*, Köln: Carl Heymanns, 2007.

LINHARES, Aroso. *A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício*, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

LOUREIRO, Flávia Noversa. *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos — Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.

MAÇÃS, Fernanda. *A Racionalização do Processo: considerações breves sobre uma ideia central que preside à Revisão do CPTA*, in: *Julgar*, Maio-Agosto 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

MACCLOCH, Angus. *The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Pratical Implications*, in: *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, 2006.

MANDEL, Gregory N.; GATHLI, James Thuo. *Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein’s Laws of Fear*, in: *University of Illinois Law Review*, 2006.

MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell’equilibrio negozionale*, 2006.

MARTINHO, Helena Gaspar. *O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MATOS, Inês Serrano de. *Hedge Fund: o Accionista que nunca dorme?*, in: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas, Volume II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.

MELIÁ, Manuel Cancio; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs*. In: Günther Jakobs, *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson – Civitas, 2006.

MENDES, Paulo de Sousa. *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010.

MESQUITA, Miguel. *Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Processo Civil?*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 145.º, N.º 3995, Novembro-Dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

\_\_\_\_\_. *A “morte” do princípio do dispositivo?*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 147.º, N.º 4007, Novembro-Dezembro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017.

MINDA, Gary. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York, 1995.

MONTEIRO, António Pinto. *A cláusula penal perante as alterações de 1980 e de 1983 ao Código Civil*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 147.º, N.º 4006, Setembro-Outubro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017.

MORENO, Faustino Cordon. *Las Garantias Constitucionales del Proceso Penal*, 1999.

MURDOCK, Charles. *The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: What Caused The Financial Crisis and Will Dodd – Frank Prevent Future Crisis?*, in: S.M.U. Law Review, 1243, 2011.

NAVARRETE, Polaino. *Scientia Universalis*, in: Festschrift für Roxin, 2011.

NEUMANN, Hassemer. in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA*, in: Revista de Direito das Sociedades em Revista (RDS), Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano V (2013), Número III, Coimbra, Almedina, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos*, in: Scientia Iuridica (SI), Tomo LXVI, 2017, n.º 343, Janeiro-Abril de 2017, Braga-Rio de Janeiro, Universidade do Minho, 2017.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Bens jurídicos colectivos e bens jurídicos políticos*, in: Costa Andrade et al. (orgs.), in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

PINTO, Rui. *O Processo Civil Português: diagnóstico e cura*, in: Julgar, N.º 17, Maio-Agosto 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 1973.

\_\_\_\_\_. *The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, in: Hofstra Law Review 8, Spring 1980, 1980.

\_\_\_\_\_. *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, capítulos 3 e 4, 1983.

\_\_\_\_\_. *Wealth Maximization Revisited*, in: Notre Dame Journal of Law Ethics & Public Policy, 2 1987.

\_\_\_\_\_. *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económico, 1998.

\_\_\_\_\_. *Values and Consequences: as an introduction to economic analysis of Law*, in: John M. Olin Law & Economics Working Paper, 53, 1998.

\_\_\_\_\_. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd edition, 2003.

\_\_\_\_\_. *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; FARINA, Cynthia R. *Cognitive Psychology and Optimal Government Design*, in: Cornell Law Review, n.º 87, 554, 2002.

RAINER, Wey. *Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: Haftpflichtprozess, Zurich, 2010.

RAMOS, Vânia Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010.

REBELO, Karla Padilha. *Ensaio sobre a possibilidade de métodos de otimização do resultado do processo penal, no âmbito da criminalidade econômico-financeira: testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 25 (2015), N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.

RIVAS, Garcia. *Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera*, in: DEMETRIO CRESPO (Dir.), Crisis financiera y Derecho Penal Económico, 2014.

RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e riscos*, in: O Direito, ano 146.º (2014), IV, Coimbra, Almedina, 2014.

RODRIGUES, J. N. Cunha. *A justiça em tempos de transição*, in: Julgar, N.º 29, Maio-Agosto 2016, Coimbra, Almedina, 2016.

RODRIGUES, Joana Amaral. *A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1988.

ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2010.

ROTH, Thomas. *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

ROTHLEY, Oliver. *Aufgabe der Macroton-Grundsätze*, in: GWR, 2013.

ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: Hefendehl (org.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005.

\_\_\_\_\_. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Köln, Carl Heymanns, 2005.

\_\_\_\_\_. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

SANTANA, Selma Pereira de. *Garantismo Penal à Brasileira*, in: Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organizadores: Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Helena Moniz / Sónia Fidalgo; Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

SAPIGNOLI, Michele. *Giusto processo e cultura giuridica interna: i risultati di alcuni studi empirici*, in AAVV, Giusto Processo, Padova, Cedam, 2006.

SARAIVA, Rute. *A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução*, in: Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011.

SCHANZE, Erich. *Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition*, in: ASSMAN; KIRCHNER; SCHANZE (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Regensburg, 1978.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1995.

\_\_\_\_\_. *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsguttheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

SEVERIN, E. *Comment l'esprit du management est venu à l'administration de la justice*, in: *La Nouveau Management de la Justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011.

- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A Tutela Jurisdicional no Processo-Crime: Realidade ou Utopia*, in: V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias, Coimbra, Almedina, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da Celeridade e Prazos de Inquérito*, in: Julgar, N.º 34, Janeiro-Abril 2018, Coimbra, Almedina, 2018.
- SILVA, João Calvão da. *Fair value ou valor de mercado: multiplicador da primeira crise financeira global*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), ano 141.º, n.º 3974, Maio-Junho 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SILVA, Paula Costa E. *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. *De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias*, in: O Direito, Ano 140, Coimbra, Almedina, 2008.
- SIMON, Herbert A. *A Behavioral Model of Rational Choice*, in: Quarterly Journal of Economics, 69, 1955.
- SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?*, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC), n.º 86, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R.. *Irreversible or Catastrophic*, in: The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 88, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.
- SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in: ZStW, 122, 2010.
- TARUFFO, Michelle. *Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti*, in: Revista de Processo, Ano 32, numero 152, (Outubro de 2007), 2007.
- THALER, Richard.; JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass. *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: Stanford Law Review, 50, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Volume 26, 2009.
- THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, München, C.H. Beck, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Compromisso do Projeto do Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo*, in: Revista de Informação Legislativa, ano 48, n.º 190, 2011.
- TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht in Europa*, in: Hellmann / Schröder (orgs.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg, C. F. Müller, 2011.
- VENIER, Andreas. *Einstellung und Anklage im neuen Strafprozessrecht*, Wien, ÖJZ, 2007.
- VENTSCH, Verena. *Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung*, Hamburg, Verlag Kovac, 2005.
- VIOLANTE, Teresa. *O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura*, in: Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano X, N.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011.

WALLIMAN, Mathias. *Der unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000.

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Hugo Luz dos Santos**

Doutorando e Teaching Assistant da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China/  
Fellow of the Royal Society of Arts of United Kingdom (Londres, Reino Unido)/Co-Chair of  
the Board of the Panel and Director of Ethics and Quality at Vantage 10, Panel of Experts and  
Mediators (Londres, Reino Unido)/Membro do Conselho de Redacção da International Journal of  
Law and Society (Nova Iorque, Reino Unido)/Magistrado do Ministério Público de Portugal (em  
licença sem vencimento)/Coautor do Anteprojeto do Código Penal de Macau (China), na parte  
respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas.